

La protección de los consumidores en el mercado interior europeo

Fernando Esteban de la Rosa

Granada

Comares

2003

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMIDORES: ASPECTOS GENERALES

I. LA POLÍTICA DE CONSUMIDORES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

1. Vinculación originaria de la política comunitaria de consumo con la creación del mercado interior
2. Doble perfil del Derecho comunitario de consumidores tras el Tratado de Maastricht
3. Modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el TCE
4. Tendencias recientes de impulso a la política comunitaria de protección de los consumidores en la Comunidad Europea

II. CONDICIONANTES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. Competencia comunitaria en materia de protección de los consumidores
2. Incidencia de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad
3. Consecuencias derivadas de la utilización del cauce normativo de la Directiva
 - A. Alcance de la unificación jurídica producida por las Directivas
 - B. Efecto directo de las Directivas
 - C. Efecto indirecto de las Directivas u obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a las Directivas no transpuestas o transpuestas de forma defectuosa

III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

1. Modelos en presencia para la definición del consumidor
2. Definiciones adoptadas por el Derecho comunitario
 - A. Derecho convencional europeo
 - B. Derecho comunitario derivado
3. Definiciones adoptadas por el Derecho español

CAPÍTULO SEGUNDO

RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS ESTATALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

I. INTRODUCCIÓN

II. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1. Significado de la regla de reconocimiento mutuo
2. Manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo que afectan a la aplicación de normativas estatales relativas a la protección de los consumidores
 - A. Aplicación de la ley del Estado de origen
 - B. Reconocimiento de actos y certificados emitidos por autoridades extranjeras
 - C. Excepciones a la aplicación de la ley del Estado de origen
 - D. El principio del control por el Estado de origen
3. La determinación del Estado de origen
 - A. Origen de las mercancías
 - B. Origen de los servicios
4. La noción de fraude como límite al reconocimiento mutuo

II. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN INDIRECTA DE LAS NORMATIVAS ESTATALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. Introducción
 - A. Planteamiento
 - B. Aspectos generales del proceso de racionalización
2. Límites a la protección de los consumidores derivadas de la libre de circulación de mercancías
 - A. La protección del consumidor como obstáculo a la libre circulación de mercancías
 - B. Valoración de las exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores y con la lealtad en las transacciones comerciales
 - C. Valoración de la adecuación objetiva y de la proporcionalidad de la medida estatal de protección al consumidor
3. Límites a la protección de los consumidores derivadas de la libre circulación de servicios
 - A. Medidas estatales de protección de consumidores consideradas como restricciones a la libre prestación de servicios
 - B. Valoración de las exigencias imperativas
 - C. Valoración de la adecuación objetiva y de la proporcionalidad de la medida
4. El problema de las discriminaciones inversas

III. RELACIONES ENTRE EL DERECHO NACIONAL ARMONIZADO Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. Delimitación del ámbito de la armonización: consecuencias
2. Aplicabilidad de las medidas nacionales de protección de los consumidores no previstas por las Directivas de armonización
3. Compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas estatales de transposición
4. Algunas pautas para la interpretación del Derecho comunitario de protección de los consumidores desarrolladas por el TJCE

- A. Valor de la interpretación literal
- B. Preferencia por la interpretación autónoma y teleológica
- C. Criterio de interpretación favorable a la protección del consumidor

CAPÍTULO TERCERO EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

I. PLANTEAMIENTO Y EXAMEN DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA

1. Introducción
2. Rasgos generales de las normas de DIPr contenidas en las Directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor

II. INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE CONTRATOS

1. Introducción
2. Primacía del Derecho comunitario y problemas de delimitación
3. Tesis de la conciliación entre los actos de la Comunidad Europea y el Derecho convencional de contratos
4. Diversidad de objetivos del Derecho convencional y del Derecho comunitario
5. Artículo 5 CR, mercado interior y situaciones extracomunitarias

III. DIMENSIÓN EXTERNA DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE PROTECCIÓN CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES

1. Introducción
2. Pautas para la interpretación de las normas de DIPr. contenidas en las directivas comunitarias
3. Propuesta de interpretación del criterio de la vinculación estrecha con el territorio de uno o varios Estados miembros de la Comunidad
4. Análisis de las normas expresas de DIPr contenidas en algunas directivas

- A. El art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE, el art. 12 de la Directiva 97/7/CE y el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE
- B. El art. 9 de la Directiva 94/47/CE
- C. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

5. Criterios de interpretación en defecto de norma expresa de DIPr

- A. Directivas que no contienen un indicador expreso de su ámbito de aplicación en el espacio.
- B. Aproximación de legislaciones al margen de la armonización comunitaria, creación del mercado interior y DIPr intracomunitario

6. El referente comunitario como criterio hermenéutico privilegiado de los sistemas estatales de DIPr

7. Cauce para la aplicación de las normativas estatales de protección al consumidor que no pertenezcan a la *lex contractus*: examen del art. 7 CR

- A. Aplicación de la ley del foro
- B. Aplicación de la ley de un Estado distinto al de la *lex fori* y al de la *lex contractus*

IV. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE PROTECCIÓN CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES

1. Introducción

2. Incidencia de la regla de reconocimiento mutuo sobre las normas de DIPr. en el sector de la contratación de consumidores

- A. Planteamiento
- B. Aplicación del Derecho de protección de los consumidores a través del art. 5 CR
- C. Aplicación de las normas de protección de los consumidores a través del art. 7 CR

3. Sistemas de transposición al Derecho estatal de las normas de DIPr contenidas en las Directivas relativas a la protección contractual del consumidor

- A. Falta de necesidad de transposición: la solución interpretativa
- B. Utilización de normas que extienden el ámbito de aplicación de la ley del foro
 - a. Diversidad de posibilidades: ámbitos de aplicación exorbitantes. Ámbitos de aplicación razonables. Exclusión de los supuestos regulados por la legislación de otros Estados Miembros de la UE
 - b. Valoración
 - a' Incidencia del principio de primacía y de la regla de

reconocimiento mutuo

b' El principio de aplicación de la ley del foro

c' Intercambiabilidad de los Derechos estatales armonizados

C. Utilización de normas de conflicto bilaterales

a. Desigualdad entre las normas dictadas

b. Valoración

D. Recepción directa de la norma de DIPr contenida en la Directiva comunitaria

E. Regulación española dictada para la transposición de las normas de DIPr que contienen las Directivas

a. El artículo 10.bis 3 LGDCU y el número 28 de la disposición adicional primera LGDCU

b. El artículo 3 LCGC

c. La Disposición Adicional Segunda de la Ley sobre aprovechamiento de inmuebles por turnos

4. El sistema de DIPr basado en normas unilaterales: pautas de resolución de conflictos

A. Vigencia general del convenio de Roma y sistema de las derogaciones parciales

B. Criterios de solución de conflictos positivos: *lex fori versus lex causae*

C. Incidencia del sistema de competencia judicial internacional: aplicación de la ley del domicilio del consumidor

D. Resolución de los conflictos positivos cuando no concurre la *lex fori*

E. Resolución de los conflictos positivos entre leyes de terceros ordenamientos

5. Dinámica aplicativa de las normas unilaterales: pautas de solución de conflictos negativos

- A. Descripción del problema
- B. Establecimiento de un *ius cogens* de origen europeo
- C. Aplicación de la *lex fori*
- D. Propuesta de solución: autointegración del sistema de DIPr teniendo en cuenta el valor interpretativo o indirecto de las directivas comunitarias

V. EPÍLOGO: DEFICIENCIAS DEL SISTEMA Y POSIBILIDADES PARA UNA UNIFICACIÓN COMUNITARIA DE NORMAS DE DIPR. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1. Recapitulación: deficiencias del sistema
2. Fundamento jurídico para un sistema intracomunitario de DIPr de protección de los consumidores en el sector contractual
3. ¿Exige el mercado interior un cambio en el sistema?
4. Solución de *lege ferenda*
5. Soluciones de *lege lata*

ABREVIATURAS

<i>TCE</i>	<i>Tratado de la Comunidad Europea (hasta 1992 Tratado de la Comunidad Económica Europea)</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea</i>
<i>Trav.com.fr.dr.int.pr.</i>	<i>Travaux du comité français de droit international privé</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TUE</i>	<i>Tratado de la Unión Europea</i>
<i>TzWrG</i>	<i>Teilzeitwohnungsrechtgesetz (ley de time sharing alemana)</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>UNIDROIT</i>	<i>Instituto para la Unificación del Derecho Privado</i>
<i>VuR</i>	<i>Verbraucher und Recht</i>
<i>WRP</i>	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
<i>ZEuP</i>	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht</i>
<i>ZfRV</i>	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i>
<i>ZVglRWiss</i>	<i>Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft</i>

INTRODUCCIÓN

La discutible compatibilidad de muchas de las prácticas que ha generado la economía capitalista con la idea del Estado social que proclaman la mayoría de las modernas constituciones ha desencadenado, en las últimas décadas, un nuevo tipo de intervencionismo estatal, cuya finalidad es proteger adecuadamente los intereses de la parte débil en el mercado, esto es, del consumidor¹. El propósito básico de esta nueva regulación estatal, que ha recibido el nombre genérico de *Derecho del consumo*², es reequilibrar, mediante el establecimiento de adecuados contrapesos, la desigual posición de unas y otras partes en el mercado. El Derecho del consumo no constituye una rama autónoma del ordenamiento, sino que constituye un sector interdisciplinar, que afecta a muy distintos ámbitos y sectores jurídicos, de ahí la conveniencia de incorporar el aspecto protector a toda regulación que, de forma directa o indirecta, pueda repercutir sobre los intereses económicos o de seguridad que requiere el consumidor. *Grosso modo*, la protección del consumidor puede quedar instrumentada a través de dos tipos fundamentales de mecanismos: en un grupo se situarían todas aquellas normativas que tienen en cuenta los intereses del consumidor al regular las condiciones de producción, distribución y acceso al mercado de los productos y de los servicios. En este primer grupo se sitúan las normas sobre publicidad, sobre información del consumidor y etiquetado de los productos, sobre seguridad, sobre garantías sanitarias de los productos alimenticios, de los productos médicos, etc. En este ámbito, la protección del consumidor queda instrumentada, en muchas ocasiones, a través de las normativas que sancionan los actos de competencia desleal en el mercado, o mediante normas sobre protección de determinadas denominaciones que puedan ser fuente de confusión. Por regla

¹ La necesidad de protección del consumidor aparece nítidamente tras la Segunda Guerra Mundial, época en la cual el aumento en el tamaño y la mayor complejidad de las empresas hizo ver la situación de desventaja en la que se encontraba el consumidor. En concreto, el punto de partida formal de los movimientos de defensa de los consumidores suele situarse en el mensaje del Presidente Kennedy de 15 de marzo de 1962. Vid. F. DE CASTRO: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, 1982, T. XXXV, pág. 1068. Dicho movimiento no llegó a Europa, sin embargo, hasta los años sesenta. Vid. E. VON HIPPEL: "Verbraucherschutz in Europa", *RabelsZ*, 1981, págs. 353-356.

² La aproximación al Derecho del consumo se encuentra en N. REICH: *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, pág. 159. En sentido amplio, se denomina Derecho de consumo a las normas, de distinta naturaleza y origen, que atienden, también, por diversas vías, a la protección de los intereses jurídicos y económicos, personales y sociales, de los consumidores. Se trata de un Derecho pluridisciplinar, carente de autonomía, que no siempre es Derecho público ni, en todo caso, privado, pues se agrupa en torno a esa situación jurídica y posición económica en que, ante la contratación, se encuentran los ciudadanos. Vid. L. M^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 15; vid. B. THIERRY BOURGOIGNIE: *Elementos para una Teoría del Derecho del Consumo*, ed. Gobierno Vasco, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, Vitoria, 1994, págs. 172 y ss. Otorgando una caracterización no jurídica, sino económica, al consumidor, vid. J. ALFARO AGUILA-REAL: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 474.

general, este primer grupo de normas genera una protección del consumidor "en abstracto", por lo que es frecuente que el incumplimiento de estas normativas origine acciones colectivas más que de consumidores individuales. En segundo lugar, la protección del consumidor puede quedar basada en mecanismos de carácter contractual, mediante la instauración de disposiciones contractuales de carácter imperativo cuyo objeto es excluir el perjuicio que podría derivar para el consumidor como consecuencia del ejercicio abusivo, por su contraparte, de la autonomía de la voluntad reconocida por la generalidad de los ordenamientos jurídicos en el Derecho de contratos³.

El planteamiento netamente nacional de la protección de los consumidores en los países miembros de la Comunidad Europea ha sido modificado sustancialmente por el Derecho comunitario, y en concreto por las necesidades específicas relacionadas con la construcción del mercado interior. La influencia del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales de protección de los consumidores es múltiple y variada, y afecta tanto a aspectos materiales como de carácter formal. Uno de los efectos principales del Derecho comunitario ha consistido en la cualitativa elevación de los niveles de protección del consumidor en los países miembros de la Comunidad Europea⁴, llevada a cabo por obra de un proceso de armonización de legislaciones mediante Derecho comunitario derivado. Sin embargo, la influencia del Derecho comunitario sobre las normativas nacionales de protección de los consumidores no se agota en el proceso de armonización material. El juego de las libertades comunitarias básicas -libre circulación de mercancías y libre circulación de servicios- muchas veces pone freno, como demuestra una voluminosa jurisprudencia del TJCE, a una protección nacional del consumidor que desborde ciertos límites. En la actualidad existe un cuerpo de jurisprudencia del TJCE lo suficientemente extenso como para poder extraer de él indicaciones valiosas sobre la incidencia indirecta del Derecho comunitario sobre los Derechos estatales de protección de los consumidores. La repercusión del Derecho comunitario también se deja sentir en aspectos formales, como las diferentes manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo, con el reparto de responsabilidades que conlleva, y de aceptación de aquéllos productos o servicios que cumplan garantías equivalentes a las establecidas por el Derecho nacional. Junto a la aproximación o unificación material de legislaciones, y a los diversos mecanismos de cooperación, el Derecho comunitario utiliza también expedientes normativos propios del DIPr, cuya finalidad radica en coadyuvar a la construcción y funcionamiento correcto del mercado

³ Una aclaración de la incidencia del principio de protección de los consumidores, y del tráfico comercial en masa, sobre el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el ámbito contractual puede verse en *vid.* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE: "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *ADC*, 1994, págs. 31-89.

⁴ Como recuerda E. MÉNDEZ PINEDO, el Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea, hasta hace escasamente un par de décadas, se fundamentaba en el liberalismo económico y legal: a saber, libertad de contratación, libre autonomía de la voluntad, libre competencia, responsabilidad por daño, igualdad de derechos y obligaciones y la menor intervención estatal posible en el libre mercado. La igualdad teórica entre derechos y obligaciones llevaba a una total desconsideración de la realidad práctica, en la que el consumidor se encontraba en una situación de desventaja. *Vid.* E. MÉNDEZ PINEDO: *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pág. 36.

interior a través del establecimiento de un ámbito de aplicación propio para las directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor.

Estas reflexiones permiten explicar cuáles serán los objetivos del presente trabajo. Su propósito no es realizar una exposición exhaustiva y detallada de toda la normativa de la Comunidad Europea que ha sido dictada con la finalidad de proteger al consumidor, ni tampoco exponer, de forma sistemática, todos y cada uno de los logros, ciertamente abundantes, del proceso de armonización en lo que se refiere a la construcción del Derecho privado europeo de protección de los consumidores. Nuestra intención es más modesta, y radicará, tal y como hemos tratado de expresar con el título finalmente seleccionado, en poner de relieve las diversas variaciones o matizaciones que la creación del mercado interior impone sobre el contenido material, y sobre la aplicabilidad, de las normas de protección de los consumidores de los Estados miembros de la Comunidad. En definitiva, se tratará de descubrir los aspectos de sistema que en la actualidad estructuran la protección del consumidor en el mercado interior. Estos aspectos, como acabamos de esbozar en el párrafo anterior, no se agotan en el plano de la armonización material de legislaciones, ya sea directa o indirecta, sino que incorporan otros muy diversos elementos entre los que se cuentan, por ejemplo, la incorporación a los Derechos estatales de concretas pautas de interpretación, las diferentes manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo y las soluciones particulares de DIPr que debe proveer la construcción del mercado interior.

La regulación de la protección de los consumidores en el mercado interior europeo suscita ciertas dificultades relacionadas con la coordinación entre las diferentes fuentes del Derecho en presencia. En concreto, la existencia de normas de Derecho comunitario derivado, normas estatales de transposición de las directivas comunitarias y normas convencionales hace preciso construir el engranaje que dé explicación a las relaciones entre unos y otros textos. De un lado, la coexistencia de diferentes normas de fuente europea, convencionales e institucionales, para la regulación de la protección del consumidor, hace necesario construir los mecanismos de engarce entre unas y otras fuentes, en concreto, entre el Derecho institucional y el sistema general de DIPr de contratos constituido por el convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR). Al mismo tiempo, la utilización de la directiva comunitaria en este ámbito hace que aparezcan en el sector objeto de análisis los problemas clásicos que suscita ese instrumento normativo. Las dudas se extienden, por ejemplo, al destino que han de seguir las previsiones comunitarias relativas a la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio de las directivas, a su eventual efecto directo, o al alcance del principio de primacía comunitario sobre las normas de origen convencional elaboradas en el seno de la Comunidad.

El trabajo viene definido desde la perspectiva singular que supone la creación y funcionamiento del mercado interior. Este particular enfoque no es incompatible con la posibilidad de afirmar la utilidad, para esa finalidad, de instrumentos que no están relacionados de forma directa con ese objetivo, en la medida en que no existan normas específicas. Esto ocurre, singularmente, en el sector de la protección contractual del consumidor, donde las necesidades propias de este mercado podrán quedar satisfechas mediante la introducción de adecuadas matizaciones interpretativas en la aplicación de las soluciones generales que para

los problemas de ley aplicable a los contratos de consumidores establece el CR, a pesar de que este instrumento no ha sido diseñado, específicamente, para satisfacer las exigencias propias del mercado interior. Estas matizaciones interpretativas, como veremos, sólo serán procedentes en presencia de situaciones conectadas con el mercado interior.

Para construir con rigor las *claves de sistema* que incorpora la protección de los consumidores en el mercado interior, resultará de interés realizar una breve aproximación a las finalidades que persigue la política comunitaria de consumidores, lo que podrá darnos una buena idea del modo en que han de ser interpretadas sus normas, singularmente las cláusulas o directrices principales acuñadas por las normas de Derecho internacional privado (DIPr) de fuente institucional (v.gr. existencia de un vínculo con un Estado de la comunidad o con la misma Comunidad). Esta metodología se impone para dar satisfacción a los objetivos comunitarios, con la cual será preciso sortear el deficitario instrumentario que suministra en este ámbito el Derecho comunitario para la consecución efectiva de sus objetivos. Tras ello, realizaremos también una breve recapitulación de los diversos condicionantes que afectan a la regulación comunitaria, derivados tanto de los principios del Derecho comunitario (*ad. ex.* el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, el principio de primacía), como del instrumento normativo utilizado (la directiva).

El resto del trabajo queda formalmente dividido en dos partes. La primera pretende exponer, con carácter general, las diversas vías de comunicación entre el Derecho comunitario, comprendiendo en éste sus principios generales así como la normativa dictada específicamente para la protección del consumidor, y las normativas estatales dictadas con esa misma finalidad. En este capítulo serán examinadas, de forma sucesiva, las manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo en el ámbito de la protección del consumidor, el proceso de armonización indirecta al margen del proceso legislativo comunitario, así como las claves materiales de interpretación del Derecho comunitario de protección al consumidor, tal y como pueden ser deducidas de la normativa actualmente en vigor así como de las decisiones dictadas por el TJCE en este sector. Al hilo de la exposición de este capítulo, y del examen de la jurisprudencia del TJCE que aquí tendrá lugar, cabrá descubrir, junto a componentes reguladores de carácter público, la existencia de contenidos concretos, de carácter material, que forman parte del Derecho privado europeo de protección de los consumidores, sin que deriven de forma directa del proceso legislativo comunitario.

El último capítulo se dedicará específicamente a la protección del consumidor en el ámbito contractual⁵. El capítulo pretende realizar una aportación a la construcción del sistema de DIPr de la protección contractual de los consumidores en el mercado interior, abordando los muy diferentes problemas que presenta una construcción coherente del sistema a la vista de la regulación comunitaria, convencional y estatal hoy vigentes. Junto a los problemas de

⁵ Para un análisis reciente de la problemática que ofrece la determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos en las relaciones de consumo, mostrando la incidencia que el mercado interior posee sobre esta regulación, *vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA: "Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español", *RGD*, abril 2000, en prensa.

interacción entre estos planos normativos, se abordarán de forma específica los problemas relacionados con la dimensión externa y con la dimensión interna de ese sistema, ofreciendo respuestas a los problemas que derivan de la divergencia normativa entre las legislaciones de los Estados miembros. Finalmente, a la vista de la configuración y caracteres actuales del mercado interior, realizaremos las oportunas propuestas de regulación de *lege ferenda* y de *lege lata* para resolver los problemas de DIPr que genera la protección del consumidor en el mercado interior.

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMIDORES: ASPECTOS GENERALES

I. LA POLÍTICA DE CONSUMIDORES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

1. Vinculación originaria con la creación del mercado interior

La redacción originaria del Tratado de Roma no contenía ninguna previsión específica dirigida a velar por los derechos o intereses de los consumidores. Los tratados no mencionaban a los consumidores sino de forma tangencial, al tratar de la política agraria común (ex art. 39.1 letra e TCE, actual art. 33.1 letra e) o en la política de competencia (ex art. 85.3 TCE, actual art. 81.3). El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957, concebido como primera etapa en el camino de la integración, tiene una visión mercantilista de la Comunidad y su contenido está dirigido a la consecución del Mercado Común. Para lograr ese objetivo, inicialmente no se pensó que fuese necesario contemplar expresamente -y menos aún con un tratamiento tutelar- a uno de los protagonistas en el escenario del mercado, los consumidores⁶. Únicamente se planteaba la creación de un mercado integrado que posibilitara la libre competencia, incrementando la oferta y calidad de bienes y servicios, y reduciendo los precios en beneficio del consumidor. Habida cuenta de la limitada competencia de las autoridades de la Comunidad Económica Europea en materias de Derecho privado, su actividad normativa en materia de protección de los consumidores resultaba accesorio, o instrumental, respecto de la necesaria armonización del Derecho privado para la consecución del mercado único. No es casual que la primera vez que se creó un servicio de protección de consumidores, se hizo en el seno de la Dirección General de la Competencia⁷.

⁶ Vid. M.J. MORILLAS JARILLO: "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", *AC*, 1994-III, págs. 572. En opinión de MICKLITZ y WEATHERILL, la ausencia de marco constitucional europeo habría sido una de las causas del escaso desarrollo legislativo de la protección de los consumidores. H.W. MICKLITZ y S. WEATHERILL: "Consumer Policy in the European Community: Before and After Maastricht", *JCP*, 1993, 16, págs. 285-321. También vid. A. MARÍN LÓPEZ: "La protección del consumidor en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, 150, 1997, págs. 67-79.

⁷ Vid. J.I. PEINADO GRACIA: "El pretendido Derecho de los consumidores y el sistema", *RDM*, 1997, núm. 224, pág. 825. Un recorrido por las diversas fases en la formación de la Política Común de Consumo puede verse en D. RUBIO GARCÍA: "La acción comunitaria en favor de los consumidores europeos", *REE*, nº 13, 1996, págs. 45-55. También vid. M.J. MORILLAS JARILLO: "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", *AC*, 1994-III, págs. 571-599.

La política comunitaria de protección e información de los consumidores comenzó a desarrollarse a partir de 1975 con la adopción de una primera resolución del Consejo que reconocía la necesidad de conceder una importancia particular a las necesidades de los consumidores en el proceso de construcción europea⁸. A este texto siguieron otros muchos que, además de configurar nuevos aspectos de interés para la protección de los consumidores, establecieron la necesidad de integrar la protección de los consumidores en el resto de las políticas de la Comunidad⁹, y de conseguir poner la creación del mercado interior al servicio de los consumidores europeos¹⁰. Con todo, la política de consumidores no se dotó de un

⁸ *Vid.* Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (*DO* nº C 92, de 25 de abril). La Resolución define cinco derechos fundamentales de los consumidores, entendidos como objetivos: derecho a la protección de la salud y de su seguridad; derecho a la protección de sus intereses económicos; derecho a la reparación de los daños; derecho a la información y a la educación; y derecho a la representación. El texto detalla lo que podríamos denominar el contenido esencial de cada uno de ellos y las acciones concretas que deben emprenderse para alcanzar esos fines. Y, lo que no es menos importante, declara que la Comunidad estima necesaria tanto la definición de una política comunitaria específica para la protección de los consumidores, como llevar a cabo, en las restantes políticas, una orientación general encaminada a mejorar la situación del consumidor.

⁹ *Vid.* la Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores (*DO* nº C 133, de 3 de junio), que continúa las acciones emprendidas e inicia otras para los años 1981-1986. El que puede considerarse Tercer programa es el contenido en la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores (*DO* nº C 167, de 5 de julio de 1986). En esta Resolución el Consejo acepta los fundamentos y hace suyos los objetivos del programa "Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores" (Comunicación COM (85) 314 Final, de 28 de julio de 1985), elaborado después de que, en 1985, la Comisión hiciera balance de la política de protección de los consumidores, constatando el retraso de los resultados en relación con las previsiones de los dos primeros programas. El 15 de diciembre de 1986 el Consejo aprueba una Resolución sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes (*DO* nº C 3, de 7 de enero de 1987), donde se acepta la Comunicación de la Comisión sobre "La integración de la política de los consumidores en las demás políticas comunes". Se aprueba así la postura de la Comisión de que al elaborar propuestas deberían tomarse más en consideración los intereses del consumidor teniendo bien presente la naturaleza específica de la esfera de política en cuestión. El cuarto programa comunitario sobre consumo queda contenido en la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor (*DO* nº C 294, de 22 de noviembre). Las prioridades señaladas para el relanzamiento de la política de protección y fomento de los intereses de los consumidores se refieren, entre otros aspectos, a la integración del programa de protección del consumidor en el ámbito de la realización del mercado interior, a la mejora de la representación de los consumidores en el plano comunitario, al fomento de la seguridad general de los productos y de los servicios, así como a la mejora de la información sobre la calidad de los productos y servicios.

¹⁰ *Vid.* el Plan Trienal de Acción sobre política de los consumidores en la Comunidad Europea (1990-1992), COM 90 (98) Final, Bruselas, 3 de mayo de 1990; Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores (*DO* nº C 186, de 23 de julio); Segundo Plan Trienal de Acción para política de protección de los consumidores en la Comunidad Europea (1993-

fundamento jurídico específico hasta 1987, con la adopción del Acta Única Europea¹¹, que introduce en el Tratado de Roma el art. 100 A, cuyo apartado tercero se refiere expresamente a la protección de los consumidores¹². Aunque en este momento la protección de los consumidores no se incluye en el Acta Única como política comunitaria, "se ha convertido en un objetivo de la política normativa de la Comunidad tendente a conseguir el mercado interior", es decir, la protección no es un fin en sí misma, sino un medio para conseguir un fin, esto es, la efectiva realización del mercado interior, por lo que continúa vinculada a la libre circulación de bienes y servicios y a la política de competencia¹³. La política de defensa de consumidores se entiende en este momento como un fin mediato y orientado a la consecución efectiva del mercado único, que sólo podrá lograrse homogeneizando las condiciones jurídicas en que los consumidores van a acceder a los bienes y servicios y las cargas que los suministradores de dichos bienes y servicios han de soportar fruto de aquellas condiciones jurídicas, lo que sin duda repercute en la capacidad de competencia de los suministradores. El carácter mediato del objetivo de protección de los consumidores también ha sido afirmado por la jurisprudencia del TJCE¹⁴.

2. Doble perfil del Derecho comunitario de consumidores tras el Tratado de Maastricht

1995), COM (93) 378 Final, Bruselas, 28 de julio de 1993.

¹¹ El Acta Única Europea fue firmada el 17 y el 28 de febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987.

¹² El actual art. 95.3 TCE, en la numeración introducida por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, (ex. art. 100 A) dispone: "La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo".

¹³ Vid. D. FERNÁNDEZ DE GATTA, "La política de consumo de la Comunidad Europea, *REE*, 1992, Número 1, Mayo-agosto, pág. 33. En este sentido se habla de *acción indirecta o incidental* (G. ISAAC: "La acción de la Comunidad Europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor", *RIE*, 1979, número 3, pág. 819), de *política de acompañamiento* (D. JIMÉNEZ BELTRAN: "La seguridad de los consumidores. Hacia una política de igualdad comunitaria, acompañada al logro y mantenimiento del mercado interior", *Noticias CEE*, 1989, núm 63, pág. 74), de *política residual* o, en algunos casos, de *conveniencia*, obligado corolario del mercado interior, (D. JIMÉNEZ BELTRÁN: "Las políticas ambiental y de consumidores en las Comunidades Europeas, *Noticias CEE*, 1990, número 69, págs. 37 y 39, respectivamente). También vid. M.J. MORILLAS JARILLO: "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", *AC*, 1994-III, págs. 574-575. En un plano más general, sobre la necesidad de acompañar a la libertad de circulación de los factores de producción, en los procesos de integración económica y de mercado, de la concertación de las políticas económicas gubernamentales, entre las que hoy en día se incluye la protección de los consumidores y del medio ambiente, vid. R. BALASSA: *The Theory of Economic Integration*, Londres, Allen & Unwin, 1965.

¹⁴ Por ejemplo, una de las restricciones a la libre prestación de servicios podría venir dada, dice el TJCE, por las distintas regulaciones en materia de protección de los consumidores en el sector de la contratación de seguros, sobre todo en la contratación en masa. Vid. Sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1986.

El fundamento jurídico de la protección de los consumidores se ha visto reforzado por el Tratado de Maastricht¹⁵, que introdujo el Título XI (actual Título XIV) en el TCE, dedicado a la protección de los consumidores¹⁶, lo que se confirma en el art. 3 letra t) también del TCE, donde expresamente se indica que la acción de la Comunidad implicará una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores. La incorporación de este nuevo título al TCE vino a otorgar autonomía sustantiva¹⁷ a la política de protección de los consumidores respecto a la creación del mercado interior, otorgando formalmente competencia a la UE para actuar en esta materia, sin que sea preciso invocar una conexión con las exigencias del mercado interior (art. 129 A TCE)¹⁸. Esta nueva competencia de la Comunidad en materia de protección de los consumidores queda formulada de forma estricta, habida cuenta que se perfila en términos de *contribución de la Comunidad a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores*, y sólo se contemplan las *acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros*¹⁹. A la vez que se establecía esta competencia, el Tratado de Maastricht hizo hincapié también en el principio de subsidiariedad (ex art. 3.2 TCE), en virtud del cual las acciones de la Unión Europea están destinadas a completar, más bien que a sustituir, los esfuerzos adoptados por las autoridades nacionales, regionales o locales para defender los derechos de los consumidores. En la

¹⁵ Adoptado el 7 de febrero de 1992. El Tratado de la Unión Europea entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

¹⁶ Un análisis detenido de la importancia de la inclusión de la política de consumidores entre las políticas comunitarias puede verse en M.J. MORILLAS JARILLO: "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", AC, nº 30/25-31 de julio 1994, págs. 571-599.

¹⁷ El logro de esta autonomía no significa que el anterior carácter incidental de la competencia de la Comunidad Europea en el ámbito de la protección de los consumidores haya impedido el desarrollo de programas de protección. Durante ese período se fue acumulando una cantidad importante de material que después ha sido relevante para la construcción de una política de consumo. En la reconstrucción que hacen H.W. MICKLITZ y S. WEATHERILL de la situación de la protección de los consumidores hasta Maastricht, inicialmente la legislación europea promoverá la protección de los intereses del consumidor a través de la liberalización del mercado. Más tarde, la iniciativa legislativa se dirigirá hacia la integración del mercado, mientras se establecen algunos tipos de controles de ámbito comunitario. Al mismo tiempo se van introduciendo conceptos tales como el de "consumidor informado". Vid. H.W. MICKLITZ y S. WEATHERILL: "Consumer Policy...", *cit.*, págs. 285-321.

¹⁸ Esta competencia aparece formulada en la letra b) del párrafo segundo del art. 129 A TCE, bajo cuyo tenor: "1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante: a) medidas que adopte en virtud del art. 100 A en el marco de la realización del mercado interior; b) *acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada*. 2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1. 3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión".

¹⁹ En este sentido, *vid.* D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht nach Amsterdam - Stand und Perspektiven", *RIW*, 1999, 10, pág. 734.

práctica, su papel principal es fijar un nivel común de protección de los consumidores en el contexto del mercado único. Sin embargo, los Estados miembros son libres de fijar niveles nacionales más elevados que los establecidos por el Derecho comunitario, a condición de que estas medidas no constituyan un obstáculo para los intercambios comerciales dentro de la UE.

3. Modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam

El tratado de Amsterdam, al sustituir el antiguo art. 129 A TCE por el nuevo art. 153²⁰, ha introducido algunas modificaciones relevantes. En primer lugar, a diferencia de su predecesor, *el apartado primero del art. 153 TCE define a la protección de los consumidores como una política propia de la Comunidad*²¹. La política comunitaria de consumidores pierde el carácter de política que acompaña a las políticas de los Estados miembros en este ámbito y se convierte en una auténtica política de la Comunidad²². El art. 153 TCE otorga a la Comunidad unos objetivos propios, que no se limitan a contribuir al desarrollo de la política de los Estados miembros. Los objetivos particulares, de protección de la salud, la seguridad, los intereses económicos, no son ya objeto de las políticas de los Estados miembros, sino que deben ser contemplados como ámbitos de actividad de la Comunidad. Por otra parte, el art. 153 TCE no sólo agrega, como componentes de esta política, las acciones para potenciar la educación y la organización de los consumidores dirigida a salvaguardar sus intereses, sino que eleva al rango de "derechos" del consumidor a la información, a la educación así como a la organización. Esta mención, que rara vez se encuentra en el TCE, se deja traducir fácilmente como un reforzamiento de la posición del consumidor en el Tratado de Roma²³.

El Tratado de Amsterdam introduce también, como novedad, un nuevo apartado segundo en el art. 153 según el cual "al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores". Las

²⁰ El art. 153 dispone: "1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. 2. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores. 3. La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del art. 95 (ex. art. 100 A) en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. 4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3. 5. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente tratado. Se notificarán a la Comisión".

²¹ Sobre este cambio hubo acuerdo entre los gobiernos en relativamente poco tiempo. D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 734.

²² *Vid.* D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 734; N. REICH: "Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz im Vertrag von Amsterdam", *VuR*, 1999, pág. 5.

²³ *Vid.* D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 734.

exigencias de protección de los consumidores deberán ser tenidas en cuenta no sólo por el legislador comunitario, sino también por la Comunidad cuando realice otras actividades²⁴. Los destinatarios de este párrafo son principalmente las instituciones comunitarias, es decir, principalmente la Comisión, pero también el Consejo y el Parlamento Europeo en su papel de legislador comunitario.

Por último, el art. 153 TCE, aunque deja intacto el apartado a) del apartado 3, donde se contiene la remisión ahora al art. 95, introduce una modificación importante en el apartado b). Las "acciones concretas" a que se refería el art. 129 A TCE, quedan sustituidas por "medidas que apoyen, complementen y *supervisen* la política llevada a cabo por los Estados miembros". El empleo del concepto "medidas" en lugar de "acciones concretas" hace ahora más claro que en virtud del art. 153.3 b) TCE también cabe dictar actos jurídicos obligatorios, como por ejemplo directivas. A pesar de que, con fundamento en el antiguo art. 129 A TCE fue dictada una directiva, la precisión resulta del todo bienvenida, dadas las dudas que ofrecía la redacción de ese precepto en torno a esa posibilidad²⁵. Aunque no queda muy claro cuál ha de ser el contenido preciso que incorpora la "supervisión" de la política llevada a cabo por los Estados miembros²⁶, en todo caso dicha mención es superadora del texto anterior, y mostraría la tendencia subrayada con anterioridad en el sentido de que la política de consumidores es, a partir del Tratado de Amsterdam, una auténtica política de la Comunidad Europea.

El art. 95 y el art. 153 TCE constituyen hoy la base legal de intervención legislativa a nivel comunitario en el ámbito de la protección de los consumidores. Tras el Tratado de Amsterdam, el Derecho comunitario relativo a la protección de consumidores debe ser interpretado con base en dos ideas: como medio para la consecución del mercado interior, al igual que lo era con anterioridad, y como mecanismo específico de elevación del nivel de protección de los consumidores. Normalmente ambos objetivos irán de la mano. No obstante, la identificación del fundamento que pueden tener las directivas comunitarias que se dicten en este ámbito puede poseer cierta relevancia jurídica. Delimitar el ámbito de los art. 153 y 95 es una cuestión técnica de cierta trascendencia, puesto que se trata de saber cuáles son las medidas que se dirigen hacia la integración del mercado, y cuáles las que tiene por objeto la protección del consumidor. Generalmente consiguiendo lo primero se alcanza también lo segundo. Sin embargo, las medidas tomadas sobre la base de uno u otro artículo gozarán de un distinto grado de flexibilidad a la hora de elevar el nivel de protección por parte de los Estados miembros, habida cuenta que el art. 153 parece ser más permisivo que el art. 95. En teoría, las medidas tomadas al amparo del art. 153 TCE podrían suponer la elevación de la protección del consumidor en ámbitos que se encuentren, de hecho, suficientemente armonizados, sin que la intervención del legislador comunitario sea precisa para lograr el

²⁴ Vid. D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 734.

²⁵ Vid. N. REICH: "Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz...", *cit.*, pág. 9; D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 735.

²⁶ Diferentes alternativas para llenar de contenido a este nuevo elemento de frase pueden verse en D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 735.

adecuado funcionamiento del mercado interior. Se abriría así la posibilidad de dictar directivas en sectores en los que no existen desigualdades importantes entre las legislaciones de los Estados miembros. Sin embargo, la redacción de uno y otro precepto no supone que la armonización deba siempre, y en todo caso, optar por las soluciones de los Derechos nacionales que ofrecen grados mayores de protección a los consumidores²⁷. Dicho incremento en la protección habrá de ser consistente con los objetivos perseguidos por la Comunidad mediante la armonización de un concreto sector. En caso de divergencia entre varios objetivos, el TJCE deberá, en su caso, realizar las oportunas ponderaciones²⁸.

4. Tendencias recientes de impulso a la política comunitaria de protección de los consumidores en la Comunidad Europea

Tras el Tratado de Amsterdam, en la época más reciente se pretende dar un nuevo impulso a la política comunitaria en favor de la protección de los consumidores, lo que se refleja en la aparición de varios textos. En primer lugar cabe mencionar la Decisión nº 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores²⁹. El nuevo programa, que parte de la plena integración de la política de consumidores en el resto de las políticas de la Comunidad, prevé, junto a las iniciativas adoptadas por la Comunidad, acciones de apoyo a las organizaciones y entidades que trabajan, en el ámbito comunitario o nacional, en interés de los consumidores. Dichas actividades consistirán en acciones destinadas

²⁷ Sobre la interpretación de la expresión "nivel de protección elevado" utilizada por el art. 95 TCE (ex art. 100 A), *vid.* M.P. CREMADES: "La política de protección de los consumidores; sus fundamentos y las perspectivas que se derivan del Libro Blanco y del Acta Única", *Noticias CEE*, 1989, núm. 51, pág. 45. Según el autor, no cabría situarse en las legislaciones nacionales que ofrecen un nivel de protección más bajo, ni en las que responden a los niveles más elevados, pues ello chocaría con el objetivo de proteger las economías nacionales menos desarrolladas. Para M. GUZMÁN ZAPATER, el *nivel de protección elevado* será el resultado de soluciones de compromiso que en cada caso concretarán y conciliarán los intereses de los Estados con políticas de protección al consumidor más o menos desarrolladas. *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El Acta Única Europea, la creación del mercado interior y la protección de los consumidores: algunos problemas fundamentales", *RLL*, 1988, suplemento 33, de 31-3-1988, págs. 3 y ss. Con más detalle sobre la interpretación de esta norma, C. MARTINEZ DE AGUIRRE: *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, 1990, págs. 117-122.

²⁸ Por ejemplo, la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997 (As. 233/1994), resolvió la posible discrepancia entre la armonización con arreglo al art. 57.2 TCE y el alcance del mandato de elevación de la protección del consumidor que prevé el art. 129 A TCE. El TJCE, en el apartado 48 de su decisión, indica que "si bien la protección de los consumidores constituye uno de los objetivos de la Comunidad, evidentemente no es el único. En este sentido, ya se ha indicado que la directiva pretende promover la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el sector bancario. Es cierto que estas libertades deben ir acompañadas de un alto nivel de protección de los consumidores en la Comunidad; ahora bien, ninguna disposición del tratado obliga al legislador comunitario a adoptar el nivel de protección más alto que pueda existir en un Estado miembro determinado". También *vid.* la sentencia de 29 de febrero de 1996, As. C-193/94: "Skanavi y Chryssanthakopoulos", *Rec.* pág. I-929, apartado 27.

²⁹ DO L 34 de 9 de febrero de 1999.

a contribuir a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores así como a la promoción de su derecho a la información, a la educación y a organizarse a fin de salvaguardar sus intereses. Este marco general se configura como abierto a la participación de los países asociados de la Europa Central y Oriental, así como a Chipre, e igualmente a los países de la AELC/EEE. La puesta en práctica de ese marco general ha recibido un impulso importante tras la aprobación de la Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la política de consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001³⁰. La resolución insta a la Comisión a poner en práctica su Plan de Acción 1999-2001 teniendo en cuenta la Decisión nº 283/1999/CE, en particular el llamamiento a la coherencia y a la complementariedad entre las actividades y los proyectos comunitarios de realización del marco general y los demás programas e iniciativas comunitarios, así como a poner especial énfasis en los aspectos relacionados con la salud, seguridad e intereses económicos y jurídicos de los consumidores, y con el fortalecimiento de las organizaciones de consumidores³¹. La resolución toma en consideración, especialmente, la nueva situación que para la protección de los consumidores supone la creciente globalización así como la rápida expansión de las tecnologías de la información. Esta preocupación especial por el comercio electrónico ha determinado que se dicte la Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información³², con la que se pretende integrar la dimensión relativa a los consumidores en las correspondientes iniciativas de la Comunidad. Se pretende igualmente favorecer la resolución de litigios y el acceso del consumidor a la justicia. En este sentido, también es reciente la Recomendación 98/257/CE de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (texto pertinente a los fines del EEE)³³.

La creación del mercado interior también está influyendo sobre la perspectiva adoptada por la regulación comunitaria más reciente. En la óptica del logro de un mayor

³⁰ DO C 206 de 21 de julio de 1999.

³¹ En este sentido, la Comisión ha modificado recientemente sus procedimientos de consulta con las organizaciones que representan a los consumidores. El nuevo "Comité de los consumidores" está encargado de asesorar a la Comisión Europea sobre las medidas de protección de los consumidores, y representa el punto de vista de los consumidores durante la formulación de otras políticas de la Unión. Está formado por representantes nacionales de las organizaciones que existen en cada Estado miembro y representantes de cinco organizaciones europeas de defensa de los consumidores, estructuradas sobre la base del mercado único: Oficina Europea de las Uniones de Consumidores (BEUC), Confederación de Organizaciones Familiares de las Comunidades Europeas (Coface), Comunidad Europea de Cooperativas de Consumidores (Eurocop), Confederación Europea de Sindicatos (CES), Instituto Europeo Interregional de Consumo (IEIC).

³² DO C 23 de 28 de enero de 1999.

³³ DO n.º L 115 de 17 de abril de 1998. Se parte de la base de que, debido a su naturaleza, la mayoría de los litigios en materia de consumo se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su solución judicial; que, en particular en el caso de los conflictos transfronterizos, las posibles dificultades ligadas a los procedimientos judiciales pueden disuadir al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos.

perfeccionamiento del mercado interior cabe citar la reciente Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores³⁴, cuya intención es coadyuvar a la protección de los intereses colectivos de los consumidores mediante la facilitación del ejercicio de acciones colectivas cuando se produzca el incumplimiento del Derecho comunitario de protección de los consumidores establecido por las Directivas que se citan en el anexo³⁵.

Es preciso tener en cuenta que el Derecho de protección de los consumidores no sólo obliga a los países miembros de la Comunidad, ni tampoco en todo el territorio de estos países. Por una parte, la política de protección de los consumidores no es de aplicación en algunos territorios que pertenecen a países miembros de la Comunidad, como por ejemplo la isla de Mann, o las islas del Canal de la Mancha. Por otra parte, la política de protección de los consumidores alcanza también a los países que forman parte del EEE. Como se sabe, el acuerdo EEE tiene por objeto extender a los países miembros de la EFTA (salvo Suiza) las cuatro libertades comunitarias (libre circulación, servicios, personas y capitales) y diversas políticas como las normas relativas a la competencia y a la protección de los consumidores. Este espacio económico no constituye un mercado común, ya que no prevé una unión aduanera. Sin embargo, el acuerdo intenta garantizar un marco normativo homogéneo mediante la adopción de la misma legislación que la relativa al mercado interior comunitario.

II. CONDICIONANTES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Los parámetros que condicionan y sustentan la regulación comunitaria en materia de consumidores se concretan en la competencia comunitaria a tal efecto, en los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como en los efectos jurídicos específicos del instrumento normativo utilizado por antonomasia en este sector, esto es, la directiva comunitaria. Cada uno de estos factores, a su vez, posee una proyección concreta sobre la regulación material, y de DIPr., que ha de resultar en este ámbito.

1. Competencia comunitaria en materia de protección de los consumidores

Como acabamos de ver, la Comunidad Europea posee una competencia amplia en materia de protección de los consumidores que se instaura incluso al margen de la creación y funcionamiento del mercado interior (*vid.* art. 153 TCE). Pese a la existencia de esta competencia específica, el desarrollo del Derecho comunitario cuenta con el límite formal que

³⁴ DO L 166, de 11 de junio de 1998, págs. 51-55.

³⁵ Según el art. 4 de esta Directiva, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que, cuando una infracción tenga su origen en ese Estado miembro, toda entidad habilitada de otro Estado miembro donde los intereses protegidos por esa entidad habilitada se vean afectados por dicha infracción pueda interponer una demanda ante las autoridades judiciales o una solicitud ante las autoridades administrativas".

supone el principio de subsidiariedad. En el momento actual, la vigencia de este principio parece frenar la posibilidad de construir un Código de consumo unificado con pretensiones sistemáticas para los Estados que forman parte de la Comunidad Europea. Sin embargo, el reforzamiento de la competencia de la Comunidad en materia de protección de los consumidores, sobre todo tras el Tratado de Amsterdam, así como el hecho de que el año pasado haya sido aprobada una directiva en un ámbito nuclear del Derecho privado de protección de los consumidores, como el de las garantías en los bienes de consumo, mueven hoy a la doctrina a indicar el alcance amplio que podrán tener los desarrollos en este ámbito del Derecho comunitario³⁶. El cúmulo de directivas comunitarias dictadas en el sector de la protección al consumidor ha llevado a cierta doctrina a afirmar la posibilidad de un auténtico "Código Europeo de Consumo"³⁷, como primer paso hacia la futura codificación del Derecho privado europeo en su conjunto³⁸.

A pesar de su propósito, y de que el Derecho comunitario es precisamente una muestra de delegación de competencias de forma flexible y de contornos discontinuos³⁹, en el momento actual difícilmente se vislumbra el desarrollo de una normativa uniforme de la Comunidad con pretensiones sistemáticas. Junto a reproches de corte más general⁴⁰, una

³⁶ En este sentido, para D. STAUDENMEYER, con arreglo a la normativa anterior apenas era políticamente realizable el desarrollo de un código del consumidor con una parte general que colmara las aspiraciones sistemáticas de los juristas alemanes, deudores del BGB. Sin embargo, al contrario de las directivas anteriores, la nueva de 1999 penetra en un ámbito nuclear del Derecho civil nacional. *Vid.* D. STAUDENMEYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, pág. 736.

³⁷ Tal y como se ha sustentado en un seminario organizado en Lyon en diciembre de 1997. Las diferentes intervenciones pueden verse en el libro F. OSMAN (dir.): *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 1998. Sobre las posibilidades de un código europeo del consumo, especialmente *vid.*, en ese libro, J. CALAIS-AULOY: "Un Code européen de la consommation?" en F. OSMAN (dir.): *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 1998, págs. 399-414.. A juicio del autor, la aproximación de legislación por medio de directivas es sin duda una etapa necesaria en la construcción del Derecho europeo del consumo. No obstante, revela límites. Por ello, cabe pensar en una nueva etapa: la elaboración de un código europeo del consumo. La vía para la instauración de este código vendría dada por la elaboración de un texto convencional.

³⁸ Mostrando la importancia del Derecho comparado para la construcción jurídica común, *vid.* J.L. DE LOS MOZOS: "Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común", *RDP*, 1993, págs. 211-225; S. CAMARA LAPUENTE: "Hacia un Código Civil Europeo: ¿realidad o quimera?", *La Ley*, Diario de 5 de marzo de 1999, págs. 1-6. Aludiendo a los problemas que genera en la hora actual una unificación del Derecho de contratos, H. HEISS: "Europäisches Vertragsrecht: in statu nascendi?", *ZfRV*, 1995, págs. 54-60.

³⁹ Sobre las cuestiones generales de reparto de competencias entre las CCEE y los legisladores nacionales, *vid.* J.V. LOUIS: "Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté Européenne et ses Etats membres", *RIE/JEI*, 1979, págs. 355-373; R. KOVAR: "Compétences des Communautés", *Jurisqueleur Europe*, fasc. 420, pág. 5; y con carácter general A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª edic, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, pág. 175.

⁴⁰ Entre ellos, el menoscabo de la identidad cultural, déficit democrático, eliminación de la competencia legislativa como elemento promotor de soluciones normativas eficientes, pérdida de la dimensión global, elevados costes asociados a la protección y dificultades inherentes a la aplicación de la normativa uniforme. *Vid.*

codificación de este tipo no guarda relación con la evolución y carácter funcional de la integración⁴¹. A la vista de esta evolución, lo que sí parece posible es que los desarrollos sectoriales del Derecho comunitario en materia de protección de los consumidores conduzcan al establecimiento de algunas reglas de Derecho comunes a los Estados miembros de la Comunidad Europea. En este sentido, cada vez que las directivas comunitarias contienen mandatos directos e incondicionales en relación con los derechos que corresponden al consumidor en un contrato de consumo, estas reglas formarán parte del Derecho privado europeo de protección de los consumidores. La integración comunitaria, sin embargo, no está fundada en la unificación jurídica completa de las legislaciones de los Estados miembros. Sin perjuicio de que las necesidades de la integración, en el futuro, puedan dinamizar, para ampliarlo, el ámbito de la unificación jurídica necesaria para el funcionamiento del mercado interior, en la actualidad las exigencias de uniformidad se muestran bien limitadas, como se desprende de los grandes márgenes que conceden las directivas a los Estados miembros para proceder a su transposición.

Al margen de la dinámica del proceso legislativo europeo, el acento unificador recae hoy no tanto en la intervención legislativa a nivel supranacional, como en el desarrollo, a través de la jurisprudencia, la práctica y la doctrina de los principios generales de Derecho privado comunes en el ámbito europeo, en línea con la llamada internacionalización no legislativa del Derecho⁴². Entre los desarrollos recientes de esta uniformización no legislativa del Derecho, que tiene lugar al margen de la intervención de los Estados, se cuentan los principios en el ámbito contractual elaborados por una comisión de especialistas⁴³, así como los principios

P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 420.

⁴¹ *Vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 420.

⁴² La falta de intención política para la elaboración de un Derecho civil europeo ha llevado los trabajos preparatorios de ese texto al ámbito extralegislativo. La codificación europea se está llevando a cabo a través de mecanismos extralegislativos, como los usos comunes, las guías legales destinadas a su uso por operadores privados o públicos en el tráfico internacional, la técnica de los principios o *restatements* elaborados por organismos públicos o privados, sin fuerza de ley, etc. Por otra parte, en los últimos años se ha asentado entre la comunidad jurídica el convencimiento de que la mejor forma de alcanzar la armonización del Derecho privado y, en su caso, un eventual código civil europeo, no es la vía legislativa, esto es, normas de origen público. Este escepticismo tiene sólidos fundamentos: 1) la petrificación legislativa, reacia a los cambios de lo unificado; 2) la selección arbitraria de los ámbitos legales armonizables, fundada con frecuencia en las menores resistencias para lograr un acuerdo y no en las necesidades de la práctica; 3) la falacia de la simplificación de lo regulado y su uniformidad, pues se presta a diversas interpretaciones, conforme a los principios y la jurisprudencia nacional, a falta de una actividad realmente uniformante del Tribunal de Luxemburgo también en este ámbito; 4) o, la importantísima cuestión de la constitucionalidad comunitaria de la competencia de la Unión Europea para adoptar un Código Civil Europeo y el valladar que el principio de subsidiariedad puede suponer para ello. Todas estas objeciones han consolidado un clima adverso a la unificación legislativa y han propiciado, en cambio, la apuesta por la integración mediante la vía de la doctrina y la ciencia jurídica, basada en la autoridad y racionalidad de sus proposiciones y reglas y no en la potestad legiferante. *Vid.* CAMARA LAPUENTE: "Hacia un Código Civil Europeo: ¿realidad o quimera?", *La Ley*, Diario de 5 de marzo de 1999, págs. 1-6.

⁴³ THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: "*The Principles of European Contract Law, (Part I: Performance, Non-performance and Remedies)*", Dordrecht, 1995.

sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por el UNIDROIT⁴⁴. Mientras este último texto excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de consumidores, ante el silencio del primero la doctrina revela ciertas dudas sobre la posibilidad de extender los principios del Derecho europeo de contratos a las relaciones de consumo. No obstante, el carácter imperativo del Derecho comunitario de consumidores, y la dependencia de estas soluciones respecto del arbitraje como vía de solución de controversias hacen ilusorio que dichos principios puedan tener predicamento respecto de los contratos de consumo.

2. Incidencia de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad

La competencia material de la Comunidad para legislar en materia de protección de los consumidores queda condicionada por los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad⁴⁵. El contenido del principio de subsidiariedad es de difícil aprehensión. Desde el punto de vista jurídico positivo hay que buscarlo en el art. 5 TCE⁴⁶. De él se dice que su connotación es dual: subsidiariedad en sentido estricto -es decir acción comunitaria cuando los objetivos no puedan alcanzarse individualmente por los Estados miembros; subsidiariedad en sentido más amplio, como proporcionalidad -lo que significa acción comunitaria nada más que en la medida de lo necesario⁴⁷. Por tanto, el principio de subsidiariedad no sólo influye en la decisión de adoptar una acción por la Comunidad, sino que, en caso afirmativo, condiciona también la intensidad de dicha intervención. El protocolo anejo al TCE, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, establece que la Comunidad deberá actuar en la forma más sencilla posible y que deberá legislar

⁴⁴ UNIDROIT: *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995.

⁴⁵ Dentro de una abundantísima bibliografía sobre este principio se pueden ver, además de los manuales de Derecho Comunitario en general, los trabajos de A. BOIXAREU CARRERA: "El principio de subsidiariedad", *RIE*, 1994-3, págs. 771-808; J. RODRÍGUEZ ARANA: "Sobre el principio de subsidiariedad", *Noticias de la Unión Europea*, nº 110, 1994, págs. 11-39; G. STROZZI: "Il principio di sussidiarità nel Trattato di Maastricht", *Riv.dir.int.*, 1992-2, págs. 376-381; A.G. TOTH: "The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty", *CMLR*, 1992, págs. 1079-1105; N. BERNARD: "The future of European Economic Law in the Light of the principle of subsidiarity", *CMLR*, vol. 33, 1996, págs. 633-666. De particular relevancia sobre el test de eficacia propuesto por R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, págs. 571-591.

⁴⁶ Según el art. 5 del TCE (antiguo art. 3 B), "la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

⁴⁷ Para aplicar el mandato de la norma, la Comisión se propuso tres tipos de actuaciones concretas: 1. todas las propuestas legislativas han de justificarse a la luz del principio de subsidiariedad. 2. se retirarán o se revisarán todas las propuestas pendientes. Este propósito fue elevado a la práctica con la Directiva sobre timesharing que se encontraba en fase de elaboración. 3. se revisará toda la legislación vigente.

únicamente en la medida de lo necesario. Con base en el principio de subsidiariedad, las competencias legislativas atribuidas a los órganos de la CE sólo tendrán efectividad cuando las legislaciones nacionales de los Estados miembros no manifiesten un grado suficiente de armonización o, en su caso, la armonización existente muestre discriminaciones o restricciones no justificadas a las libertades comunitarias. La cuestión adquiere hoy día gran interés pues ya existe el precedente de un litigio ante el TJCE planteado por el exceso en la reglamentación comunitaria⁴⁸.

La enunciación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en el TCE conlleva diversas consecuencias más o menos directas. De un lado, bloquea la elaboración de un código europeo en materia de consumo⁴⁹. De otro, supone otorgar carácter privilegiado a la directiva comunitaria, como instrumento especialmente apropiado con la idea de imposición de fines, y la admisión de cierta flexibilidad en los medios, para la consecución de los objetivos comunitarios⁵⁰. Dichos principios permiten valorar, en concreto, la necesidad de la regulación comunitaria, así como establecer diferentes grados, mayores o menores según los casos, para la diversidad normativa entre las regulaciones de los países miembros de la Comunidad⁵¹.

La acuñación del principio de subsidiariedad ejerce también una influencia notable sobre la configuración de los sistemas de DIPr. de los Estados miembros de la Comunidad en el ámbito de la protección de los consumidores. El modo en que vienen formuladas las normas de DIPr contenidas en las directivas dictadas en ese sector, señalando para ellas un ámbito de aplicación espacial de ámbito comunitario, y la falta de efecto directo de dichos indicadores, hace recaer sobre los Derechos estatales la obligación de conseguir el objetivo explícitamente señalado. A su vez, esa configuración deja colegir una presunción favorable a la capacidad de los Estados para dar satisfacción, con sus propias medidas, a los objetivos perseguidos, por lo que resultaría superflua e innecesaria una intervención legislativa más detallada por parte de la Comunidad. En otras palabras, el legislador comunitario da a entender que el ámbito de aplicación señalado para las directivas puede ser preservado de forma descentralizada por los Estados, sin necesidad de articular un sistema conflictual de carácter intracomunitario para este fin. Como veremos, esta circunstancia puede adquirir interés como elemento interpretativo dentro de los sistemas estatales de DIPr.

⁴⁸ El TJCE recientemente ha tenido que enfrentarse con un recurso de anulación por vulneración del principio de subsidiariedad. *Vid.* sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, As. C-233/1994.

⁴⁹ E. MÉNDEZ PINEDO: *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pág. 318.

⁵⁰ La Comisión ha señalado que la utilización del Reglamento comunitario, ex art. 189.II, debe tener lugar sólo con carácter excepcional. *Vid.* N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *EuZW*, Heft 7, 1991, págs. 209.

⁵¹ A veces, las directivas fijan unos estándares de protección comunes, excluyendo que las legislaciones nacionales puedan imponer niveles de protección más estrictos; sin embargo, es más frecuente que admitan, en la regulación de ciertos aspectos, la operatividad de reglas nacionales que fijen niveles de protección diferentes. Planteando las distintas posibilidades, *vid.* B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *ZfRV*, vol. 36, 1995, págs. 45-54, con una clasificación de las diversas directivas (y propuestas) pág. 53.

3. Consecuencias derivadas de la utilización del cauce normativo de la directiva

La vía legislativa utilizada más frecuentemente para la elaboración de textos comunitarios en el ámbito de la protección de los consumidores es la armonización, en detrimento de la unificación. Se trata de un mecanismo institucionalizado previsto como opción necesaria para promover la integración comunitaria (*vid.* arts. 3 h, 44.3 g, 94, 95, y 308 TCE), y no conlleva pretensiones de unificación jurídica. La técnica normativa básica para llevar a efecto la armonización es la directiva (art. 249.3 TCE), al contrario de lo que ocurre con el reglamento (art. 249.2 TCE) o el convenio internacional (art. 293 TCE) que tienen pretensiones de unificación jurídica. No es el momento de detenernos en las trazas que caracterizan al instrumento normativo de la directiva. Sin embargo, resulta de interés poner de relieve algunos extremos que pueden ser útiles para el examen de las cuestiones materiales y de DIPr que se analizarán más adelante.

A. Alcance de la unificación jurídica producida por las directivas

El primer dato que ofrece interés es que las directivas no excluyen el pluralismo normativo. Las divergencias normativas estatales a que pueden dar lugar las directivas son más que reales, al ser su nivel de definición muy variable⁵². Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, y de la inclusión por el Tratado de Maastricht de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en el art. 3 B TCE (en la actualidad, art. 5), hoy impera cierta tendencia a limitar al mínimo imprescindible las disposiciones imperativas de una directiva, conectándose funcionalmente este alcance con lo que sea preciso para la creación y funcionamiento del mercado interior⁵³. Dichos márgenes son establecidos a la vista de la actuación concreta del principio de subsidiariedad en las distintas materias o ámbitos regulados. Parcialmente al menos, esta situación autoriza hablar de una "competencia de los ordenamientos"⁵⁴.

En la actualidad, aunque pueda sonar a paradoja, a medida que se incrementa la intervención del Derecho comunitario sobre un sector, también crece la necesidad de normas de ley aplicable. En efecto, muchas directivas sólo establecen una serie de directrices, que persiguen una armonización mínima y que, por tanto, no cierran la posibilidad de regulaciones de los Estados miembros que completen o desarrollen la regulación comunitaria. En el extremo

⁵² Aunque las directivas fijan normalmente unos niveles de protección comunes, también admiten, a veces, la operatividad de reglas nacionales que fijan un nivel de protección más intenso. *vid.* B.VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, págs. 46-47.

⁵³ J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht", en A.K. SCHNYDER, H. HEISS y B. RUDISH: *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert* Facildes, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, pág. 16.

⁵⁴ N. REICH: "Competition between Legal Orders - A New Paradigm in EC Law?", *CMLRev*, 29, 1992, págs. 861 y ss.

opuesto, cuando aumenta el ámbito de la unificación jurídica realizada a través de directivas, menor interés tendrá la utilización de las normas de DIPr., al perder éste su presupuesto de base⁵⁵. Esta segunda hipótesis es lo que permitiría encontrar explicación para un planteamiento doctrinal, según el cual en los ámbitos armonizados resultaría indiferente que el DIPr. remita al Derecho propio o al Derecho de otro Estado miembro. En este sentido, para R. Sack⁵⁶ en los ámbitos armonizados no existiría ya un problema de DIPr. siendo de aplicación directa el Derecho del foro. Este planteamiento doctrinal explica la configuración de algunas normas de DIPr. que han sido dictadas por países de la Comunidad en el ámbito de la protección de los consumidores, que establecen un ámbito de aplicación muy amplio para el Derecho del foro⁵⁷.

Para valorar esta tesis es preciso desglosar dos ideas. En primer lugar, en términos estrictos, y sin perjuicio de la consiguiente relativización de los problemas que genera la aproximación de legislaciones, *el presupuesto del DIPr. sólo desaparece en presencia de una unificación jurídica completa*. La persistencia de divergencias normativas hace aparecer claramente la necesidad de arbitrar una solución de ley aplicable, por lo que podría no ser indiferente aplicar la legislación del foro o la legislación de otro Estado miembro. Dado que la mayoría de las directivas sólo establecen una armonización parcial, en la mayor parte de los casos será preciso resolver la contradicción normativa mediante el empleo de las normas de ley aplicable. Como distinta de esta cuestión aparecería otra que tendría por objeto averiguar si, una vez armonizadas las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad Europea, el funcionamiento correcto del mercado interior es compatible con la posibilidad de aplicar, indistintamente, uno u otro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que las garantías ofrecidas por los distintos ordenamientos jurídicos pueden ser consideradas como "equivalentes". El análisis de esta segunda cuestión se abordará en el capítulo tercero.

B. Efecto directo de las Directivas

La vía procedimental seguida por la directiva para poner en vigor sus mandatos, a través de la intervención legislativa del Estado, conlleva la aparición de problemas específicos, como los relativos a la transposición incorrecta o tardía, o a la interpretación del Derecho nacional dictado para la transposición del Derecho comunitario. La directiva carece de eficacia directa, o lo que es lo mismo, de aplicabilidad al margen de una normativa estatal de desarrollo⁵⁸. No

⁵⁵ Como indica N. REICH, el problema desaparecería por completo pues la interpretación de las Directivas no podría tener lugar a través del Derecho nacional, y en caso de necesidad las dudas deberían ser resueltas a través de las oportunas cuestiones prejudiciales. *Vid.* N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 115.

⁵⁶ R. SACK: "Die Kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschen Recht", *GRUR/Int.* 1988, págs. 320 y ss, esp. pág. 342.

⁵⁷ *Vid. infra* capítulo tercero.

⁵⁸ Los argumentos que se han esgrimido para rechazar el efecto directo de las Directivas son dos. En primer lugar, a diferencia del reglamento, que es directamente aplicable en cada Estado de acuerdo con el art. 249 TCE, no existe en el Tratado ningún precepto que diga algo semejante respecto de las directivas. Además, el

obstante, conforme a la doctrina establecida por la jurisprudencia del TJCE, es preciso distinguir entre el efecto directo vertical de las directivas y su efecto directo horizontal. La eficacia directa vertical de las directivas comunitarias, esto es, frente al Estado, ha sido afirmada por el TJCE en diversas ocasiones⁵⁹.

En el ámbito de las directivas comunitarias dictadas para la protección de consumidores, sin embargo, presenta mayor interés el posible *efecto directo horizontal*, esto es, la posibilidad de que un particular, generalmente un consumidor, pueda amparar su derecho en el texto de una directiva no transpuesta, o transpuesta de forma defectuosa, por parte del Estado. A diferencia de la solución que se acaba de describir, hasta ahora la jurisprudencia del TJCE no ha reconocido la eficacia directa de las directivas comunitarias en las relaciones entre particulares. Esta oposición arranca de la sentencia Marshall I, donde el TJCE, siguiendo la distinción propuesta por Pescatore⁶⁰, argumentaba indicando que "es menester subrayar que según el art. 189 del Tratado (actual art. 249) el carácter obligatorio de una directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional nacional sólo existe respecto a "todo Estado miembro". De ello se deriva que una directiva no puede, por sí misma, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona⁶¹. De este planteamiento se infiere que los particulares no pueden hacer valer los derechos que

propio art. 249.3 identifica como sujetos vinculados por una directiva a cada Estado miembro que sea destinatario de ella.

⁵⁹ La afirmación del efecto directo vertical de las directivas constituye una garantía mínima en favor de los justiciables lesionados por la ejecución de la directiva, y se basa en el carácter imperativo de la obligación impuesta a los Estados miembros por el art. 249.3. TCE. Esa obligación se vería privada de toda eficacia si se permitiera a los Estados miembros anular, por su omisión, los efectos que en virtud de su contenido pueden producir algunas disposiciones de una directiva. La sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1974 (As. "Van Duyn"), fue la primera en reconocer esa eficacia a una directiva sin tener que invocar simultáneamente otra norma comunitaria. Una sistematización más profunda de la doctrina del efecto directo tuvo lugar en la sentencia "Ratti", que declaró que un Estado miembro no puede aplicar su ley interna, aunque sea una ley penal, después de haber expirado el plazo de transposición de una directiva, a una persona que se hubiera adaptado a ella. También *vid.* la sentencia de 19 de enero de 1982, As. 8/81: "Becker". Para invocar el efecto directo de una directiva comunitaria es preciso que haya transcurrido el plazo señalado para su incorporación, o que lo haya sido de manera defectuosa, y que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas. La determinación de si las disposiciones de una directiva son suficientemente precisas y si conceden los derechos sin condiciones ni limitaciones, es una cuestión de carácter interpretativo. (*Vid.* N. REICH: "EG-Richtlinien und internationale Privatrecht", *cit.* pág. 111). Al objeto del efecto directo vertical de las directivas no transpuestas o transpuestas de forma defectuosa, es preciso recordar que la noción de Estado incluye todas las administraciones públicas (estatal, autonómica, provincial, local e institucional), como indicó el TJCE en la sentencia de 22 de junio de 1989 (As. "Costanzo").

⁶⁰ *Dalloz*, 1980, pág. 171.

⁶¹ *Vid.* Sentencia Marshall I, apartado nº 48. La no admisibilidad del efecto directo horizontal de las directivas puede rastrearse en la argumentación empleada por el Abogado General Sr. Reischl en la sentencia Ratti y, más claramente, en la del Abogado General Sr. Slynn en la sentencia Becker. Asimismo, parece deducirse del razonamiento de la propia sentencia Becker, fundamentos 17-26.

les concedan las directivas comunitarias, cuando éstas se refieran a relaciones entre particulares, por el mero hecho de que haya transcurrido el plazo para su transposición, pues el efecto directo es la contrapartida de una obligación. Como de las directivas sólo surgen obligaciones directas de transposición a cargo de los Estados miembros, y no obligaciones con relación a los particulares, éstos no pueden beneficiarse del mencionado efecto directo.

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJCE con ocasión del conocimiento de asuntos en los que eran invocadas disposiciones de protección de los consumidores contenidas en directivas comunitarias que no habían sido transpuestas dentro del plazo señalado por algunos Estados miembros. En concreto, se trata de las Sentencias de 14 de julio de 1994⁶², y de 7 de marzo de 1996⁶³. La consecuencia lógica de tal postura es que a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores no pueden fundar en una directiva un derecho de renuncia contra los comerciantes con los que han celebrado un contrato, e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional. En esta situación, al particular no le quedará más vía de actuación que la exigencia directa de responsabilidad al Estado por el incumplimiento de la obligación de transposición de una directiva comunitaria⁶⁴.

⁶² As. "Faccini Dori". La decisión tuvo su origen en una cuestión prejudicial planteada por el *Giudice conciliatore* de Florencia ante el TJCE, acerca de la interpretación de la Directiva de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, y su invocabilidad en un litigio entre un empresario y un consumidor. Éste había concertado en la estación central de Milán la adquisición de un curso de inglés por correspondencia con un vendedor de la empresa Interdifusion Srl, sin que hubiera mediado solicitud previa de ella; lo cual implicaba que el contrato celebrado era del tipo de los incluidos en la Directiva de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles de 20 de diciembre de 1985. Arrepentida de dicha adquisición, la Sra. Faccini Dori comunicó cuatro días más tarde, por carta certificada, a Interdifusión Srl su desinterés por la suscripción, alegando que utilizaba el derecho de renuncia contenido en el art. 5 de la Directiva, que aún no había sido transpuesta al Derecho italiano, a pesar de haberse sobrepasado con creces el plazo para hacerlo. Varios meses después, Interdifusión Srl contestó que había cedido su crédito a Recreb Srl, por lo que la Srta Faccini Dori confirmó por escrito a la nueva empresa acreedora su renuncia del contrato. Esta última, sin embargo, le demandó el pago de la suma contenida más los intereses correspondientes y las costas. El TJCE, tras recordar su jurisprudencia favorable al reconocimiento del efecto directo vertical de las Directivas comunitarias, rechazó ampliarlo con respecto al denominado efecto directo horizontal, "pues ello equivaldría reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos".

⁶³ As. C-192/94: "El Corte Inglés", Rec. pág. I-1281. Poco tiempo después de plantearse esta cuestión, el TJCE dictó la sentencia de 14 de julio de 1994, en la que confirmó su jurisprudencia según la cual las directivas carecen de todo efecto directo horizontal. No obstante, al albergar dudas sobre si el nuevo art. 129 A podía tener alguna incidencia sobre el efecto directo entre particulares del art. 11 de la citada directiva, el órgano jurisdiccional mantuvo su cuestión. El Tribunal confirmó su jurisprudencia señalando que el art. 129 A no puede modificarla, ni siquiera respecto de las directivas relativas a la protección de los consumidores.

⁶⁴ Este principio ha sido reconocido por el TJCE en sus sentencias de 19 de noviembre de 1991, As. acumulados C-6/90 y C-9/90: "Francovich". Rec. pág. I-5357); de 5 de marzo de 1996, As. acumulados C-46/93 y C-48/93: "Brasserie du pecheur-factortame III", apartado 31; de 26 de marzo de 1996, As. C-392/93: "British Communications", apartado 38; y de 23 de mayo de 1996, As. C-5/94: "Hedley Lomas", apartado 24. Para que prospere dicha reclamación es preciso que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de esos derechos pueda ser determinado basándose en las disposiciones de la Directiva; y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas. A falta de disposiciones comunitarias en este

Como sustitutivo de la eficacia directa de las directivas, la vía indemnizatoria plantea graves inconvenientes prácticos a los particulares, derivados del hecho de tener que entablar varios juicios para obtener la correspondiente indemnización⁶⁵.

A la vista del perjuicio que supone la negación del efecto directo horizontal de las directivas comunitarias para la armonización legislativa que se pretende de los ordenamientos de los Estados miembros, y para la efectividad del propio Derecho comunitario, un nutrido sector de la doctrina⁶⁶, defiende la idea de que el TJCE debería ser coherente con su propia doctrina jurisprudencial relativa al efecto directo de las directivas, y reconocer el efecto directo horizontal de las no transpuestas en plazo⁶⁷. Sin perjuicio de la mayor o menor solvencia de

ámbito, corresponderá al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización, que no podrán ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el Derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación. La obligación de reparar que incumbe a los Estados no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del TJCE en la que se declare el incumplimiento reprochado. Estos mismos principios han sido seguidos en las sentencias del TJCE de 8 de octubre de 1996 (As. C-178 y otros acumulados: "Erich Dillenkofer"), y en la sentencia de 22 de abril de 1997, As. "Sutton". *Vid.* J. LETE ACHIRICA: "La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario", *AC*, nº 9, 2 al 8 de marzo de 1998, pág. 201.

⁶⁵ A. MANGAS MARTIN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 208.

⁶⁶ En la doctrina española, A. MANGAS MARTIN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho la Unión Europea*, *op. cit.*, págs. 208-209; L. MILLÁN MORO: "La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente" *RIE*, 1991, pág. 877; R. FERNANDEZ MARTIN: "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario: evolución y alcance", *RIE*, 1994, pág. 894; M.J. LUNAS DÍAZ: "El efecto directo horizontal de las Directivas y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario en un supuesto de crédito al consumo, *La Ley (Unión Europea)*, nº 4222, de 5 de febrero de 1997, págs. 1-4; J. LETE ACHIRICA: "La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario", *AC*, nº 9, 2 al 8 de marzo de 1998, pág. 198. En la doctrina alemana, N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, págs. 209; N. REICH: "EG-Richtlinien und internationale Privatrecht", *cit.*, pág. 116.

⁶⁷ En esta línea, para el Abogado General que conoció en el Asunto "Faccini Dori", el *principio de igualdad en las condiciones de competencia* y el *principio de no discriminación* permitirían sin dificultad fundar el reconocimiento del efecto directo horizontal de las Directivas no transpuestas dentro del plazo señalado. En virtud del primero, se podrían obviar las consecuencias inequitativas que la trasposición desigual en el tiempo de una directiva produciría a los operadores económicos de los Estados cumplidores, obligados a respetar sus respectivas legislaciones de transposición, frente a los de los Estados negligentes. Por si esto no fuera suficiente, hay que tener en cuenta que el principio de no discriminación, que tiene rango de derecho fundamental, opera igualmente a favor de la eficacia horizontal de las directivas, en múltiples aspectos. Por una parte, no resulta satisfactorio que los justiciables estén sujetos a normas diferentes según mantengan relaciones jurídicas comparables con una entidad vinculada al Estado o con un particular. Por otra parte, es contrario a las exigencias a que debe responder un mercado interior que los particulares se rijan por legislaciones diversas en los diferentes Estados miembros, aunque hayan sido adoptadas disposiciones de armonización por parte de la Comunidad. Tales planteamientos estarían en concordancia con las nuevas disposiciones introducidas en el TCE por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. Ya en la sentencia Marshall II (sentencia TJCE de 2 de agosto de 1993, Rec. 1993, pág. 4387), el Abogado General Sr. Van Gerven había manifestado que si el TJCE reconociera a partir de

esta argumentación, la negación por el TJCE del efecto directo horizontal de las directivas no transpuestas en plazo, permanece hoy como una barrera infranqueable en la construcción jurisprudencial del Derecho comunitario. Tras el Tratado de Amsterdam, y la elevación de la información del consumidor a rango de "derecho", se cuestiona por un sector de la doctrina si esta nueva caracterización no podría ser tenida en cuenta por el TJCE para derogar su jurisprudencia en torno al efecto directo horizontal de las directivas. Este efecto sería relevante, sobre todo, para el amplio número de disposiciones contenidas en las directivas que establecen obligaciones de información⁶⁸.

La negación del efecto directo horizontal de las directivas comunitarias se refiere, como se sabe, sólo y exclusivamente a aquellas disposiciones de contenido preciso, redactadas de forma clara e incondicionada, respecto de las cuales la intervención legislativa del Estado consista, meramente, en la inserción en el Ordenamiento estatal de esas disposiciones. Por el contrario, el efecto directo horizontal no puede corresponder, en ningún caso, a disposiciones que se limitan a establecer fines, sin concretar qué tipo de medidas o mecanismos podrían arbitrar los Estados para alcanzar dicha finalidad. Esta idea resulta aquí de interés pues la mayoría de las normas de DIPr. que contienen las directivas relativas a la protección contractual del consumidor se limitan a señalar un objetivo concreto, consistente las más de las veces en la imposibilidad de que se prive al consumidor de la protección establecida por una directiva, sin que se ofrezcan directamente las vías que podrían utilizar los Estados para llevar a efecto dicho objetivo. Las normas de DIPr. parece que deben quedar al margen de la polémica en torno a la admisión del efecto directo horizontal de las directivas, siendo dicho debate de escasa utilidad en el plano conflictual.

En torno al tema de la eficacia directa horizontal de las directivas comunitarias, *la jurisprudencia española no sigue una pauta uniforme*. En efecto, frente a decisiones que acomodaron su criterio a la doctrina establecida por el TJCE en torno al tema, de modo que únicamente se otorga eficacia directa a las directivas en las relaciones verticales, pero no en las de carácter horizontal⁶⁹, en la jurisprudencia más reciente se deja sentir cierta

ahora también el efecto directo horizontal a las disposiciones de una directiva que son suficientemente precisas e incondicionales, la coherencia de su jurisprudencia se vería reforzada (conclusión 12, pr. 2). Añadiendo argumentos, para N. REICH la distinción entre efecto directo vertical y horizontal resulta difícil de mantener, sobre todo teniendo en cuenta que en ciertas directivas se elimina el papel del Estado como legislador directo o indirecto. De otro lado, un argumento de eficiencia del Derecho comunitario postularía en favor del efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias. La pertenencia de la administración de justicia al Estado podría también invocarse en favor del efecto directo horizontal (sentencia de 7 de noviembre de 1989, As. C 125/88, sentencia de 13 de noviembre de 1990, As. C 106/89: "Marleasing". *Vid.* N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, pág. 210.

⁶⁸ La tesis es mantenida por N. REICH: "Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz...", *cit.*, pág. 8.

⁶⁹ Por ejemplo, la sentencia del TS de 18 de marzo de 1995, RJ 1995/1964, ha señalado que "tal efecto directo no se presenta amplio y únicamente opera cuando los particulares actúan frente al Estado desobediente -lo que se conoce como efecto vertical- y no cuando se trate de conflicto entre sólo particulares- efecto horizontal-

inclinación al desplazamiento de esta regla, y a la atribución de eficacia directa horizontal a las directivas en las relaciones entre particulares⁷⁰. Si bien esta posición jurisprudencial podría ser bien recibida por su carácter progresista y por servir, en definitiva, al efecto útil del Derecho comunitario, el enjuiciamiento no puede dejar de tener en cuenta que, siguiendo esta solución, los tribunales españoles se apartan de la solución expresamente acogida por el TJCE, estando implicado aquí el principio de primacía del Derecho comunitario habida cuenta del valor jurídico que corresponde a la jurisprudencia del TJCE. Pero en este punto quizás conviene distinguir unas de otras decisiones. Algunas de estas decisiones no utilizan el argumento de la eficacia directa de las directivas comunitarias como única *ratio decidendi*, sino que combinan ese argumento con otras razones⁷¹. En este supuesto, el incumplimiento de la jurisprudencia comunitaria no poseería trascendencia práctica, pues el mismo resultado podría haber sido alcanzado sin hacer recurso al valor directo del Derecho comunitario. Sin embargo, cuando el juzgador español tenga en cuenta la eficacia directa de las directivas comunitarias como única o principal razón para adoptar su decisión⁷², pensamos que estará incurriendo en un

, por no estar vinculados directamente al Tratado de Roma y sí solamente los Estados que lo firmaron". La sentencia TS de 5 de febrero de 1997 (RJ 1997/848) indicó que "las directivas de la CE obligan directamente a los Estados, no entre particulares. Por su fecha, posterior a la del crédito, y por tratarse de inhibitoria, materia procesal, *ius cogens*, no pueden alterar sin norma con valor de ley el derecho interno.

⁷⁰ Vid. SSTs de 12 de julio y 23 de septiembre de 1996; de 5 de julio de 1997, (RJ 1997/6151); de 8, 14, 25 y 30 de noviembre de 1996, de 4 de diciembre de 1996, de 1 de febrero de 1997 (RJ 1997/672), de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997/429), de 20 de febrero de 1998 y de 3 de julio de 1998 (RJ 1998/6113). También vid. sentencia AP de Málaga de 6 de octubre de 1998 (TTSSJ y Audiencias provinciales 1998, marginal 2082). Valorando críticamente la afirmación por nuestra jurisprudencia del efecto directo horizontal de las directivas, vid. A. DEL VALLE GÁLVEZ y T. FAJARDO DEL CASTILLO: "La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997", *RDCE*, 1999, págs. 121-122.

⁷¹ Por ejemplo, para conceder al consumidor el derecho de resolución contractual unilateral, la sentencia de la AP de Málaga de 6 de octubre de 1998 (TTSSJ y Audiencias provinciales 1998, marginal 2082), aplica la Directiva 94/47 CEE del PE y del Consejo de 26 de octubre de 1994, a la vez que el art. 10.4 de la LGDCU. Igualmente, la sentencia TS de 3 de julio de 1998 (RJ 6113/1998), funda la invalidez de la cláusula de sumisión expresa a tribunales establecida en un contrato de consumo tanto en la Directiva de la Comunidad Económica Europea 93/13 de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, como en la aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la ley de consumidores y usuarios. Según lo establecido en las sentencias de 12 de julio y 23 de septiembre de 1996 "en aquel tiempo los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la directiva de la CEE, num 93/13 de 5 de abril que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transposición a los derechos nacionales de los Estados miembros y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios".

⁷² Así parece ocurrir en ciertas sentencias del TS. El Tribunal, en sentencia de 5 de julio de 1997, (RJ 1997/6151), ha señalado expresamente que las directivas comunitarias "siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidades europeas, producen el efecto vertical, sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber traspuesto la Directiva el Derecho interno en el plazo previsto y *también el efecto horizontal*, en conflictos entre los particulares si no se ha traspuesto en dicho plazo y contienen normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato". Esta misma tesis ha sido seguida por las sentencias del TS de 8, 14, 25 y 30 de noviembre de 1996, de 4 de diciembre de 1996, de 1 de febrero de 1997, de 12 de

incumplimiento del Derecho comunitario que debería poder ser subsanado de algún modo. Por tanto, cabría mantener que la persona perjudicada por la aplicación del Derecho comunitario no transpuesto podrá recurrir contra dicha decisión basándose en el incumplimiento de la jurisprudencia comunitaria. En su caso, la instancia jurisdiccional deberá plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE. No obstante, si el recurso prosperara, cabría pensar que el perjudicado por la inaplicación del Derecho comunitario podría, a su vez, recurrir contra el Estado por no transposición en el tiempo establecido de la correspondiente directiva comunitaria.

C. Efecto indirecto de las Directivas u obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a las Directivas no transpuestas o transpuestas de forma defectuosa

Una de las cuestiones que suscita mayor interés en relación con la eficacia de las directivas comunitarias no transpuestas, o transpuestas defectuosamente, es la relativa al posible efecto de sus disposiciones sobre la interpretación del Derecho estatal. Ciertamente, la circunstancia de que las normas nacionales adoptadas en desarrollo de las directivas comunitarias estén destinadas a introducir en las legislaciones internas reglas armonizadas de un ordenamiento supranacional implica la necesidad de adaptar a esa realidad los métodos de interpretación propios del Derecho privado nacional, en particular, cuando éste desarrolla la normativa armonizada⁷³. De acuerdo con esta directriz, y al contrario de la posición rígida que el TJCE mantiene respecto al efecto directo horizontal de las Directivas, cabe observar una postura mucho más flexible del Tribunal Europeo cuando se trata de una cuestión meramente interpretativa, y ello a pesar de la fuerte afinidad con el efecto horizontal que se rechaza expresamente⁷⁴. El deber de interpretación de acuerdo con el Derecho comunitario deriva del principio general establecido por el art. 10 TCE. Dicho precepto establece la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado previsto por la directiva, esto es, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. Esta obligación se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales.

El mandato general de interpretar el Derecho nacional conforme a la norma comunitaria, llamado también efecto indirecto de las directivas, fue afirmado por primera vez

mayo de 1997 y de 20 de febrero de 1998. La sentencia AP Pontevedera de 12 de mayo de 1999 indica que "es sabido que la jurisprudencia ha venido considerando nulas las cláusulas de sumisión expresa incorporadas a los contratos de adhesión en consonancia con el criterio de la directiva de la Comunidad EE núm 93/13 de 5 de abril de 1993. Desde el punto de vista legislativo el criterio ha sido también asumido, por ejemplo, en la ley de condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998, que incorpora a la LGDCU".

⁷³ Vid. M. SCHMIDT: "Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden", *RabelsZ*, vol. 59, 1995, págs. 569-597; U. EHRICKE: "Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts", *RabelsZ*, 1995, págs. 609-644.

⁷⁴ N. REICH: "Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt", *RabelsZ*, 1992, pág. 498.

en la sentencia de 10 de abril de 1984⁷⁵, y reiterado en las sentencias de 13 de noviembre de 1990⁷⁶ y de 16 de diciembre de 1993⁷⁷. Según la explicación que de este efecto ofrece el TJCE en la sentencia "Faccini Dori" "al aplicar el Derecho nacional, ya se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 249 del Tratado"⁷⁸. De esta manera se intenta lograr una cierta aplicación horizontal, por parte del juez nacional y sirviéndose de su ley nacional, de la directiva no transpuesta, lo cual ha recibido el nombre de *efecto transfusión* o *efecto inclinado*⁷⁹. Como se puede comprender fácilmente, el mandato de interpretación del Derecho nacional conforme a la norma comunitaria adquiere especial relevancia cuando se trata de directivas que regulan relaciones entre particulares, al carecer éstas de eficacia directa, como es el caso de los textos que tienen por objeto la protección de los consumidores. Se trata, pues, de la existencia de un meta-criterio de interpretación que, en el ordenamiento jurídico español, habría de situarse con carácter preferente a los criterios de interpretación de las normas establecidos por el art. 3 Cc.

Determinado el contenido del efecto indirecto de las directivas, conviene enseguida delimitar su alcance. Resulta claro que el efecto indirecto no resulta operativo cuando la norma estatal de cuya aplicación se trata no tolera márgenes para una interpretación conforme con la directiva comunitaria. En efecto, cuando el contenido de la norma es claro e incondicional, no resultará posible conseguir el objetivo de la directiva más que alterando el contenido de la norma estatal, y produciendo, por consiguiente, una interpretación *contra legem* de la norma⁸⁰. Ello sólo podría tener lugar, en su caso, mediante el reconocimiento del efecto directo horizontal de la directiva. Por el contrario, el mandato de interpretación del Derecho estatal con arreglo al Derecho comunitario adquiere mayor significado en otras situaciones: en primer lugar, cuando la norma estatal admite diversas interpretaciones, prevalecerá la que sea conforme con el Derecho comunitario; en segundo lugar, cuando el ordenamiento cuenta con disposiciones de formulación flexible, la motivación necesaria para su aplicación habrá de tener en cuenta la existencia de un metacriterio de interpretación constituido por el Derecho comunitario; en tercer lugar, en presencia de lagunas de regulación o supuestos no regulados

⁷⁵ As. 14/83: "Von Colson y Kamann".

⁷⁶ As. C-106/89: "Marleasing".

⁷⁷ As. C-334/92: "Wagner Miret".

⁷⁸ Apartado 26. *Vid.* también la sentencia del TJCE 7 de marzo de 1996, ya citada.

⁷⁹ *Vid.* A. MANGAS MARTIN y D.J. LIÑAN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 210. También *vid.* R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario...*, *op. cit.*, págs. 265-267.

⁸⁰ R. ALONSO GARCÍA (*loc. ult. cit.*). En estos supuesto, podría prosperar la acción de responsabilidad contra el Estado, al amparo de la jurisprudencia del TJCE establecida en la sentencia TJCE de 19 de noviembre de 1991, As 6 y 9/90: "Frankovich y Bonifaci".

expresamente, el efecto indirecto de las directivas comunitarias también habrá de ser tenido en cuenta interviniendo, en la medida que proceda, para integrar la correspondiente laguna.

Para valorar el juego del efecto indirecto de las directivas comunitarias habrá que estar a los límites que deriven de los criterios de interpretación de cada Ordenamiento estatal⁸¹. Este juego, según los casos, no estará exento de límites, que aparecen asociados con los principios del Derecho comunitario de *seguridad jurídica* y de *irretroactividad*⁸². Por otra parte, resulta imprescindible que la ley nacional se preste a ser interpretada o, más simplemente, que exista. El margen para aplicar la doctrina del efecto indirecto con todas sus consecuencias puede ser, a veces, bastante estrecho⁸³. En nuestro país, la jurisprudencia ha hecho uso del efecto indirecto de las directivas comunitarias en bastantes ocasiones, en relación con litigios suscitados en el ámbito de la protección de los consumidores⁸⁴.

⁸¹ Por ejemplo, en España, la interpretación literal de la disposición representa un límite para dicha interpretación. En otros países, como Alemania, no es el caso.

⁸² A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 213.

⁸³ J. LETE ACHIRICA: "La armonización...", *cit.*, pág. 199.

⁸⁴ Por ejemplo, la Sentencia AP Castellón de 19 de septiembre de 1998 (TTSSJ y Audiencias provinciales 1998, marginal 1658), señalaba que "no obstante no estar en el momento de la perfección del contrato, en vigor la ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados, su contenido puede ser utilizado con carácter interpretativo, sobre todo si se tiene en cuenta que es el resultado de la adaptación del Derecho español a la Directiva 90/314/CEE del consejo de las Comunidades Europeas, ley que indudablemente hubiese sido de aplicación al presente caso de haber sido incorporada a nuestro ordenamiento interno en el plazo previsto". Igualmente la sentencia de la AP de Castellón de 26 de octubre de 1998 indica que "cuando de condiciones generales se hable, no vale todo, y no son infrecuentes los casos en los que algunas de éstas se declaran nulas por resultar abusivas. Entre tales han de entenderse incluidas aquellas que establecen exoneraciones completas de responsabilidad, incluso antes de que se hubiese incorporado a nuestro ordenamiento la referida directiva 93/13/CEE de 5 de abril. Aunque nada de esto se alegue o diga en el proceso, no sería aventurado mantener que probablemente sean abusivas aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad en todo caso a la entidad bancaria por los cargos realizados con tarjetas sustraídas antes de tener el banco conocimiento de dichas circunstancias". Por su parte, la sentencia TS de 3 de julio de 1998 (RAJ marginal 6113) indica que la jurisprudencia de esta sala se ha decantado por un criterio contrario a la admisión de la validez de estas cláusulas, utilizando el apoyo de la Directiva de la Comunidad Económica Europea 93/13 de 5 de abril. La cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse o litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal. Por su parte, la sentencia AP Málaga (sección 4ª) de 19 de marzo de 1998 señala que "con valor referencial, pero aún no normativo, aunque sí interpretativo, la directiva 93/13/CEE del consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando pone el acento en el desequilibrio entre las partes para calificar una cláusula abusiva, extremando el celo en los contratos de adhesión (art. 3) y en su anexo proscribire las rescisiones unilaterales que sólo benefician a una de las partes, las indemnizaciones desproporcionadamente altas en caso de incumplimiento y la adhesión a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Todas estas cláusulas que la directiva recoge expresamente en su anexo como abusivas, tienen cabida en cuanto tales en la definición de nuestra ley general de consumidores, teniendo la virtud la norma comunitaria de plasmarlas expresamente sin dejarlas a la inseguridad jurídica propia de la interpretación de cada tribunal. Del mismo modo la sentencia AP de Sevilla sección 1ª de 24 de mayo de 1996 ha señalado que "la falta de eficacia directa en las relaciones horizontales o entre particulares no le priva a las directivas de toda aplicación cuando no es parte en el proceso una

administración pública o ente de ella dependiente. La reciente sentencia del tribunal de justicia de la comunidad europea en el caso Paola Faccini Dori (sentencia de 14 de julio de 1994) recuerda como la obligación de los estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales, de modo que al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de la directiva para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva, y de esta forma atenderse al párrafo 3 del art. 189 del tratado. La sentencia del TS de 23 de julio de 1993 (RJ 1993/6476), indica que "de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 3.1 y el hecho de estar actualmente insertos en referida comunidad económica europea, es instrumento apto para la interpretación de este tipo de cláusulas de sumisión expresa, máxime si se tiene en cuenta la circunstancia de estar corroborada dicha resolución por la directiva 93/13 de referida CEE, que delimita lo que puede considerarse cláusula abusiva".

Parcialmente al margen del efecto indirecto de las directivas comunitarias no transpuestas o transpuestas de forma defectuosa, sobre los Estados miembros recae la obligación de interpretar el Derecho estatal con arreglo a las pautas señaladas por el Derecho comunitario. Este efecto puede resultar particularmente relevante cuando el logro del objetivo comunitario se hace depender no tanto de la acción de un Estado, cuyo incumplimiento podría ser denunciado, como de la acción colectiva, aunque descentralizada o no concertada, de todos los Estados miembros de la Comunidad. En este tipo de situaciones, la oposición entre la necesidad de dar satisfacción al objetivo comunitario, y la aparente deficiencia del Derecho estatal, debe resolverse en la necesidad de utilizar todos los recursos interpretativos de que disponga el sistema estatal, al objeto de dar satisfacción a dicho objetivo, siempre que dichos recursos lo permitan. Una situación de este tipo puede identificarse en relación con muchas de las transposiciones estatales de las normas de DIPr. contenidas en las directivas comunitarias⁸⁵.

⁸⁵ *Vid. infra* capítulo tercero.

III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

1. Modelos en presencia para la definición del consumidor

El término consumidor no es un concepto originariamente jurídico, sino socioeconómico⁸⁶. El Derecho lo ha tomado prestado para caracterizar las relaciones jurídicas merecedoras de cierta protección como consecuencia de la diversa posición que los empresarios y los particulares ocupan en el mercado. Para definir a las personas merecedoras de esta protección, las legislaciones pueden adoptar diversos puntos de referencia⁸⁷. Las regulaciones que tienen por objeto proteger al consumidor pueden ser divididas en dos grandes grupos, según tomen como referencia un concepto muy amplio de consumidor, o bien uno más estricto. En su concepción más amplia, la noción de consumidor es considerada como equivalente a cliente. Este concepto amplio es el retenido por todas aquellas normativas cuya finalidad es, lo que podría denominarse, la protección preventiva del consumidor. Esta protección suele suponer para los empresarios la necesidad de cumplir una serie de requisitos relacionados con la configuración de su empresa, o con los modos de fabricación, comercialización y seguridad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado. Por el contrario, las regulaciones que tienen por objeto equilibrar en el contrato los derechos y deberes del consumidor y del empresario acogen un concepto más estricto de consumidor, que tiene por finalidad restringir la concesión de esta protección a las situaciones en que realmente la posición desigual de las partes hace al particular acreedor de una especial protección.

Dentro de esta perspectiva más estricta, los conceptos de consumidor tampoco coinciden. Desde el ángulo del comprador, puede tomarse en cuenta que la actuación del adquirente vaya dirigida a satisfacer un uso privado, familiar o doméstico⁸⁸, que la actividad realizada tenga una naturaleza no profesional, o una combinación de ambos criterios⁸⁹. En ciertos casos, las definiciones tienen en cuenta el papel comercial con el que interviene el

⁸⁶ Vid. N. REICH: *Mercado y Derecho*, Traducción de Font, Barcelona, Ariel, 1985, pág. 170.

⁸⁷ A la caracterización funcional del concepto de consumidor, en atención al sector del ordenamiento al que se refiera (Derecho de la competencia, Derecho civil, Derecho de la responsabilidad), se refiere A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 108-109. Sobre la falta de coincidencia en el concepto de consumidor entre el DIPr. y el Derecho material, y también en las diferentes leyes estatales, vid. D. MEDICUS: "Wer ist ein Verbraucher", *Wege zum japanischen Recht - Fest. Kitagawa*, 1992, pág. 471 y ss.

⁸⁸ El convenio de Viena de 1980 sobre contrato de compraventa internacional de mercaderías, al definir las operaciones excluidas de su ámbito de aplicación material, se refiere en el art. 2 a las mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico.

⁸⁹ El art. 120 de la ley suiza de Derecho internacional privado de 1987 habla de prestación corriente de consumo destinada a un uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con la actividad profesional o comercial del consumidor.

vendedor⁹⁰. El contenido material de la definición de consumidor, que como vemos puede ser variable, puede ser tomada en cuenta por la legislación bien de modo objetivo o abstracto, o bien de modo subjetivo o concreto. En la segunda posibilidad de regulación, habrán de tomarse en consideración las circunstancias concretas presentes en la relación jurídica por lo que no se cierra la posibilidad de destruir, mediante la prueba en contrario, la apariencia sobre la condición de consumidor del contratante; en la regulación objetiva o abstracta las circunstancias de la transacción concreta carecen de relevancia jurídica, por lo que no es posible la destrucción de la apariencia, dotándose el concepto de consumidor de cierta dosis de objetividad.

2. Definiciones adoptadas por el Derecho comunitario

El Derecho comunitario, en sus dimensiones institucional y convencional, ha desarrollado aproximaciones propias al concepto de consumidor, que se distancian de las definiciones no armonizadas que existen en las legislaciones de los Estados miembros. Como indica N. Reich, el concepto de consumidor adoptado por el Derecho comunitario no responde a la idea de protección social de los débiles, sino que aparece orientado hacia el papel económico (*ökonomische Rolle*) que corresponde a quien actúa en el mercado y se encuentra en una situación típica que demanda protección⁹¹. Dentro de esta idea general, el Derecho comunitario no proporciona un concepto uniforme de lo que ha de entenderse por consumidor a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de protección de los consumidores. De hecho, los conceptos que proporciona son diversos unos de otros, de modo que el solapamiento de dichos conceptos en una concreta situación no se produce en todos los casos⁹². Aunque cabe apreciar cierta homogeneidad en la definición del concepto consumidor, para la aplicación del Derecho comunitario o nacional de consumidores habrá de estarse, en cada caso, al concepto que se proporcione por cada normativa. La diversidad de objetivos de unas y otras normativas no hacen conveniente, por lo demás, la construcción de un concepto abstracto y uniforme de consumidor para la aplicación de todo el Derecho comunitario.

A. Derecho convencional europeo

⁹⁰ El Proyecto de convenio de La Haya de 1980 sobre la Ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores se refiere a "bienes muebles corporales adquiridos primordialmente para uso personal, familiar o doméstico". No obstante, para la aplicación de la protección establecida por el convenio es preciso que el consumidor tenga enfrente a una persona que actúa "inmersa en su actividad comercial o profesional" (art. 1.1).

⁹¹ N. REICH: *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäische Union*, op. cit., pág. 12.

⁹² Esta situación ha llevado a M. DREHER a referirse al consumidor con la expresión "fantasma de la ópera". Vid. M. DREHER: "Der Verbraucher - Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts?", *JZ*, 4, 1997, págs. 167-178. Como indica el autor, cada texto normativo, tanto los diferentes de Derecho comunitario como los nacionales, utiliza su propio concepto de consumidor. También vid. W. FABER: "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinie, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht", *ZEuP*, 1998, págs. 854-892.

Tanto el convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y sobre reconocimiento de decisiones de 27 de septiembre de 1968⁹³ como el CR contienen disposiciones especiales para los contratos de consumidores, respectivamente, en materia de competencia judicial internacional y en materia de ley aplicable. La estrecha vinculación entre ambos textos, su similitud, así como la ausencia de competencias del TJCE para la interpretación del CR autorizan, salvo que se manifieste una razón en contrario, hacer un análisis de conjunto de ambos conceptos, trasladando al CR la interpretación del concepto de consumidor que el TJCE ha alcanzado respecto del convenio de Bruselas⁹⁴. Como segunda idea

⁹³ La redacción originaria del convenio de Bruselas no contenía un concepto de consumidor. La sección 4ª del Título II se denominaba "Competencia en materia de venta y préstamos a plazos", sin que existiera una referencia expresa a los consumidores ni siquiera en el informe Jenard (*DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990, págs. 122-179). La nueva regulación fue introducida en el convenio de Bruselas mediante el convenio de Luxemburgo de 1978. La primera redacción del convenio de Bruselas es muestra de la situación legislativa reinante en aquella época en Europa, en la que no existían propiamente normas sobre la protección de los consumidores, sino únicamente regulaciones específicas de determinadas materias -entre ellas, la venta a plazos- en las que se podía identificar un fin "social". *Vid.* R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del convenio de Bruselas de 1968", *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pág. 42. Para modificar el convenio, los Estados fueron conscientes de que la mayor parte de los litigios relativos a operaciones de consumo no llegan a los tribunales, en parte debido a la desproporción entre la cuantía económica de la pretensión y los gastos derivados del proceso y, en parte, en los supuestos de tráfico privado externo, como consecuencia de los costes derivados del desconocimiento de la ley aplicable y del idioma. Para paliar estos perjuicios establecieron un conjunto cerrado de fueros que reflejaran la proximidad entre la materia litigiosa y la parte tutelada, para impedir que la selección del tribunal más favorable a sus intereses por la parte más fuerte desvirtuara el objetivo de protección vigente en este sector. *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA: "Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *Comunidad Europea Aranzadi*, 1993, n. 12, págs. 31-36. Las reglas especiales de los arts. 13-15 CB/CL constituyen una excepción a la regla general del art. 2 CB: el consumidor podrá entablar la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado o ante los tribunales de su propio domicilio. Sólo podrá ser demandado ante los tribunales del Estado donde esté domiciliado y, aunque se admita la autonomía de la voluntad, ésta sólo prevalecerá cuando se trate de pactos posteriores al nacimiento del litigio, que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los designados en la sección 4ª del Título II o que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados ambos en el mismo Estado contratante en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los tribunales de dicho Estado contratante, a no ser que la ley de dicho Estado prohíba tales pactos.

⁹⁴ Favorable a la interpretación unitaria del concepto consumidor en ambos convenios, *vid.* J. KROPHOLLER: *Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 6ª edic, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, pág. 187; R. GEIMER y R.A. SCHÜTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentaar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen*, Múnich, Beck, 1997, págs. 225-226. También *vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, 11 de diciembre de 1992, nº C 327, pág. 21, donde se afirma que el concepto de contrato celebrado por consumidor corresponde al del art. 13 CB y que debe interpretarse a la luz del objetivo perseguido, esto es, la protección de la parte más débil y de conformidad con otros instrumentos internacionales que persiguen el mismo objetivo. El paralelismo entre convenios no impide reconocer la existencia de ciertas diferencias. Por ejemplo, ambos convenios pretenden proporcionar al consumidor la protección del país de su residencia habitual o domicilio, pero mientras el CR lo consigue de forma directa, haciendo primar las disposiciones imperativas del país de la residencia habitual del consumidor a la ley elegida por las partes, los arts. 13 y 14 CB sólo ofrecen una alternativa al consumidor, permitiéndole que ejercite la acción ante los tribunales del país de su domicilio. Además, el CR deja claro que la protección debe concederse al consumidor pasivo. En cambio, en el CB la

metodológica, ante la variedad de conceptos de consumidor existentes en los Estados miembros de la Comunidad, la finalidad de unificación jurídica perseguida por ambos convenios hace obligado partir de una interpretación autónoma del concepto "contrato de consumo", que atienda a los objetivos perseguidos⁹⁵.

Ambos textos vinculan la existencia de un contrato de consumo, y por tanto la aplicación de la protección que dispensan, a la participación de una parte débil, al que se llama consumidor, que se define solamente por un elemento negativo, a saber, la actuación de esa persona *para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional* (art. 13 del convenio de Bruselas y art. 5 del convenio de Roma)⁹⁶. Como ha señalado la doctrina⁹⁷, ni la definición acogida ni las aclaraciones del informe explicativo del convenio⁹⁸ resultan suficientes, pues al retener un solo elemento para la calificación del contrato de consumo -el uso ajeno a la actividad profesional- no resulta clara la repercusión que pueden tener otros factores, como el carácter -profesional o no- de la actuación del consumidor⁹⁹, el fin -

protección se otorga al consumidor conforme dispone el CB, sólo si el cocontratante del consumidor tiene su domicilio en un Estado miembro. *Vid.* T. RAUSCHER: "Prozessualer Verbraucherschutz im EuGVÜ", *IPRax*, 1995, pág. 291.

⁹⁵ *Vid.* J. KROPHOLLER: *Europäisches Zivilprozeßrecht*, *op. cit.*, pág. 187; R. GEIMER y R.A. SCHÜTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, *op. cit.*, págs. 225-226.

⁹⁶ La noción de consumidor adoptada tomó en cuenta la sentencia del TJCE de 21 de junio de 1978, donde se rechazó que la sección 4ª del Título II del convenio -Competencia en materia de ventas y préstamos a plazos- pudiera beneficiar a quienes actuaban como profesionales o comerciantes. En el considerando 21 de la decisión se indicó que "la aplicación del ámbito de la sección 4ª se limita a los supuestos en los que el adquirente tenga necesidad de protección por ser parte débil económicamente en relación con el vendedor, por ser un consumidor final que no adquiere el producto en el marco de sus actividades profesionales o comerciales". *Vid.* R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial...", *cit.*, págs. 43-44.

⁹⁷ *Vid.* L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", A.L. Calvo Caravaca (editor), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, págs. 273-274; C.A. ESPLUGUES MOTA: "Noción de consumidor...", *cit.*, págs. 31 y ss.

⁹⁸ El Informe Schlosser indica que la sección se refiere al "consumidor final", que el punto de referencia son los "conceptos de derecho comunitario europeo ya existente o en gestación", y que se pretendió mantener la coherencia en relación con el convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en fase de elaboración cuando se firmó el convenio de Luxemburgo de 1978. *Vid.* P. Schlosser: "Informe sobre el convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al protocolo relativo a su interpretación por el tribunal de justicia, firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978", *DOCE*, n. C 189, de 27 de julio de 1990, págs. 225-226. En relación con el Convenio de Roma de 1980, *vid.* el M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, n. C 327, de 11 de diciembre de 1992, pág. 21.

⁹⁹ Aunque el convenio de Bruselas tampoco exige expresamente la condición profesional del cocontratante del consumidor, y de acuerdo con una interpretación literal del art. 13 del convenio sería posible la utilización de los fueros privilegiados en un contrato realizado entre dos particulares, esta posibilidad ha sido descartada por la doctrina. *Vid.* L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", *cit.*, pág. 276; H. GAUDEMET-

doméstico o no- al que se destine el bien adquirido, si deben darse ambos requisitos, o de qué forma afectan a la calificación de la operación las apariencias que pueda generar el consumidor-profesional al adquirir el bien o el servicio.

La acotación del concepto consumidor ha de comenzar indicando que la referencia que realiza el art. 13 CB a la actividad profesional no lo es a título de elemento adicional, sino que forma parte del requisito relativo al uso del bien o servicio objeto del contrato¹⁰⁰. Como consecuencia, la literalidad del precepto atribuiría la protección del consumidor al contrato concluido por una persona que, actuando en el ejercicio de su actividad profesional o comercial, adquiere bienes para su uso personal, lo que desvirtuaría la política de protección del consumidor como parte débil de una relación jurídica¹⁰¹. Esa posibilidad, sin embargo, ha sido excluida a través de la interpretación proporcionada por el TJCE, que ha vinculado la noción de consumidor con soluciones de doble control, más en línea con las mantenidas en la ley suiza de DIPr. Antes de la inclusión del concepto "consumidor" en el texto del CB, el TJCE se pronunció claramente excluyendo de la calificación de consumidor a quienes no estaban necesitados de protección, como es el caso de los que actúan en el ejercicio de su actividad profesional¹⁰². Tras la reforma del convenio, esta misma interpretación restrictiva ha sido confirmada por la sentencia del TJCE de 19 de enero de 1993¹⁰³ cuando afirma que la función

TALLON: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, París, LGDJ, 1993, págs. 180-181. En relación con el convenio de Roma, *vid.* GIULIANO y LAGARDE: "Informe...", *cit.* pág. 21. Favorable a la exigencia de que la contraparte se dedique profesionalmente al ejercicio de la actividad, *vid.* E. LORENZ: "Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen", *RIW*, 1987, pág. 575.

¹⁰⁰ C. ESPLUGUES MOTA: "Noción de consumidor...", *cit.*, pág. 31; C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO: "Las Comunidades europeas y la protección de los consumidores", *RGD*, núm 586-587, 1993, julio-agosto, págs. 6771-6772.

¹⁰¹ *Vid.* C. ESPLUGUES y G. PALAO: "Las Comunidades europeas y la protección de los consumidores", *cit.*, págs. 6772. En el Derecho de consumo se encuentra subyacente la necesidad de amparar al particular que contrata sin la cobertura de una organización empresarial con el comerciante o profesional dotado de una información, experiencia e infraestructura de la que carece su cocontratante, lo que le coloca en una posición de superioridad. *Vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Ámbito de aplicación...", *cit.*, págs. 119-120. No obstante, indicando lo falaz que puede ser suponer, en todos los casos, que quien contrata en el ejercicio de su actividad profesional no se halla desprotegido, haciendo alusión a la situación del consumidor industrial, *vid.* L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", *cit.*, pág. 276.

¹⁰² Sentencia del TJCE de 21 de junio de 1978, As. 150/77. El TJCE afirmó que el beneficio de esas reglas se reservaba a los adquirentes que tuvieran necesidad de protección, por su posición económica caracterizada por su debilidad frente a los vendedores, por el hecho de ser consumidores finales de carácter privado, no implicados en actividades comerciales o profesionales.

¹⁰³ As. 89/91: "Shearson Lehman Hutton". Rec. 1993-I, págs. 139-180. El asunto enfrentaba a la sociedad alemana TVB y a la empresa americana de mediación Hutton Inc, establecida en Nueva York. La sociedad TVB demandó ante el LG de Múnich a la sociedad americana Hutton Inc., reclamándole la devolución de cierta cantidad de dinero que previamente le había sido confiada por un juez alemán para la realización de operaciones a plazo sobre divisas, en el marco de un contrato de comisión, así como exigiendo una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de información sobre los riesgos de las operaciones a plazo

protectora de los arts. 13 a 15 CB del consumidor, en cuanto parte contratante económicamente más débil y jurídicamente inexperta, justifica que esas reglas especiales no se extiendan a personas para las que esta protección no es justificable. El mencionado fuero "*sólo se refiere al consumidor final privado, no involucrado en operaciones mercantiles o profesionales ... en cuanto que él es personalmente demandante o demandado*"¹⁰⁴. Esta línea ha sido después confirmada por la sentencia de 3 de julio de 1997¹⁰⁵ en la que se afirma que "las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional". Estas consideraciones del Tribunal no suponen ignorar que puede ser difícil conocer cuándo una persona actúa en el ejercicio de su empresa o como sujeto particular¹⁰⁶. En relación con este problema, la sentencia de 3 de julio de 1997 indica algunos elementos que han de tenerse en cuenta para resolver. Según el Tribunal "para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse en forma restrictiva, *hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona*". En el sistema establecido, el carácter profesional de una persona no cierra pues el paso a la aplicación del régimen de protección al consumidor, siempre que de las circunstancias se deduzca que no actuaba en el ejercicio de su profesión.

que dicha sociedad había proporcionado al juez alemán. La sociedad alemana TVB ejercita la acción como cesionaria del derecho que le había sido cedido por el juez alemán para reclamar a Hutton Inc. la devolución de las cantidades de dinero entregadas por el cedente. Tras declararse incompetente el LG Múnich y afirmar su competencia el OLG Múnich, el asunto llega al BGH alemán, quien consideró que la resolución dependía de cómo se interpretara el art. 13 CB, puesto que sólo este precepto podía servir para fundamentar la competencia de los tribunales alemanes. Si quien participa en una operación a plazo sobre divisas, títulos valores y mercaderías es un consumidor, en el sentido del art. 13 CB, al actuar fuera del marco de su actividad profesional, hay que plantearse si el contrato de comisión celebrado entre el cedente y Hutton Inc constituye un contrato que tenga por objeto una prestación de servicios previsto en el art. 13.1,3 CB.

¹⁰⁴ De esta suerte, como indica L.F. CARRILLO POZO, se presume *iuris et de iure* que el que contrata en el ejercicio de su actividad profesional no se halla desprotegido, aunque se trate de un pequeño comerciante que contrata con una gran empresa. Vid. L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", *cit.*, pág. 276.

¹⁰⁵ As. C-269/95: "Benincasa". Rec. 1997-VII, págs. 3767-3800. Se discutía sobre la posibilidad de invocar los foros de la sección 4ª del Título II del convenio de Bruselas por el tomador de un contrato de franquicia. En este caso también el Tribunal considera que "un franquiciado no puede ampararse en las normas de protección de los consumidores para defender sus intereses, pues *el contenido de dicho contrato implica para ambas partes la realización de actividades de carácter empresarial o profesional*". Un comentario a esta decisión puede verse en A. RODRÍGUEZ BENOT: "Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el convenio de Bruselas de 1968", *La Ley*, Diario 4437 de 12 de diciembre de 1997.

¹⁰⁶ Vid. J. KROPHOLLER: *Europäisches Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, pág. 189; R. GEIMER y R.A. SCHÜTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht...*, *op. cit.*, pág. 226.

Las decisiones citadas hacen hincapié en la extensión de la protección, exclusivamente, al *consumidor final privado*. El interés de este criterio radica en la inexistencia de una correspondencia unívoca "entre uso no profesional" y "consumo final privado". La consideración del *carácter final del consumo* puede producir cierta problemática a la hora de extender la protección a ciertos consumidores, lo mismo que sucede si se admite en términos estrictos, para la calificación del consumidor, el criterio del uso privado del bien o servicio¹⁰⁷. Esta problemática se presenta, sobre todo, en el caso de los "ahorradores" o "inversores" que adquieren productos financieros con el fin de obtener rentabilidad de las operaciones a plazo sobre divisas, títulos valores o mercaderías, a través de su colocación y nueva entrada en el mercado de dichos productos¹⁰⁸. Pero también se suscitan dudas en relación con los contratos de financiación (préstamos y figuras afines como el leasing) cuando se celebran desvinculados de la adquisición de un bien de consumo en el sentido de los convenios¹⁰⁹. La extensión de la protección propia del consumidor al ahorrador se defiende con base en una interpretación contextual de la jurisprudencia del TJCE. Como expresa R. Arenas García¹¹⁰, es preciso tener en cuenta que el concepto de consumidor final aparece en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en relación con la interpretación del texto original del art. 13 en materia de compraventa a plazos. La referencia a consumidor final acentúa la exclusión del profesional del ámbito de protección de la sección 4ª del título II, que nunca puede ser considerado como tal consumidor final. De esta misma lectura puede ser objeto la sentencia de 3 de julio de 1997 que, cuando utiliza la noción *consumo privado de un individuo*, lo hace dentro del argumento que niega la posibilidad de utilización de los fueros privilegiados a un empresario¹¹¹. De

¹⁰⁷ En relación con la exigencia del uso "privado, familiar o doméstico", a juicio de R. ARENAS GARCÍA "no existe apoyo positivo suficiente que justifique una ampliación de los requisitos necesarios para que opere el foro de protección". *Vid.* R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial...", *cit.*, págs. 48-49. Manteniendo una opinión análoga en relación con la interpretación del art. 5 del convenio de Roma, y por tanto considerando que el único elemento relevante sería la actuación no empresarial o profesional, *vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Ámbito de aplicación...", *cit.*, pág. 114. Por el contrario, favorables a la limitación del concepto a las situaciones de consumo privado, *vid.* C.A. ESPLUGUES MOTA: "Noción de consumidor...", *cit.*, pág. 31; L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", *cit.*, pág. 273. Para los autores, el uso ajeno a la actividad profesional equivaldría a uso o consumo privado, siendo, por tanto, este uso privado el que caracteriza la noción de consumidor en el convenio de Bruselas de 1968.

¹⁰⁸ Sobre el concepto de consumidor y ahorrador, *vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "La protección jurídica del inversor en valores mobiliarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 303-304. De acuerdo con la definición de consumidor final que ofrece la doctrina española a partir del art. 1.2 de la LGDCU, el ahorrador quedaría excluido del ámbito subjetivo de protección, pues los bienes adquiridos están destinados a ser reintroducidos en el mercado, buscando, además, un lucro con ello.

¹⁰⁹ Para estas situaciones, favorable a la extensión a estos contratos de la protección propia de los consumidores, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la Segunda Directiva Bancaria", *RDCE*, 3, 1998, págs. 159-160.

¹¹⁰ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial...", *cit.*, págs. 48-49.

¹¹¹ La sentencia de 3 de julio de 1997, en su apartado 17, considera que "las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas

cualquier manera, habida cuenta que situaciones límite de este tipo no han sido objeto de pronunciamiento expreso por parte del TJCE¹¹², de la jurisprudencia citada parece difícil extrapolar conclusiones al efecto de excluir a los ahorradores de la protección que dispensa el CB. Máxime cuando una interpretación coherente del Derecho comunitario debería conducir a extender la protección que Bruselas dispensa al consumidor a las personas protegidas por la política comunitaria de protección al consumidor. A este resultado se llegaría invocando la incidencia interpretativa que ha de desplegar la política comunitaria de protección al consumidor sobre la interpretación del convenio, y la inclusión de los ahorradores en dicha política de protección¹¹³.

Por último, del texto del art. 13 CB se desprende una concepción objetiva del consumidor, que resulta desvinculada de la comprobación de las circunstancias de hecho de la situación¹¹⁴. La adopción de esta concepción abstracta de consumidor se traduce, fundamentalmente, en la defensa de la confianza que, de buena fe, haya sido depositada por el cocontratante en las apariencias que hayan podido generarse en torno a la cualidad de consumidor del adquirente¹¹⁵. El problema se presenta en relación con personas que compren u obtengan servicios para el ejercicio de sus actividades profesionales y, en parte, fuera de dicho contexto, donde la objetivación resulta difícil. A juicio de una doctrina autorizada, la voluntad interna del destinatario de la prestación resulta irrelevante. La consideración como consumidor dependerá de las circunstancias de la operación, reconocibles objetivamente por el deudor de la cosa o el servicio. En caso de duda, la operación deberá ser considerada como contrato de consumo, a efectos de la aplicación del art. 13.1 CB¹¹⁶. La literalidad del art. 13

disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional".

¹¹² A pesar de que la cuestión ha sido sometida al TJCE en dos ocasiones. *Vid.* sentencia TJCE de 19 de enero de 1993, ya citada, y sentencia TJCE de 15 de septiembre de 1994, As. C-318/93: "Wolfgang Brenner y Peter Noller", Rec. 1994, págs. 4275-4294.

¹¹³ La ausencia de respuesta definitiva del TJCE ha dado lugar a que la doctrina mantenga opiniones divergentes. Para un análisis detenido de las razones que se esgrimen en favor de una y otra posición, manteniendo, con una argumentación muy minuciosa, la asimilación entre el ahorrador y el consumidor a efectos de la aplicación del art. 13 del convenio de Bruselas, *vid.* A. LARA AGUADO: *La contratación de valores negociables en Derecho internacional privado*. Granada, Inédito, 1999, págs. 118-127. Recientemente, afirmando la aplicación del régimen protector de los convenios de Bruselas y de Lugano a la contratación bancaria y bursátil por Internet, P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 403.

¹¹⁴ El art. 13 CB afirma "para un uso *que pudiere considerarse* ajeno a su actividad profesional", siendo irrelevante, por tanto, la voluntad o propósito efectivo del consumidor.

¹¹⁵ Como indica el Informe explicativo del CR, "si el destinatario del objeto mueble corporal o del servicio se presenta como un profesional y hace un pedido, por ejemplo, de objetos que puedan servir efectivamente para el ejercicio de su profesión sobre papel con membrete profesional, la buena fe de la otra parte está protegida y el asunto no estará regido por el art. 5". *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe...", *cit.*, pág. 21.

¹¹⁶ R. GEIMER y R.A. SCHÜTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht...*, *op. cit.*, pág. 226, con citas ulteriores. Esta solución concuerda con la señalada por el informe explicativo del CR, que sienta la regla de la inclusión de esos contratos en el ámbito de aplicación del art. 5 CR si la persona actúa principalmente fuera del contexto de su actividad profesional. No obstante, como excepción, no será de aplicación dicha disposición cuando la otra

supone, pues, que la existencia de una concreta apariencia determina la aplicación o no de los foros de la sección 4ª del Título II, sin que quepa la posibilidad de alterar este régimen mediante la prueba en contrario de la intención o propósito (comercial o no) con los que actuaba el particular¹¹⁷. La actividad probatoria únicamente podrá desplegarse en relación con aquellos aspectos vinculados con el modo en que ha sido generada la apariencia (*v.gr.* la prueba podría tener por objeto demostrar que el cocontratante realmente tenía conocimiento de que el particular actuaba, de hecho, principalmente fuera del contexto de su actividad profesional, o que existían elementos objetivos para que hubiera podido conocer esta circunstancia).

Este planteamiento podría en la actualidad aparecer controvertido a la vista de la sentencia de 3 de julio de 1997 el TJCE, de cuyo texto parece que se acoge un concepto real de consumidor cuando considera que "para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse en forma restrictiva, *hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona*". Para valorar los términos de esta decisión es preciso tener en cuenta el contexto en que ha sido dictada y su finalidad. El propósito de este pronunciamiento es servir de complemento a la jurisprudencia anterior, precisando la idea de que una misma persona (un comerciante por ejemplo), podría, según los casos, ser considerada como consumidor o como no consumidor¹¹⁸. Del texto de la decisión no parece que el TJCE haya querido modificar las consecuencias que del principio de apariencia resultan del texto del art. 13 del convenio de Bruselas. Mirada de esta forma, la sentencia no haría más que confirmar el criterio, establecido en el informe explicativo del CR, según el cual el carácter profesional o comercial de una persona no cerrarían el paso a la aplicación de las normas de protección de los consumidores cuando esa persona actúa fuera del ámbito de su profesión o empresa.

La definición del consumidor en el Derecho comunitario no es única, sino que, en función del concreto sector de protección de que se trate, la definición puede ser modulada, por lo que no necesariamente existirá sintonía con el concepto utilizado por el CB. Sin embargo, la definición de consumidor que ofrece este convenio posee un alcance general, pues el mismo constituye la plataforma procesal que será preciso tener en cuenta para ejercitar las acciones que concede al consumidor el Derecho comunitario sustantivo. Esta circunstancia hace que resulte recomendable que el CB tenga un ámbito de aplicación personal lo suficientemente

parte no haya tenido conocimiento de que su contratante actuaba, de hecho, principalmente fuera del contexto de su actividad profesional. O cuando, habiendo tenido en cuenta todos los elementos, no hubiere podido tener conocimiento de ello. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 22. No obstante, defendiendo la posibilidad de estar al *destino real comprobado* de lo adquirido, en caso de que sea de carácter profesional, para destruir la apariencia de consumidor y hacer inaplicables las normas del convenio de Bruselas de la sección 4ª del Título II, *vid.* L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", *cit.*, pág. 278.

¹¹⁷ Otra opinión puede verse en L.F. CARRILLO POZO: *loc. ult. cit.*

¹¹⁸ Como expresa el Tribunal, "una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras".

amplio como para cubrir todos los supuestos susceptibles de ser incluidos en la política comunitaria de protección de los consumidores¹¹⁹, y de que sus conceptos sean interpretados en armonía con el resto de la política comunitaria en materia de protección al consumidor en el ámbito contractual, de forma que en él tenga cabida cada consumidor definido por el Derecho comunitario¹²⁰.

Por el contrario, no cabe tachar de incoherente la segura descoordinación entre la protección material y la protección procesal del consumidor derivada de la inexistencia de alguna de las circunstancias que determinan la aplicación de los foros de la sección 4ª del Título II¹²¹. La protección material no ha de determinar, en todos los casos, una protección de carácter procesal. Dichas circunstancias no son más que elementos que justifican, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, la atracción del cocontratante hacia los tribunales del domicilio del consumidor. Por ello, en defecto de su presencia (por ejemplo, el consumidor se desplaza de su país y contrata en otro), no es posible atraer a su cocontratante al país del domicilio del consumidor. Las acciones materiales concedidas por el Derecho comunitario al consumidor podrán plantearse en los países que posean competencia judicial internacional según los foros del CB que sean de aplicación al caso.

¹¹⁹ Vid. R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial...", *cit.*, pág. 49. Y como se infiere de sus palabras, la política comunitaria de protección del consumidor deberá ser tomada en cuenta a la hora de interpretar el concepto de consumidor utilizado por el convenio de Bruselas.

¹²⁰ Cuando resulte imposible encajar en el concepto de consumidor del convenio de Bruselas algún consumidor definido por los textos comunitarios, cabría la posibilidad, según mantiene R. ARENAS GARCÍA, de elaborar normas de competencia judicial internacional en los propios textos comunitarios de Derecho derivado que llevaran al plano procesal la protección que se dispensa en el marco material. Dichas normas prevalecerían sobre el convenio de Bruselas al amparo de lo dispuesto por el art. 57.3 de este convenio. Vid. R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial...", *cit.*, pág. 49.

¹²¹ Como se sabe, la protección que concede el convenio de Bruselas no se ofrece a todos los consumidores sino sólo a aquéllos que se encuentren integrados en alguna de las categorías que son previstas en el art. 13. La protección se concede a este tipo de contratos, cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías, de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, o de cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías. La protección que concede el Convenio de Bruselas en sede de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones se limita a los casos en que la celebración del contrato haya sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad, y el consumidor haya realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato. Este último requisito es excluido de la propuesta de Reglamento por la que lleva al Derecho institucional el convenio de Bruselas. Se excluye del ámbito de aplicación de esta sección al contrato de transporte de personas y bienes. En el convenio de Roma, el art. 5 dispone que sus disposiciones serán de aplicación "a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor (...) así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros". El precepto abarca tanto los suministros de objetos muebles corporales como de servicios, excluyéndose, sin embargo, las ventas de títulos. En cuanto a las modalidades de la transacción, el art. 5 silencia la referencia incluida en el art. 13 del convenio de 1968 a las ventas a plazos, aunque la doctrina, a través de la exigencia de una interpretación en línea con el mencionado precepto del texto de Bruselas, considera mayoritariamente que las mismas quedan englobadas en el ámbito de aplicación material del artículo.

Resulta discutido si consumidores, a efectos de la aplicación del CR y del CB, pueden ser también las personas jurídicas, o si sólo lo son las personas físicas. Para cierta doctrina, la mención genérica a persona que se contiene en el art. 13 abre paso a la posibilidad de considerar susceptible de calificar como consumidor a una persona tanto física como moral. En este sentido, podría pensarse en una persona jurídica que no desenvuelva actividad profesional de ningún tipo y que se encuentre en una situación de inferioridad contractual digna de protección¹²². Respecto del CR, M. Virgós Soriano considera lógico exigir que se trate de una persona física. No obstante, una vez que un Derecho nacional ha sido designado como competente por la norma de conflicto (por el art. 5) cesa la operatividad de la calificación del supuesto que conforme a esa norma se haya hecho, y se pasa a lo que la doctrina ha denominado la "segunda calificación", la que se realiza para subsumir el supuesto en una de las normas del Derecho nacional aplicable, operación que se debe hacer con las definiciones y categorías propias de este Derecho nacional¹²³.

B. Derecho comunitario derivado

Las directivas comunitarias dictadas en el ámbito de la protección de los consumidores también contienen conceptos de consumidor a efectos de su aplicación. Dichos conceptos, sin embargo, no coinciden en todos los casos por lo que para la aplicación de los diferentes textos será preciso estar al concepto de consumidor indicado por cada una de ellas. En primer lugar, para las directivas que tienen por finalidad incidir sobre la correcta fabricación y comercialización de los productos y servicios, el concepto de consumidor empleado ha de ser, por necesidad, muy amplio. Este es el caso de la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad derivada de los productos defectuosos¹²⁴ que considera como contrato de consumo aquél en el que el bien adquirido se destina a un uso personal, familiar o doméstico, esto es, el adquirente es un consumidor final. Para la aplicación de esta Directiva no importa que el comprador actúe a título profesional o a título particular, protegiéndose al ciudadano o cliente frente a los peligros que conlleva la utilización de productos defectuosos. Esto mismo ocurre con la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que extiende su protección, además de a los consumidores, a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, incluyendo a las personas jurídicas (vid. art. 2.3).

Las directivas relativas a la protección contractual del consumidor, por el contrario, definen al consumidor teniendo en cuenta el desequilibrio que genera la contratación entre profesionales y no profesionales del comercio. Dentro de este grupo, en la mayoría de las

¹²² L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", *cit.* pág. 279.

¹²³ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5 Cc", *cit.*, pág. 670.

¹²⁴ DOCE L 210, 1985, pág. 29.

Directivas el consumidor es definido desde un punto de vista material o fáctico, como la persona que, en la transacción realizada que queda comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva, actúa *de hecho* con una finalidad¹²⁵ ajena a su actividad profesional¹²⁶. Otras directivas, por el contrario, definen al consumidor de forma abstracta como la persona que actúe para un uso *que pueda considerarse como ajeno* a su actividad profesional¹²⁷. Esta segunda concepción del consumidor bien puede corresponder con los caracteres señalados más arriba que se predicen del concepto de consumidor utilizado por los convenios de Bruselas y de Roma. De los textos comunitarios no se desprenden aclaraciones sobre las razones que han llevado al legislador a la acuñación de dos variantes -actual o de hecho, de un lado, y basada en la apariencia, de otro- del concepto de consumidor. Sin embargo, parece claro que, al contrario del concepto analizado antes, en este caso el propósito interno sí que adquiere relevancia normativa al efecto de determinar la aplicación de la protección que dispensa el correspondiente texto comunitario. A diferencia de la solución que derivaría si adoptamos una concepción de consumidor basada en la apariencia, en presencia de una concepción real un particular, empresario o comerciante, podría invocar las normas de protección de consumidores de la correspondiente directiva frente a su cocontratante cuando haya actuado con un propósito ajeno a su actividad profesional, a pesar de que las circunstancias hayan conducido al segundo a pensar que contrataba con esa persona como profesional. Ahora bien, el hecho de que la intención o propósito interno del particular resulten relevantes para la aplicación de la protección, no significa que el comerciante haya de quedar sometido al dictado de las declaraciones del particular-consumidor, con la consiguiente inseguridad que ello conllevaría para el cocontratante¹²⁸. En defecto de un pronunciamiento del TJCE, parece

¹²⁵ La terminología empleada por las Directivas no es idéntica, hablándose a veces de "fines", otras de "propósitos", y otras de "uso". Sin embargo, no parece que de esta desigualdad quepa extraer verdaderas diferencias de tratamiento jurídico en dependencia de la expresión utilizada, resultando razonable entender que con unas y otras expresiones se está aludiendo a la misma idea.

¹²⁶ Vid. art. 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; art. 1, 2, a) Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; art. 2 b) de la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; art. 2 e) de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; art. 2 d) de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta redacción no se ha visto alterada por la Propuesta modificada que ha presentado la Comisión el 23 de julio de 1999 (COM 1999, 385 final).

¹²⁷ Art. 1.2 a) de 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; art. 2 de 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; art. 2 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo 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.

¹²⁸ Al empresario le bastaría con declarar que su intención era destinar lo comprado para uso particular

razonable partir de las circunstancias de la operación reconocibles objetivamente, esto es, de la apariencia que se haya generado, y de un principio de imputación de la carga de la prueba, que debería ser muy clara, a la parte que pretenda destruir la apariencia establecida, pudiendo admitirse, para destruir esa presunción, todos aquellos medios de prueba que permitan descubrir cuál fue la intención o propósito del particular en el momento de la celebración del contrato¹²⁹.

A pesar de que el concepto acuñado puede tener el propósito de establecer ámbitos mayores de aplicación para la protección que dispensan las directivas, el sistema resulta incoherente con el papel que los Derechos estatales y el Derecho comunitario atribuyen al principio de apariencia¹³⁰, así como económicamente ineficiente. El sistema descrito es ineficiente pues grava al cocontratante, comerciante o profesional, con la carga de averiguar si el propósito del particular es o no ajeno a su actividad profesional, sin que dicha averiguación haya de concluir en los elementos que sean puestos de manifiesto en el momento de contratar. El comerciante, al efecto de evitar la aplicación del régimen del consumo, ha de asumir un coste supérfluo al tener que llevar a cabo una labor de averiguación suplementaria sobre el carácter del destino de lo comprado, cuya exigibilidad en el tráfico entre profesionales resulta desorbitada. Y dicho coste, no cabe la menor duda, sería repercutido por el comerciante a ese y a otros consumidores, suponiendo por ello un perjuicio para el conjunto de los consumidores. A la vista de estas conclusiones no sería difícil concluir en que la mejor defensa de los consumidores pasaría por no extender la protección a los particulares que, de forma aparente, actúen para un uso relacionado con su actividad profesional o comercial¹³¹. Como

para verse beneficiado por la aplicación del régimen de protección especial.

¹²⁹ Por ejemplo, si un constructor de casas compra ventanas, lo más lógico sería pensar que dicha compra se efectúa por un profesional, y no está sujeta al régimen de protección de los consumidores. Si el constructor alega que actuó como consumidor como medio de prueba de dicha intención o propósito particular podría invocar que en ese momento estaba en construcción la casa en la que ahora habita, que se estaba construyendo él mismo. Cabe pensar, igualmente, en el caso en que un profesional compra algún producto para uso particular apareciendo como profesional ante su proveedor. En las situaciones internacionales, la situación quedaría regida por las normas generales de ley aplicable del CR, no siendo de aplicación el art. 5.

¹³⁰ Sobre la vigencia del principio de apariencia en el ámbito de los derechos reales sobre bienes muebles, y de la protección del tercero de buena fe, en los Derechos de los países miembros de la Comunidad Europea, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: *Garantías reales en el comercio internacional. Reserva de dominio, venta en garantía y leasing*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 49-51. Conviene citar aquí también la concepción de consumidor de la que parten el art. 13 CB y el art. 5 CR, así el art. 11 CR, preceptos todos que aparecen informados, igualmente por el principio de apariencia. También *vid.* el art. 8 del proyecto de proposición de Directiva comunitaria sobre los efectos de la cláusula de reserva de dominio de 1980 (Ref.III/D/278/80-FR). El examen de esta disposición puede verse en S. SÁNCHEZ LORENZO: "La venta de mercancías con pago aplazado y cláusula de reserva de dominio en el Derecho comunitario", *RCEA*, 1986, págs. 112-114.

¹³¹ El planteamiento quedaría cercano a la explicación económica que ofrece el profesor C. PAZ-ARES sobre la protección de la posesión mobiliaria. *Vid.* C. PAZ-ARES: "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *RDM*, 1985, págs. 7-40. En análisis paralelo, cabría afirmar que la protección del consumidor no constituye un fin en sí mismo, o un mecanismo de protección de intereses individuales, sino que responde, en su razón económica, a un

consecuencia del sistema, sería imaginable que las empresas, cuando llegaran a tener grados mayores de experiencia, exigieran a sus clientes profesionales una declaración expresa sobre la condición con la que actúan, como modo de no verse sometidos a una reclamación sujeta a la reglamentación especial del consumo. El problema del concepto empleado se agrava en cuanto la realidad del propósito del particular ni siquiera queda completada con una presunción que, al menos, impute adecuadamente al que actúa aparentemente como profesional la carga de la prueba del destino doméstico de lo adquirido¹³². En suma, una adecuada ponderación del objetivo de la seguridad del tráfico, en relación con la política de protección al consumidor, habría debido conducir a un concepto más restringido de consumidor que respetara la idea de apariencia.

Las directivas sólo consideran como consumidores, a efectos del otorgamiento de la protección que dispensan, a las *personas físicas*. Las personas jurídicas quedan directamente excluidas del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias dictadas para la protección de consumidores¹³³. Como excepción, la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, extiende su protección a las personas jurídicas (vid. art. 2.3). A pesar de que la limitación de la protección a los consumidores personas físicas no es la posición seguida por el Segundo Plan Trienal de Acción para política de protección de los consumidores en la

fin de protección de la confianza de los consumidores, y de promoción del consumo. Por ello, las limitaciones en la protección no serían contradictorias con esa finalidad, sino que aparecerían como un correctivo perfectamente justificado en términos de análisis económico del Derecho. También vid. S. SÁNCHEZ LORENZO: *Garantías reales...*, *op. cit.*, págs. 52-53.

¹³² En este sentido, por ejemplo, el art. 8 del proyecto de proposición de Directiva comunitaria sobre los efectos de la cláusula de reserva de dominio de 1980 (Ref.III/D/278/80-FR), que establece la inoponibilidad de la cláusula frente a terceros subadquirentes de buena fe, afirma también que "la buena fe debe presumirse *ius tantum* cuando el comprador le ha entregado el bien al tercero en el ejercicio de su actividad habitual profesional concerniente a bienes de la misma naturaleza que los litigiosos".

¹³³ Vid. art. 1.2 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; art. 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; art. 2 b) de la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; art. 1.2 a) de 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; art. 2 e) de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; art. 2 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo 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 (aunque en este caso se habla de "adquirente"); art. 2 de 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; art. 2 d) de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Comunidad Europea (1993-1995)¹³⁴, que define al consumidor incluyendo a las personas físicas y jurídicas¹³⁵, las propuestas de directivas presentadas por la Comisión y las directivas aprobadas después de haberse dictado el Segundo plan trienal, no han retenido esta caracterización del consumidor¹³⁶. La protección comunitaria de los consumidores no alcanza así a las pequeñas y medianas empresas, a pesar de que sin duda puedan ser considerada como la parte débil en una relación contractual¹³⁷.

La protección otorgada por las directivas a veces se extiende a personas que, en sentido estricto, no pueden ser considerados como consumidores. La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior¹³⁸, define al "destinatario del servicio", como sujeto que es objeto de protección, como "cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible". El art. 2 d) de esta propuesta no solamente extiende la protección a quien actúe por motivos profesionales, sino que alcanza también a las personas jurídicas. La propuesta acoge así la realidad de la gran diferencia económica y de gestión entre unas y otras empresas. No obstante, la protección al profesional no deja de configurarse de un modo peculiar. Esta protección, en algunos casos, puede ser derogada por pacto entre las partes, apareciendo así estas normas como meramente dispositivas¹³⁹.

Definida la figura del consumidor, todavía las directivas establecen, a veces, mayores precisiones sobre los sujetos titulares de la protección dispensada. En este sentido, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del

¹³⁴ COM (93) 378 Final, Bruselas, 28 de julio de 1993.

¹³⁵ El considerando séptimo del texto mencionado indica que "los consumidores son personas físicas o jurídicas, con un poder adquisitivo más o menos elevado, que se proveen o hacen uso de bienes y servicios para un uso no profesional".

¹³⁶ W. FABER: "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinie", *cit.*, pág. 860.

¹³⁷ Señalando esta idea en el ámbito de las operaciones bancarias, realizadas bajo condiciones generales de la contratación, *vid.* M.J. LUNAS DÍAZ: "Consideration on Standard Contract Terms in Spanish and European Union Banking Consumer Activity", *The Journal of Banking Regulation*, en prensa.

¹³⁸ DOCE C 30/1999, pág. 4.

¹³⁹ El art. 10.1 de la propuesta establece que "Los Estados miembros dispondrán en su legislación que, salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, el prestador de servicios deberá explicar las modalidades de formación de un contrato por vía electrónica de forma clara e inequívoca antes de celebrar el contrato. El apartado 3 de dicho artículo establece que "los Estados miembros dispondrán en su legislación que, salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, los prestadores de servicios deberán indicar los posibles códigos de conducta a que están sujetos, así como los datos que permitan acceder a dichos códigos por vía electrónica". Una previsión análoga queda contenida en el art. 11 en relación con el momento de celebración del contrato.

Consejo, en su art. 2 d), limitaba la protección que dispensa a los *consumidores que tengan su residencia en el territorio de la Comunidad*. Por el contrario, el resto de las directivas no establecen exigencias de residencia comunitaria a los titulares de la protección. Este dato resulta de notable interés pues, en principio, no es posible descartar que la protección comunitaria de los consumidores alcance a los residentes fuera de la Comunidad. A este mismo criterio se ha acomodado el texto que se acaba de mencionar a través de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE y 97/7/CE, de 23 de julio de 1999.

En términos generales, el TJCE no sólo ha señalado la autonomía de la noción comunitaria respecto a la establecida por los Derechos estatales, sino que ha optado por acoger una *interpretación estricta del término consumidor* a la hora de resolver las cuestiones prejudiciales que se le han planteado. De este modo, como ha señalado N. Reich, el TJCE muestra que las posibles lagunas de protección (*Schutzlücken*) que puedan surgir, en los ámbitos cubiertos por las directivas, quedan remitidas al Derecho de los Estados miembros. En este sentido, la autonomía del Derecho comunitario de protección de consumidores podría ser vista a través de una diferente estructura aplicativa, vinculada con elementos de construcción federal y de cooperación con los Estados¹⁴⁰.

En la sentencia de 14 de marzo de 1991¹⁴¹, se trataba de saber si un comerciante que había recibido una visita en su domicilio a efectos de la venta de su fondo de comercio, podía ser considerado como un consumidor, al efecto de la aplicación de la Directiva de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales de 20 de diciembre de 1985. El consumidor es definido en el art. 2 de esta Directiva como "toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional". La inclusión o no del supuesto en el ámbito de aplicación de la directiva depende, pues, de que la venta del fondo de comercio no sea estimada como una actividad que pueda considerarse como ajena a la actividad profesional del particular. Habida cuenta que la venta del fondo de comercio no es el objeto de la actividad del profesional, sino un acto esporádico, dicha venta no podría considerarse como vinculada a esa actividad. De forma análoga con el pronunciamiento mantenido por el TJCE en su sentencia de 3 de julio de 1997, esta misma opinión fue mantenida por la Comisión, la cual estimaba que un comerciante podía disfrutar de la protección establecida por la directiva a favor del consumidor siempre que *la venta fuera ajena a su actividad profesional normal*, y se cumpliesen además los requisitos consistentes en que la iniciativa de la transacción no hubiera procedido de la persona que deseaba vender su fondo de comercio, y que dicho vendedor careciese de experiencia en el momento de la venta¹⁴². Al contrario de esta opinión, el TJCE

¹⁴⁰ N. REICH: *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäische Union*, op. cit., págs. 12-13.

¹⁴¹ As. C-361/89: "Di Pinto".

¹⁴² No obstante, la Comisión señaló en sus observaciones que las disposiciones de la Directiva de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales no podían invocarse en el caso de autos, ya que

acogió una concepción más estricta de consumidor al considerar que "lo más lógico, efectivamente, es creer que un comerciante, medianamente sagaz, conoce el valor de su fondo y el de cada uno de los actos que necesita su venta, de modo que si contrae un compromiso no pueda ser de manera inconsiderada y únicamente bajo el efecto de la sorpresa; de manera que el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva".

En relación con este mismo texto, la sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1998 ha delimitado el concepto de consumidor en relación con las obligaciones de fianza, siguiendo aquí el Tribunal un criterio de accesoriedad, de forma que la operación de crédito sigue la calificación que haya de darse a la operación principal. Según el Tribunal el concepto de consumidor a efectos de dicha directiva debe interpretarse en el sentido de que "un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional"¹⁴³.

Es preciso constatar también que la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados define de forma amplia en su art. 2 el concepto de consumidor, extendiendo la protección a una serie de personas distintas del contratante del viaje¹⁴⁴. Ello da pie a entender que el concepto no incluye sólo a las

los hechos imputados al Sr. Di Pinto habían tenido lugar en julio de 1985, y durante los años 1986 y 1987. Por el contrario, el plazo de veinticuatro meses que el art. 9.1 de la Directiva establecía para su transposición en los respectivos ordenamientos de los Estados miembros no finalizó hasta el 23 de diciembre de 1987.

¹⁴³ La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre Bayerische Hypotheken und Wechselbank AG y el Sr. Dietzinger, en relación con la ejecución de un contrato de fianza celebrado por éste con el banco. Mediante declaración escrita de 11 de septiembre de 1992, el Sr. Dietzinger prestó fianza solidaria a favor de sus padres respecto a las obligaciones contraídas por éstos frente al banco por un importe máximo de 100.000 DM. La celebración del contrato de fianza tuvo lugar en casa de los padres del Sr. Dietzinger, a donde se desplazó un empleado del banco después de haber llegado a un acuerdo al respecto por teléfono con la madre del Sr. Dietzinger. No se informó a este último de su derecho de resolución. En mayo de 1993 el banco canceló con efecto inmediato todos los créditos que había concedido a los padres del Sr. Dietzinger, cuyo importe total ascendía a más de 1,6 millones de DM. Además, basándose en la fianza, reclamó al Sr. Dietzinger un pago parcial de 50.000 DM. Entonces este último se retractó de su consentimiento, alegando que no había sido informado de su derecho de resolución, en infracción de lo dispuesto en la ley relativa a la resolución de contratos celebrados a domicilio y transacciones análogas de 16 de enero de 1986, que adapta al Derecho alemán la Directiva 85/577. Según el Tribunal "del tenor literal del art. 1 de la Directiva, así como del carácter accesorio de la fianza, se deriva que únicamente puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de éste bienes o servicios. Además, dado que el único objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores, esta solo puede aplicarse a un fiador si éste, con arreglo al primer guión del art. 2, se ha comprometido con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional".

¹⁴⁴ Tal será "la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (el contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (los demás beneficiarios) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado

personas físicas¹⁴⁵. Por otra parte, en el caso de esta directiva, la descoordinación entre los beneficiarios de la protección según la directiva y el concepto de consumidor establecido por el convenio de Roma y el convenio de Bruselas puede ser más que real, puesto que estos convenios sólo protegen al contratante.

Las Directivas no definen el ámbito de la protección sólo desde la perspectiva del consumidor, sino también desde el lado del cocontratante. La protección únicamente procede cuando el consumidor tiene enfrente a un profesional. Se despejan así las dudas sobre la aplicación de las normas de protección en los contratos entre particulares¹⁴⁶.

Como se acaba de verificar, no existe una completa uniformidad entre los conceptos de consumidor utilizados por el convenio de Bruselas y de Roma, por un lado, y algunas de las directivas comunitarias. La construcción actual del sistema podrá deparar situaciones, no difíciles de imaginar, donde una persona sea considerada consumidor a efectos de la aplicación de las directivas comunitarias, pero no a efectos de beneficiarse de los foros y de las normas de ley aplicable elaborados especialmente para la protección del consumidor. La coherencia de la política comunitaria de protección de consumidores debería poner en sintonía a unos textos con otros.

3. Definiciones adoptadas por el Derecho español

El Derecho español no proporciona un concepto de consumidor análogo a los establecidos por el Derecho comunitario. El art. 1.2 de la ley 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁴⁷, indica que "a los efectos de esta ley, son

(cesionario).

¹⁴⁵ W. FABER: "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinie...", *cit.*, pág. 857.

¹⁴⁶ Por ejemplo, el art. 2 c) de la Directiva 93/13/CE define al profesional como "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada". El art. 2.2 de la Directiva 97/7/CE define al proveedor como "toda persona física o jurídica que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional"; el art. 1.2 c) de la Directiva 1999/44/CE define al vendedor como "La persona física o jurídica que venda bienes de consumo en el marco de su actividad profesional". La Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinando aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior define en su art 2 b) al prestador de servicios como "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información". El art. 2 c) define al prestador de servicios establecido como "prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. El art. 2 de la Directiva 85/577/CEE define al comerciante como "toda persona física o jurídica que, al celebrar la transacción de que se trate, actúe en el marco de su actividad comercial o profesional, así como toda persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante". El art. 2 b) de la Directiva 87/102/CEE define al prestamista como "la persona física o jurídica o cualquier agrupación de tales personas que conceda créditos en el desempeño de su oficio, actividad o profesión". La Directiva 94/47/CE define al vendedor como toda persona física o jurídica que, en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva y en el marco de su actividad profesional, cree, transfiera o se comprometa a transferir el derecho objeto del contrato.

¹⁴⁷ BOE, de 24 de julio. A este concepto de consumidor remiten diversas normativas, como el art. 1 del

consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Y el número 3 de este artículo dispone que "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de intergrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Es fácil advertir que este concepto no guarda relación con el establecido por el Derecho comunitario. A pesar de que el concepto no ha sido modificado, sin embargo, el legislador, en una exposición de motivos, ha efectuado ciertas salvedades con la finalidad, parece ser, de adecuar la interpretación del concepto de consumidor al Derecho comunitario. En concreto, en la Exposición de Motivos de la ley 7/1998 de 7 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, el legislador considera que "en la línea de incremento de protección respecto de los mínimos establecidos en la Directiva, la ley mantiene el concepto amplio de consumidor hasta ahora existente, abarcando tanto a la persona física como a la jurídica, que sea destinataria final de los bienes y servicios, si bien debe entenderse incluida también -según el criterio de la Directiva- a toda persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria de los bienes o servicios objeto del contrato. Como indica M.J. Lunas Díaz¹⁴⁸, esta inadaptación entre el articulado y la Exposición de Motivos requerirá de una interpretación armónica y traerá a colación el valor jurídico de los Preámbulos y Exposiciones de Motivos.

A pesar de esta matización, el concepto de consumidor empleado por el legislador español puede plantear problemas dado su carácter amplio, al comprender también a las personas jurídicas. Esta extensión, como veremos, podrá tener cierta incidencia al valorar la operatividad del principio de primacía del Derecho comunitario, y de la legislación estatal dictada para su transposición, sobre la normativa convencional de DIPr dictada en el ámbito contractual¹⁴⁹.

No es éste el único concepto de consumidor que utiliza nuestro ordenamiento. La Ley 7/1995 de 23 de marzo de 1995, de crédito al consumo¹⁵⁰, define como consumidor "la persona física (nunca jurídica) que en las relaciones contractuales regidas por esta Ley actúa

RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE de 17 de mayo), o el art. 1 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE de 26 de noviembre).

¹⁴⁸ Vid. M.J. LUNAS DÍAZ: "La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial", *DN*, Diciembre 1998, págs. 4 y 12.

¹⁴⁹ Vid. *infra* capítulo tercero.

¹⁵⁰ BOE de 25 de marzo. Un comentario a esta ley puede verse en A.J. SERRA MALLOL: "Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995 de 23 de marzo): un examen de su regulación", *RGD*, 1995, junio, págs. 6337-6363.

con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional". La noción adoptada, por tanto, difiere respecto a la seguida por la LGDCU, y se aproxima a las establecidas por el Derecho comunitario. Por su parte, el art. 2 de la ley 21/1995, de 6 de julio¹⁵¹, reguladora de los viajes combinados, dispone que se entiende por consumidor "cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario", siendo el contratante principal "la persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar el viaje combinado".

¹⁵¹ BOE de 7 de julio.

CAPÍTULO SEGUNDO

RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS ESTATALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

I. INTRODUCCIÓN

La creación y desarrollo de la política de consumidores en el seno de la UE ha tenido lugar al mismo tiempo que, en paralelo, los Derechos estatales de los países miembros experimentaban desarrollos legislativos en ese mismo ámbito. El Derecho comunitario y los Derechos estatales, sin embargo, no pueden ser contemplados como compartimentos estancos, al existir diversas vías de intercomunicación y de influencia recíproca entre ellos. Desde un prisma general, cabe apreciar la existencia de relaciones de dependencia mutua entre el ordenamiento comunitario y los Derechos nacionales. En este sentido, las orientaciones prevalentes en el Derecho de los Estados miembros han condicionado significativamente la configuración de las reglas comunitarias, al igual que la existencia de un Derecho comunitario de protección de consumidores ha propiciado el desarrollo de ese sector en los Derechos estatales.

La influencia del Derecho comunitario va más allá de la obra armonizadora que ha acometido el legislador europeo en ese sector, y se deja sentir sobre las técnicas y métodos de aplicación e interpretación del Derecho. La efectiva puesta en marcha del mercado interior lleva consigo la necesidad de dar vigencia a una regla elemental de reconocimiento mutuo de legislaciones entre los países miembros de la Comunidad, cuya funcionalidad se compadece mal con la falta de unificación de legislaciones que todavía cabe apreciar en los Derechos estatales de protección del consumidor. Las respuestas del Derecho comunitario, expresadas por el TJCE, a la definición de sus relaciones con los Derechos nacionales se caracterizan por su flexibilidad, y vienen informadas por un principio básico de coherencia del sistema del

Derecho comunitario. En ellas se ha pretendido la *búsqueda de equilibrios* entre la política comunitaria de protección al consumidor, las mejoras en la protección establecidas unilateralmente por los Estados, y la efectividad de las libertades comunitarias fundamentales, como la libertad de circulación de mercancías y la libertad de prestación de servicios. El camino emprendido de este modo por el TJCE introduce al intérprete, sin duda, por derroteros de mayor complejidad, a la vez que abre paso a todo el poder hermenéutico de los principios del Derecho comunitario en este sector.

En el discurso seguido por la legislación y la jurisprudencia comunitarias entorno a la protección del consumidor es posible apreciar dos elementos principales del juego jurídico. En primer lugar, el carácter central que corresponde al *principio de equivalencia*, ya sea en presencia o en defecto de directivas de armonización. La actuación de este principio supone que dejan de aplicarse de forma estricta normas nacionales de protección de los consumidores, siempre que el objetivo de estas normas quede garantizado mediante la aplicación de normas dictadas con la misma finalidad por otros países de la UE. Aunque la existencia de armonización comunitaria seguro ha de facilitar la valoración positiva de la equivalencia, como veremos el defecto de unificación no cierra el paso a esa posibilidad. En segundo lugar, aunque el Derecho comunitario no ha supuesto la unificación del Derecho de protección al consumidor de los países miembros de la UE, no toda reglamentación nacional dictada con esa finalidad resultará compatible con el Derecho comunitario. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad, así como las libertades fundamentales reconocidas por el TCE se proyectan sobre todos los sectores del Derecho de los Estados miembros¹⁵², siendo más que una realidad la posibilidad de una armonización indirecta de las normativas estatales a través de la declaración de incompatibilidad con el Derecho comunitario de una determinada reglamentación nacional¹⁵³. En el sector objeto de nuestro trabajo estas ideas

¹⁵² Para un análisis de conjunto, recogiendo al hilo de la jurisprudencia del TJCE cómo tal posibilidad es relevante en los diversos sectores del ordenamiento: patrimonial, de familia, de la persona o procesal, *vid.* M. FALLON: "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours*, t. 253, 1995, págs. 59-91.

¹⁵³ Aunque el Derecho comunitario influye con mayor intensidad sobre las normas administrativas, o de

adquieren especial trascendencia. Junto a la labor armonizadora emprendida por el legislador comunitario, el TJCE ha llevado a cabo otra, de no menor importancia, al declarar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de concretas reglamentaciones nacionales de protección de los consumidores dictadas en ámbitos no armonizados. Esta posibilidad se encuentra expresamente prevista en el art. 153.3 TCE, cuando indica que "los mayores grados estatales de protección de los consumidores sólo podrán ser admitidos en la medida en que sean compatibles con el Tratado de la Comunidad".

El presente capítulo se ocupará de mostrar la incidencia que ha tenido la creación del mercado interior sobre las legislaciones estatales de protección de los consumidores así como sobre la dinámica aplicativa de esos Derechos tras la creación del mercado interior. En el examen vamos a distinguir dos niveles diferenciados de influencia del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales, que conllevan, también, dos intensidades diferentes. El primero supone la pervivencia de las normativas nacionales de protección de los consumidores corregidas en su aplicación por la regla de reconocimiento mutuo. A pesar de su pervivencia, la aplicación de la regla de reconocimiento mutuo supone la posibilidad de excluir cierto rigor en la aplicación de las normas de protección al consumidor del Estado miembro de destino, siempre que los objetivos perseguidos por esas normas hayan sido alcanzados mediante la aplicación de una regulación equivalente en el Estado de origen. En nuestro análisis, nos ocuparemos del contenido y manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo, tal y como ha sido acuñada en el ámbito del comercio intracomunitario de mercancías y servicios.

La repercusión del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales de protección de los consumidores va mucho más allá cuando, incluso en defecto de armonización, las normas estatales de protección de los consumidores son declaradas incompatibles con el

Derecho público, de su efecto no escapan a veces las normas de carácter jurídico-privado, viéndose afectada la eficacia de ciertos derechos subjetivos resultantes de las legislaciones nacionales, que han de respetar también el mandato de conformidad con el ordenamiento comunitario.

Derecho comunitario. Junto a las directivas de armonización, la jurisprudencia del TJCE ha dado cuerpo hoy día a un Derecho de protección al consumidor de fuente judicial cuyo interés no es posible obviar, y que representa en la actualidad un mecanismo de armonización alternativo a la labor legislativa llevada a cabo por la Comunidad. Este proceso de armonización indirecta, que es llevado a cabo a través del desplazamiento de las normativas nacionales incompatibles con el Derecho comunitario, será examinado en el epígrafe segundo del capítulo. Ese mismo epígrafe tratará también del problema de las discriminaciones inversas que se genera cuando la armonización sólo alcanza a las situaciones intracomunitarias. En último lugar nos ocuparemos de mostrar las peculiaridades y tratamiento que procede dispensar a la legislación estatal dictada para la transposición de las directivas comunitarias, sobre todo en lo relativo a la interpretación de estas normas.

II. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1. Significado de la regla de reconocimiento mutuo

Uno de los elementos nucleares del concepto de mercado interior viene dado por la regla de reconocimiento mutuo, llamada también "principio de la ley del Estado de origen"¹⁵⁴. En su formulación básica la regla supone que cualquier producto o servicio que haya sido comercializado válidamente en su país de origen ha de poder circular sin trabas en el territorio del resto de los países de la Comunidad¹⁵⁵. La regla del Estado de origen comporta una obligada

¹⁵⁴ Para una exposición del progresivo desarrollo de la regla de reconocimiento mutuo en el contexto intracomunitario, examinando sus orígenes en materia de libre circulación de mercancías, su paulatina extensión a otros ámbitos y su posterior precisión y delimitación por el TJCE, *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, págs. 47 y ss.

¹⁵⁵ En relación con la necesidad de esta regla en el contexto comunitario, L. RADICATI DI BROZOLO afirma que "sólo la aplicación de las reglas del país de origen podrá garantizar la posibilidad de suministrar en los otros Estados miembros el mismo servicio que es comercializado en el Estado de origen". *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *L'europeanisation du droit international privé*, edite

referencia al régimen jurídico aplicable a la puesta en el mercado de productos y servicios vigente en dicho Estado, con la consecuencia de que el Estado de importación deberá admitir una cierta proyección extraterritorial de los efectos de las normas del Estado de origen¹⁵⁶. La relevancia práctica de la regla de reconocimiento mutuo para nuestro estudio resulta clara habida cuenta que *la principal función de la referencia al Estado de origen implícita en el reconocimiento mutuo es la de determinar el Estado competente para regular las condiciones de acceso al mercado de productos y servicios*, normas que suelen atender, de forma mediata o inmediata, a exigencias de interés general relacionadas con la protección del consumidor.

La afirmación de la regla de reconocimiento mutuo determinó que la Comisión iniciara un replanteamiento de la estrategia legislativa comunitaria, al erigirse el reconocimiento en un método que podría funcionar como sustitutivo de la armonización de legislaciones. El aseguramiento de niveles de protección al consumidor semejantes por los Derechos nacionales determinaría la libre circulación de los productos y los servicios sin necesidad de acudir a la previa armonización de legislaciones. No obstante, este método no se ha revelado

par Paul Lagarde et Bernd von Hoffmann, 1996, pág. 91. La regla de reconocimiento mutuo no ha sido expresamente establecida ni por el Acta Única Europea, ni tampoco por el Tratado de Maastricht o el de Amsterdam. Ni el Tratado ni el Derecho derivado prevén una prohibición total para los Estados miembros de aplicar su Derecho a las prestaciones de servicios que caen bajo el imperio de los artículos 52 y 59. De hecho, el Tratado se limita a prever, para la eliminación de los obstáculos que derivan de las diferencias entre las legislaciones nacionales, el instrumento clásico de la armonización. En este sentido, en una de las declaraciones anexas al Acta Única Europea, los representantes de los Estados afirmaron claramente que la fecha del 1 de enero de 1993 no determinaría una eficacia jurídica automática, de forma que el reconocimiento recíproco no operaría en absoluto. No obstante, el desarrollo de la regla de reconocimiento mutuo se debe a la jurisprudencia del TJCE y a la Comunicación interpretativa de la Comisión publicada en el *DOCE* C 256, de 3 de octubre de 1980. En el ámbito de la libre circulación de mercancías fue la sentencia de 20 de febrero de 1979 (As. 120/78: "Rewe-Zentral", llamada *Cassis de Dijon*) la primera que afirmó la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas de efecto equivalente a las importaciones que, aunque no fueran discriminatorias, no estuvieran justificadas por una exigencia imperativa, no fueran proporcionadas así como adecuadas al objetivo que persiguen. Esta misma línea fue posteriormente seguida también en el ámbito de la libre circulación de servicios. *Vid.* sentencias TJCE de 26 de febrero de 1991 (As. C-154/89: "Comisión-Francia"; As. C-180/89: "Comisión-Italia"; As. C-198/89: "Comisión-Grecia"); y de 25 de julio de 1991 (As. C-288/89: "Gouda"; As. C-353/89: "Comisión-Países Bajos"; As. C-76/90: "Dennemayer". También *vid.* la Comunicación de 1993, relativa a la libre circulación transfronteriza de servicios.

¹⁵⁶ *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 17. Sobre los postulados teóricos y exigencias prácticas de la regla de reconocimiento mutuo existe una abundante bibliografía que puede verse en M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*

suficiente para alcanzar los resultados deseados. La admisión pura y simple de la regla de reconocimiento mutuo supondría, en ausencia de unificación de los niveles de protección comunitarios, que un producto o servicio podría circular con quince estándares de mercado diferentes en el mercado interior¹⁵⁷. Por ejemplo, en relación con las exigencias de denominación de los productos, la pretensión era que, respecto de los productos alimenticios, fueran suficientes las exigencias del país de origen. Sin embargo, dicho modo de proceder podría afectar, de un lado, al derecho de información del consumidor, habida cuenta que éste no podría conocer, por ejemplo, qué contenido mínimo de alcohol tiene una bebida que se denomina Ginebra, no existiendo tampoco modo de aplicar la Directiva 84/450/CEE dictada en materia de publicidad engañosa, y dando lugar a la desregulación de las designaciones a innumerables peligros de engaño¹⁵⁸. De otro lado, las desigualdades en las disposiciones sobre la denominación tendrían el efecto de parcelar los mercados, dificultando los intercambios intracomunitarios. Circunstancias de este tipo han motivado la necesidad de una intervención legislativa comunitaria, tendente a procurar la creación de estándares uniformes para el desarrollo del mercado interior¹⁵⁹.

La referencia a la legislación del Estado de origen resulta hoy del mayor interés a la vista del modelo de armonización adoptado, que toma como punto de partida el Libro Blanco de la Comisión relativo a la consecución del mercado interior¹⁶⁰, en la que se establecieron los

¹⁵⁷ *Vid.* N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, págs. 206.

¹⁵⁸ Como indica N. REICH, ni desde el punto de vista de la eficiencia económica, ni desde la política de protección de consumidores resulta asumible, sin más, la regla de reconocimiento mutuo. La desregulación, a través del reconocimiento mutuo, conlleva el traslado de los costes de transacción a los consumidores y a los servicios estatales, suponiendo la compra de la eficiencia al precio de la externalización de los riesgos del mercado. *Vid.* N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, pág. 206. Para evitar esta consecuencia sería necesaria la aparición de estándares comunes.

¹⁵⁹ La existencia de estándares de comercialización uniformes dará lugar a sentencias como la del TJCE de 16 de julio de 1998, As. C-136/1996, que, en aplicación del Reglamento CEE nº 1576/89, de 29 de mayo de 1989, por el que se establecen las normas generales relativas a la definición, designación y presentación de las bebidas espirituosas, decidió que dicho Reglamento se opone a la inclusión del término genérico Whisky entre los términos de la denominación de venta de una bebida espirituosa que contenga whisky con agua cuyo grado alcohólico es inferior al 40% vol o a la adición del término whisky a la denominación espirituoso o bebida espirituosa dada a dicha bebida.

¹⁶⁰ Aprobado por Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985. *DOCE* C 136, de 4 de junio de 1985.

principios del *Nuevo Enfoque* o *Nouvelle Approche* en materia de armonización de legislaciones. Para la creación del mercado interior, la obra legislativa de la Comunidad se contenta, en ciertas ocasiones, con una armonización mínima y se funda, para el resto, sobre la regla de reconocimiento mutuo y del control por el país de origen¹⁶¹. Ello supone una limitación de la armonización a las exigencias esenciales, lo que significa que las reglamentaciones deben fijar un determinado resultado a alcanzar, renunciando a una regulación exhaustiva. En lo que cabría denominar tercera fase, cabe identificar una transformación parcial de este planteamiento, pues tanto la Segunda Directiva Bancaria como la más reciente referente a las sociedades de inversión matizan el alcance del principio del reconocimiento mutuo a partir de *cláusulas de interés general*, pues se permite que el país de destino mantenga y aplique disposiciones susceptibles de obstaculizar las libertades por razones superiores de interés general, desembocando en un sistema de reconocimiento mutuo imperfecto¹⁶².

La operatividad de la regla de reconocimiento mutuo exige que las regulaciones de ambos Estados (el de origen y el de destino) resulten equivalentes¹⁶³, sin que deban ser idénticas. En este sentido, la regla de reconocimiento mutuo incentivaría la competencia entre

¹⁶¹ La nueva estrategia consistiría en una combinación de ambos métodos, puesto que la armonización se limita a las exigencias esenciales y, para el resto de cuestiones, se confía en el reconocimiento de legislaciones nacionales. Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*, págs. 242-243. Esta dinámica parece ser también la acogida por el protocolo anejo al Tratado de Amsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

¹⁶² Vid. M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio del reconocimiento mutuo...", *cit.*, págs. 139-140.

¹⁶³ Sobre el principio de equivalencia como presupuesto del reconocimiento mutuo, *vid.* N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, pág. 206. Según R. KOVAR, la equivalencia es la condición de reconocimiento mutuo y, a la vez, su consecuencia (R. KOVAR: "L'incidence du principe communautaire de la reconnaissance mutuelle sur l'efficacité internationale des décisions nationales", *Securité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté Européenne*, Bruselas, Story-Scientia, 1990, págs. 35-44); J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, págs. 17-18. También *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación...*, *op. cit.*, págs. 86 y ss.

sistemas jurídicos¹⁶⁴. En su funcionamiento dinámico, la existencia de equivalencia conduce a no considerar legítima la aplicación de la ley del Estado de destino, a pesar de que sus objetivos sean amparados por el TCE¹⁶⁵. En defecto de equivalencia, la ley del Estado de destino será de aplicación con todo su rigor¹⁶⁶. Según tiene establecido el TJCE en su jurisprudencia, las apreciaciones de hecho necesarias para establecer la existencia o no de tal equivalencia serán realizadas por el juez nacional, teniendo en cuenta los elementos de interpretación especificados por el Tribunal¹⁶⁷. El nivel de equivalencia exigible podrá depender del ámbito material donde se esté apreciando dicha exigencia¹⁶⁸. En principio incumbe a los Estados determinar el nivel de protección de objetivos tales como la salud pública o la protección del consumidor, con los cuales habrá que apreciar la equivalencia de la legislación del Estado de origen¹⁶⁹. No obstante, la determinación de este nivel debe ser acorde con las disposiciones del Tratado, lo que para cierta doctrina implicaría que, por lo que se refiere a productos o

¹⁶⁴ La descripción del modo en que tendría lugar este proceso puede verse en N. REICH: "Competition between Legal Orders - A New Paradigm in EC Law?", *CMLR*, 29, 1992, págs. 861-863.

¹⁶⁵ Por ejemplo, *vid.* sentencia de 16 de diciembre de 1980, As. 27/80 (no se admite la prohibición nacional de venta de bebidas alcohólicas etiquetadas de manera distinta a la establecida por la legislación nacional habida cuenta que la etiqueta originaria tiene un contenido informativo equivalente al exigido).

¹⁶⁶ Señalando la falta de equivalencia como condición que determina la aplicación de las normas del país de importación, *vid.* sentencias TJCE de 22 de junio de 1982, As. 220/81, Rec. pág. 2349; de 28 de enero de 1986, As. 188/84, apartados 13 a 15; de 15 de septiembre de 1994, As. C-293/1993: "Houtwipper" (todas admitiendo la aplicación de la reglamentación nacional que prohíbe la venta de obras de metal plateado no provistas de un contraste con un contenido informativo equivalente al de los contrastes prescritos por la reglamentación del Estado miembro de importación y comprensible para el consumidor de este Estado).

¹⁶⁷ *Vid.* sentencias de 16 de diciembre de 1980, As. 27/80; de 22 de junio de 1982, As. 220/81, Rec. pág. 2349; de 28 de enero de 1986, As. 188/84; de 15 de septiembre de 1994, As. C-293/1993: "Houtwipper".

¹⁶⁸ Distinguiendo casos según la reglamentación haya sido dictada, bien por motivos de salud, seguridad pública o protección del medio ambiente, o bien por otras razones, *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: "La aplicación...", *cit.*, pág. 89. Mientras que respecto al primer grupo de razones el Estado de destino tendría derecho a exigir el cumplimiento estricto del nivel de protección fijado en su propia ley, tratándose de la protección del consumidor en aspectos diferentes a la salud o seguridad, sería suficiente un nivel de protección adecuado o razonable. *Vid.* sentencia de 28 de enero de 1986, As. 188/84, Rec. 419 (el TJCE no admitió la equivalencia de las reglamentaciones alemana y francesa respecto a la seguridad de las máquinas para trabajar la madera pues la primera partía de la base de que este tipo de máquinas eran utilizadas por usuarios profesionales que habían recibido una preparación adecuada, mientras que la segunda pretendía proteger al usuario de todos los riesgos, incluidos los derivados de un uso descuidado).

¹⁶⁹ *Vid.* sentencia TJCE de 28 de enero de 1986. As. 188/84, apartados 13 a 15.

servicios importados de otros Estados miembros, sería contrario a los principios de necesidad y de proporcionalidad fijar un nivel de protección desmesurado o excesivamente alto¹⁷⁰. Sin perjuicio de esta opinión, es preciso advertir que la tolerancia del Derecho comunitario en relación con niveles de protección exorbitantes depende mucho del ámbito o sector de que se trate¹⁷¹. Cuando el objetivo estatal no se estime justificado, o se estime desorbitado, el TJCE no ha tenido problema en declarar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la reglamentación nacional de que se trate, apareciendo así la armonización indirecta¹⁷².

Respecto a la delimitación del objeto de nuestra investigación conviene tener presente que la integración de la política de protección de los consumidores en el resto de las políticas comunitarias ha conllevado la incorporación de un fuerte componente tuitivo de los consumidores a la mayoría de las reglamentaciones comunitarias relativas a los controles de fabricación, acceso y puesta en el mercado de las mercancías, e incluso a las que tienen por objeto el acceso a ciertas actividades. La mayoría de las normas que vamos a examinar tienen carácter administrativo y son aplicadas por autoridades de ese carácter que suelen tener por misión garantizar la aplicación de las reglamentaciones que aseguren el buen funcionamiento del mercado. Entre los objetivos de esas normas se insertan, muy en primera línea, los relativos a la defensa de la salud, de la seguridad así como de los derechos económicos y de información del consumidor, aunque es posible identificar otros distintos como la homogeneización de las condiciones de competencia en el mercado interior o la seguridad general de terceras personas distintas de los consumidores. La presencia de ese fuerte componente tuitivo es lo que justifica que prestemos atención a regulaciones que, a veces, sólo tienen presente la

¹⁷⁰ En este sentido, R. KOVAR afirma que el concepto de *nivel razonable de protección* podría servir de parámetro de comparación entre las legislaciones del país de origen y de destino. Vid. R. KOVAR: "L'incidence du principe communautaire...", *cit.*, pág. 42.

¹⁷¹ Por ejemplo, en la sentencia de 15 de septiembre de 1994, As. C-293/93, el TJCE parece conceder, en ausencia de armonización, un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para escoger el nivel de protección.

¹⁷² Vid. *infra* este mismo capítulo.

protección de los consumidores como uno más entre sus fines. Por otra parte, la referencia al Estado de origen no ha tenido un desarrollo uniforme, sino que, en dependencia de las particularidades de un concreto sector, dicho principio ha sido atemperado en mayor o menor medida, introduciéndose matizaciones o límites, o incluso exclusiones del principio¹⁷³. De ahí la necesidad de conocer el alcance de la regla de reconocimiento mutuo en cada regulación. La exposición que sigue no pretende exponer de forma exhaustiva toda la reglamentación comunitaria dictada hasta la actualidad. Nos limitaremos, únicamente, a realizar una exposición de las principales manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo cuando la actuación de esta regla afecta a la aplicación de normas cuya finalidad es la protección de los consumidores¹⁷⁴.

2. Manifestaciones de la regla de reconocimiento mutuo que afectan a la aplicación de normativas estatales relativas a la protección de los consumidores

A. Aplicación de la ley del Estado de origen

El principio básico que sustenta a la regla de reconocimiento mutuo (remisión al Estado de origen) encuentra traducción a través de variadas manifestaciones. Todas ellas, como vamos a ver, tienen interés para nuestro estudio pues pueden afectar a la aplicación de normativas estatales dictadas con la finalidad de proteger a los consumidores. El enunciado

¹⁷³ Vid. la sentencia TJCE de 13 de mayo de 1997.

¹⁷⁴ Recientemente M. GARDEÑES SANTIAGO ha publicado una monografía donde se analizan con todo lujo de detalles los postulados teóricos, fundamentos y funcionamiento de la regla de reconocimiento mutuo, abordándose tanto las cuestiones sustantivas cuanto las formales que envuelve la puesta en práctica de la condición de equivalencia. Entre otras cuestiones, el problema del ámbito de la regla del reconocimiento mutuo (determinación del régimen jurídico aplicable a la puesta en el mercado de productos y servicios así como el reconocimiento de decisiones y autorizaciones), el problema de la alegación de la *lex originis*, las dificultades que pueden encontrar las autoridades para conocer el Derecho aplicable en otros Estados miembros, la determinación del nivel de protección apropiado, la verificación de la equivalencia, la carga de la prueba o el establecimiento de procedimientos que permitan hacer valer el reconocimiento mutuo. La existencia de esta monografía permite descargar nuestro trabajo de análisis más detenidos en torno a las diferentes ramificaciones que esa regla básica lleva consigo.

elemental de la regla de reconocimiento mutuo en el ámbito que nos ocupa supone la aplicación de la ley del Estado de origen a la fabricación y a la comercialización del producto o mercancía. Las mercancías fabricadas con arreglo a las prescripciones de esta ley han de ser aceptadas en el resto de los países de la Comunidad. Como excepción, cabe rechazar el producto cuando la legislación del Estado de origen no asegure un nivel de protección equivalente respecto a la legislación del Estado de importación, o la aplicación de la ley del Estado de destino venga motivada por una exigencia imperativa. En caso contrario, la mercancía quedará liberada del cumplimiento de las exigencias establecidas por la legislación del Estado miembro en el que haya sido importada. La referencia a la ley del Estado de origen en el comercio intracomunitario introduce una importante quiebra en la regla tradicional según la cual las autoridades administrativas únicamente aplican el Derecho propio, y no un Derecho extranjero. En efecto, dichas autoridades habrán de tener en cuenta el Derecho extranjero de otro país de la Comunidad en relación con las normas de ordenación del mercado o de comercialización de los productos y servicios.

El carácter o naturaleza de la referencia a la ley del Estado de origen es una cuestión discutida por la escasa doctrina que se ha ocupado del tema. Se discute, en concreto, si la referencia a la ley del Estado de origen podría ser considerada como de naturaleza conflictual¹⁷⁵. Recientemente, M. Gardeñes Santiago ha mantenido una opinión que resulta convincente. La referencia al ordenamiento del Estado de origen implícita en el reconocimiento mutuo obedece, más que a una auténtica aplicación del Derecho de dicho Estado, a una toma en consideración del mismo, por lo que la regla no conllevaría ningún tipo de remisión de tipo conflictual a la ley del Estado de origen. Al contrario, al aplicar su propia ley, las autoridades del Estado de importación deben tener en cuenta la reglamentación aplicada en el Estado de origen, aunque de ello no se desprende que deban aplicar todas las

¹⁷⁵ Manteniendo una naturaleza de remisión conflictual, *vid.* J. BASEDOW: "Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis*", *RabelsZ*, 59, 1995, págs. 1-55. Rechazando esta caracterización, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, págs. 145-147. E igualmente, *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*, págs. 210 y ss. Omitimos reproducir las diferentes posiciones, que pueden verse en los trabajos de los dos autores que se acaban de citar.

consecuencias jurídicas que derivan de esa legislación, por lo que no puede considerarse que exija una aplicación *strictu sensu*. Sin embargo, no se trataría de tener en cuenta el ordenamiento del Estado de origen como un simple dato o elemento de hecho. De la jurisprudencia del TJCE se desprende claramente que el valor del cumplimiento de la normativa de origen es mucho más que un simple hecho, ya que se trata de una situación a la que el Derecho comunitario asocia ciertos derechos o consecuencias jurídicas: si el producto o servicio es conforme a su ley de origen podrá comercializarse libremente en toda la Comunidad¹⁷⁶. Por otra parte, en caso de incumplimiento de las exigencias de la ley del Estado de origen, las sanciones aplicables serán las establecidas por la legislación del Estado de importación, y no las del Estado de origen.

La regla de la aplicación de la ley del Estado de origen es la seguida por la *Directiva 89/397/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1989, relativa al control oficial de los productos alimenticios*¹⁷⁷. Según su exposición de motivos, la inspección de los productos alimenticios deberá basarse en las disposiciones vigentes en el Estado miembro de fabricación. No obstante, no se aplica dicho principio cuando se haya establecido, a satisfacción de la autoridad encargada del control, por cualquier medio adecuado, incluida la presentación de documentos comerciales, que el producto de que se trate va a expedirse hacia otro Estado miembro y que es conforme a las disposiciones vigentes en este último. La legislación del Estado de fabricación habrá de ser, pues, el parámetro a tener en cuenta para valorar la conformidad de la mercancía, tanto si el control es llevado a cabo por las autoridades del país de fabricación como si es realizado por las del país de importación, a salvo la excepción mencionada.

¹⁷⁶ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*, págs. 210 y ss.

¹⁷⁷ DOCE L 186 de 30 de junio de 1989. La Directiva tiene por objetivo "controlar que los alimentos se ajustan a la legislación alimentaria, donde se incluyen las disposiciones relativas a la protección de la salud, las normas de composición y las normas relativas a la calidad destinadas a garantizar la protección de los intereses económicos de los consumidores, así como las disposiciones relativas a la información de los mismos y a la transparencia de las transacciones comerciales".

El principio de la aplicación de la ley del Estado de origen ha sido también incorporado a la legislación nacional en algunas disposiciones. Dichas normas tienen como denominador común que *eximen de la aplicación de la ley estatal a los productos que hayan sido legal y lealmente fabricados y comercializados en otro Estado miembro de la Comunidad*. Como ejemplos de este tipo de disposiciones cabe citar el art. 19.2 del RD 1810/1991, de 13 de diciembre de 1991, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria de caramelos, chicles, confites y golosinas¹⁷⁸, la disposición adicional sexta del RD 2200/1995 de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial¹⁷⁹, el art. art. 16.2 del RD 15/1992 de 17 de enero por el que se aprueba la reglamentación técnico sanitaria de las bebidas refrescantes¹⁸⁰, el art. 17 del RD 349/1993, de 5 de marzo, relativo a las lejías¹⁸¹, y el art. 4 del RD 1853/1993, de 22 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de instalaciones de gas¹⁸². En otros países de la Comunidad las

¹⁷⁸ Según su tenor, "no obstante, las exigencias de esta disposición no se aplicarán a los productos de importación legal y lealmente fabricados y comercializados en los restantes Estados miembros de la Comunidad Económica Europea".

¹⁷⁹ BOE de 6 de febrero de 1996. La literalidad de la norma resulta bastante confusa al mezclarse los aspectos relativos al reconocimiento de reglamentaciones de otros Estados miembros con aquellos relativos al reconocimiento de controles y certificados. Según su tenor, "a los efectos de la comercialización de productos provenientes de otros Estados miembros de la Unión Europea, sometidos a reglamentaciones nacionales de seguridad industrial, la Administración pública competente deberá aceptar la validez de los certificados y marcas de conformidad a norma y las actas o protocolos de ensayos que son exigibles por las citadas reglamentaciones, emitidos por organismos de evaluación de la conformidad oficialmente reconocidos en otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que se reconozca, por dicha Administración, que los citados agentes ofrecen garantías técnicas, profesionales y de independencia e imparcialidad, equivalentes a las exigidas por la legislación española y que las disposiciones legales vigentes en el Estado miembro en base a las que se evalúa la conformidad, comporten un nivel de seguridad equivalente al exigido por las correspondientes normas españolas".

¹⁸⁰ BOE de 27 de enero de 1992. Según dispone el precepto "No obstante, las exigencias de esta reglamentación no se aplicarán a los productos de importación legal y lealmente fabricados y comercializados de los restantes miembros de la Comunidad Económica Europea".

¹⁸¹ BOE de 20 de abril de 1993, cuyo artículo 17 establece: "las exigencias de composición no se aplicarán a los productos procedentes de intercambios intracomunitarios legal y lealmente fabricados en el Estado miembro de origen..."

¹⁸² BOE de 24 de noviembre de 1993. "No obstante, se aceptarán las normas admitidas en los demás Estados miembros de la CEE, siempre que garanticen niveles de seguridad equivalentes a los exigidos en las correspondientes normas UNE". Un aspecto importante del *nuevo enfoque* al que hemos aludido poco más arriba, consiste en la adopción generalizada de la técnica llamada del reenvío a las normas, mediante la que se encarga la elaboración de especificaciones técnicas detalladas a organismos privados de normalización industrial, que serán quienes, tomando como base los criterios generales de las directivas "nuevo enfoque", elaboren

legislaciones estatales contienen también reglas análogas¹⁸³.

B. Reconocimiento de actos y certificados emitidos por autoridades extranjeras

La regla de reconocimiento mutuo despliega un importante papel en relación con el valor que se atribuye a los actos y certificados emitidos por el país de origen de la mercancía, respecto al cumplimiento de las exigencias técnicas o de seguridad vigentes en ese país. La existencia de esa clase de actos o certificados no comporta, de suyo, la exclusión de los procedimientos nacionales dirigidos a verificar la conformidad de la mercancía. No obstante, respecto a esta cuestión resulta de utilidad distinguir situaciones en dependencia de que exista o no una regulación comunitaria de armonización en el sector. En su defecto, de la jurisprudencia del TJCE parece desprenderse que los Estados aún pueden establecer los procedimientos de homologación o autorización de puesta en el mercado que sean necesarios para garantizar la protección del interés público. Ahora bien, ello no significa que quede derogada la referencia a la ley del país de origen. Aunque el TJCE reconoce el derecho a la libre circulación de todo producto o servicio conforme a la reglamentación de su Estado de origen, también reconoce el derecho de los Estados a establecer, en caso necesario, procedimientos que permitan verificar que el producto es realmente conforme a la reglamentación del Estado de origen y que el nivel de protección asegurado por ésta es equivalente al de la ley del Estado

especificaciones conformes a tales criterios.

¹⁸³ En el Derecho alemán, la ley sobre productos alimenticios y otros productos de consumo corriente, de 15 de agosto de 1974, establece en su nuevo art. 47 a) (tras la reforma de 18 de diciembre de 1992), que "por excepción a lo previsto en el artículo 47, párrafo primero, frase primera, los productos contemplados en la presente ley que sean fabricados y comercializados legalmente en otro Estado miembro de la UE, o que provengan de un país tercero y sean comercializados legalmente en un Estado miembro de la UE, pueden ser importados y comercializados en el mercado nacional, incluso si no cumplen las disposiciones legislativas relativas a los productos alimenticios vigentes en la República Federal de Alemania". No obstante, esta excepción queda limitada en cuanto no será de aplicación cuando los productos no sean conformes a las disposiciones alemanas dictadas por motivos de salud pública. En tal caso, se prevé que el importador deba solicitar una autorización ministerial, que deberá ser otorgada por las autoridades alemanas, a no ser que existan razones imperiosas de salud pública que lo impidan. Además, el art. 47 a 4 prevé que, en caso de que los productos no sean conformes a la legislación alemana, ello deberá indicarse en la etiqueta del producto, en la medida en que ello sea preciso para la protección del consumidor. Con respecto a esta última excepción, *vid.* la sentencia TJCE de 26 de octubre de 1995 (As. C-51/94).

de importación. Es aquí donde aparece el valor de los actos o certificados. Su reconocimiento posee un alcance sólo limitado, puesto que se ciñe a los efectos probatorios del documento, no existiendo un reconocimiento de dichos actos o certificados como decisiones extranjeras¹⁸⁴. No obstante, habrá que evitar toda duplicidad innecesaria. Ahora bien, dicha eficacia probatoria adquiere el mayor interés pues debe presumirse, salvo prueba en contrario, la certeza de los certificados procedentes de otros Estados miembros¹⁸⁵. En los supuestos en que las condiciones de autorización se encuentran armonizadas, el Estado de importación o receptor de los servicios queda privado de la posibilidad de imponer sus propios procedimientos, puesto que sólo podrá recurrir a las medidas de control permitidas por el Derecho derivado¹⁸⁶.

En otras ocasiones la regla de reconocimiento mutuo comporta propiamente una cuestión de reconocimiento de decisiones, lo que ocurre cuando la legislación armonizada prevé mecanismos de reconocimiento directo de las situaciones jurídicas creadas al amparo de la decisión de una autoridad extranjera¹⁸⁷. Por ejemplo, la *Directiva 93/39 de 14 de junio de*

¹⁸⁴ Como aclara M. GARDEÑES, de la jurisprudencia del Tribunal se deduce que los documentos y certificados muchas veces no tienen más valor que el de simples medios de prueba de unos determinados hechos que, si bien deben ser aceptados por los demás Estados miembros, no poseen, con carácter general, la virtualidad de crear situaciones jurídicas por sí mismos, es decir, un determinado estado que comporte derechos u obligaciones. En consecuencia, el valor del certificado se limita al de ser un medio de prueba de que determinados hechos o actos han tenido lugar en un Estado (inspecciones, controles, comprobaciones...), debiendo ser aceptados por los demás. *Vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*, pág. 192.

¹⁸⁵ De la jurisprudencia del TJCE se desprende claramente que la regla general es la de aceptación de los documentos emanados de otros Estados, y que su no aceptación es una posibilidad excepcional, a la que sólo debiera recurrirse en aquellos casos en que realmente estuviera justificado un rechazo. Para que esto fuera así sería preciso que, en el caso concreto, se dieran circunstancias que hicieran sospechar la inexactitud o irregularidad del documento. Por otro lado, también podrá exigirse un segundo control en aquellos casos en que, aun cuando no se ponga en duda la exactitud de los documentos del Estado de origen, se exijan pruebas no realizadas en dicho Estado. *Vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.* págs. 195-196.

¹⁸⁶ Por ejemplo, en la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1994, As. C-249/92, el TJCE no aceptó la legislación italiana que exigía una autorización previa para la importación de productos vegetales, ya que las directivas existentes preveían un control exhaustivo por parte de las autoridades del Estado de origen, facultando a las del Estado de destino a realizar únicamente controles por sondeo y no referidos, exclusivamente, a los productos importados.

¹⁸⁷ Ya no se trata de respetar la eficacia probatoria del documento, sino de permitir que la solución adoptada por las autoridades del Estado de procedencia surta efecto directamente en otros Estados, como si

1993, relativa a los procedimientos de autorización de medicamentos, prevé en su art. 7 bis el reconocimiento de las autorizaciones otorgadas en otros Estados. Por otra parte, en las áreas en las que existe un procedimiento de autorización centralizado a nivel comunitario¹⁸⁸, la decisión emanada de la institución o agencia comunitaria se reconoce automáticamente en los Estados miembros, aunque en este caso no existe propiamente un problema de reconocimiento, ya que la decisión, al emanar de un organismo supranacional y ser, por tanto, un acto de Derecho comunitario, es directamente aplicable y, por ello, forma parte del ordenamiento interno.

Junto al reconocimiento del valor probatorio de los actos y documentos, y al reconocimiento estricto de las decisiones emanadas de autoridades extranjeras, una situación intermedia se produce cuando *la legislación comunitaria obliga a presumir la conformidad con el Derecho comunitario de los productos que hayan sido verificados o controlados por las autoridades competentes de los países miembros*, con arreglo a su legislación, existiendo no obstante la posibilidad de destruir dicha presunción. Este régimen es el seguido por varias directivas que prevén la estampación en los productos de la marca CE. Por ejemplo, aunque los juguetes han de cumplir en el Estado de comercialización las condiciones de seguridad y sanidad establecidas por la Directiva 88/378/CEE del Consejo de 3 de mayo de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad de los juguetes¹⁸⁹, el art. 2.2 de la misma dispone que *los Estados miembros supondrán conformes con las exigencias esenciales requeridas a los juguetes provistos de la marca CE* prevista en el art. 11, que denoten su conformidad con las normas nacionales correspondientes que

fuera una decisión adoptada por sus propias autoridades. *Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO: La aplicación de la regla..., op. cit., pág. 200.*

¹⁸⁸ Sería el caso del Reglamento 2309/93 de 22 de julio de 1993, DOCE L 214 de 24 de agosto de 1993, por el que se crea un procedimiento comunitario de autorización de los medicamentos tecnológicamente avanzados, que es gestionado por la Agencia Europea del Medicamento y que conduce a una autorización de la Comisión.

¹⁸⁹ DOCE L 187 de 16 de julio de 1988.

incorporan las normas armonizadas cuyas referencias fueron publicadas en el DOCE (art. 5). La Directiva establece la posibilidad de destruir la presunción de seguridad estableciendo un procedimiento para declarar que las normas armonizadas no satisfacen plenamente los requisitos esenciales¹⁹⁰. Como cláusula de salvaguardia, el art. 7.1 dispone que "cuando un Estado miembro compruebe que juguetes provistos de la marca CE y utilizados con arreglo a su destino, o con arreglo a la utilización prevista en el art. 2, pueden comprometer la seguridad y/o la salud de los consumidores y/o de terceros, adoptará todas las medidas pertinentes para retirar dichos productos del mercado, prohibir o restringir su comercialización". Un sistema similar es el seguido por la regulación contenida en la Directiva 93/42/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios¹⁹¹.

Un sistema similar, pero en una materia muy distinta, es el acogido por la Directiva 89/662, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior¹⁹². Esta Directiva desplazó esencialmente al país de origen de las carnes frescas los controles veterinarios de éstas que, hasta entonces, se habían efectuado en las fronteras interiores de los Estados miembros; además se regularon detalladamente los controles que podrían

¹⁹⁰ Cuando un Estado miembro o la Comisión considere que las normas armonizadas de un Estado miembro no satisfacen plenamente las exigencias esenciales contempladas en el art. 3, la Comisión o el Estado miembro recurrirá al Comité permanente creado por la Directiva 83/189/CEE, quien emitirá un dictamen de urgencia.

¹⁹¹ DOCE L 169 de 12 de julio de 1993. Los Estados miembros presumirán que cumplen los requisitos esenciales contemplados en el art. 3 los productos que se ajusten a las normas nacionales pertinentes adoptadas en aplicación de las normas armonizadas cuyos números de referencia se hayan publicado en el DOCE (art.5), y no impedirán, en su territorio, la comercialización ni la puesta en servicio de los productos que ostenten el marchio CE a que se refiere el artículo 17, que indique que han sido sometidos a una evaluación de su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 11 (art. 4.1). No obstante, la Directiva establece la posibilidad de destruir la presunción de seguridad estableciendo un procedimiento para declarar que las normas armonizadas no satisfacen plenamente los requisitos esenciales contemplados en el art. 3 (art. 5.3). E igualmente, cuando un Estado miembro compruebe que un producto puede comprometer la salud y/o la seguridad de los pacientes, usuarios o, en su caso, de otras personas, adoptará las medidas provisionales oportunas para retirar dicho producto del mercado o para prohibir o restringir su comercialización o su puesta en servicio (art. 8).

¹⁹² DOCE L 395, pág. 13.

efectuarse en el país de destino¹⁹³. Esta directiva ha sido aplicada en una reciente sentencia, donde se trataba de valorar la compatibilidad de una nota emitida a la Comisión por el gobierno alemán según la cual "independientemente del marcado acreditativo de su salubridad, los lotes de carne de porcino deberán ser examinados en el lugar de destino con el fin de proceder a la detección y a la evaluación del olor a verraco"¹⁹⁴. Al respecto el Tribunal consideró que "si bien el art. 36 permite mantener restricciones a la libre circulación de mercancías justificadas por razones de protección de la salud y de la vida de los animales, debe quedar excluida la aplicación de dicha disposición cuando determinadas directivas comunitarias establecen la armonización de las medidas necesarias para la consecución del objetivo específico perseguido por la utilización del art. 36. Dicha exclusión se impone asimismo cuando se invoca la necesidad de proteger a los consumidores. Por ello, los controles apropiados deben efectuarse y las medidas de protección adoptarse en el marco señalado por las directivas de armonización"¹⁹⁵. Los Estados miembros deben mostrarse una confianza mutua en lo que respecta a los controles efectuados en sus respectivos territorios"¹⁹⁶.

¹⁹³ El art. 5 prevé que los Estados miembros de destino aplicarán las medidas de control siguientes: a) la autoridad competente podrá verificar en los lugares de destino de la mercancía mediante controles veterinarios de sondeo y de carácter no discriminatorio, el cumplimiento de los requisitos del art. 3; podrá además proceder a toma de muestras. Además, cuando la autoridad competente del Estado miembro de tránsito o del Estado miembro de destino disponga de elementos de información que le permitan suponer que se comete una infracción, podrán también efectuar controles durante el transporte de la mercancía en su territorio incluso el control de conformidad de los medios de transporte. El art. 7 de la Directiva 89/662 establece que si al efectuar un control en el lugar de destino del envío o durante el transporte, las autoridades competentes de un Estado miembro comprobasen: b) que la mercancía no reúne las condiciones exigidas por las directivas comunitarias o, a falta de decisiones sobre las normas comunitarias previstas por las directivas, por las normas nacionales, y si las condiciones de salubridad o de policía sanitaria lo permite, podrán permitir al expedidor o a su representante optar por: la destrucción de las mercancías o su utilización para otros fines, incluida su reexpedición con la autorización de la autoridad competente del país del establecimiento de origen. Se pondrá en contacto sin demora con las autoridades competentes del Estado miembro de expedición.

¹⁹⁴ Sentencia TJCE de 12 de noviembre de 1998, As. C-102/1996.

¹⁹⁵ *Vid.* sentencia de 5 de octubre de 1994, As. C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 31; de 23 de mayo de 1996, As. C-5/94: "Hedley Lomas", Rec. pág. I. 2553; de 12 de noviembre de 1998, As. C-102/1996.

¹⁹⁶ También *vid.* la sentencia de 19 de marzo de 1998, C-1/96: "Compassion in World Farming", Rec. pág. I-1251, apartado 47.

En sentido similar, el RD 49/1993 de 15 de enero de 1993¹⁹⁷, por el que se incorpora al Derecho español la Directiva 89/662, de 11 de diciembre de 1989¹⁹⁸, sobre intercambios intracomunitarios de productos de origen animal, atribuye al Estado de origen el control de tales productos y la expedición de los certificados que acrediten dicho control. Las autoridades de destino se limitarán, de manera general, al control de la regularidad de los documentos expedidos por las autoridades de origen. Por tanto, no podrán realizarse nuevos controles veterinarios con carácter sistemático, puesto que sólo se permite la realización de controles por sondeo, siempre y cuando éstos no sean discriminatorios¹⁹⁹.

C. Excepciones a la aplicación de la ley del Estado de origen

La competencia general de la ley del Estado de origen cede en favor de la ley del Estado de destino cuando entran en juego, de forma directa, objetivos distintos y superiores al aseguramiento de la libre circulación de mercancías. En efecto, aunque la regulación de la puesta en el mercado de productos y servicios corresponde, por regla general, al Estado de origen, ello no ha de obstar a la preservación de las condiciones de seguridad de los productos en el mercado en que son efectivamente comercializados. A este principio general responde la regulación que contiene la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992²⁰⁰, relativa a la seguridad general de los productos, cuyo objetivo es garantizar que los productos puestos en el mercado sean seguros. La falta de armonización comunitaria no se resuelve en este caso en favor de la aplicación de la ley del Estado de origen, sino de la ley del Estado donde se encuentre el producto. El art. 4 de la Directiva dispone que "cuando no existan disposiciones

¹⁹⁷ BOE de 27 de febrero de 1993.

¹⁹⁸ DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989.

¹⁹⁹ También *vid* la regulación de la Directiva 93/68/CEE de 22 de julio de 1993.

²⁰⁰ DO L 228 de 11 de agosto. Esta directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español mediante el RD 44/1996, de 19 de enero, por el que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor (BOE núm. 46, de 22 de febrero).

comunitarias específicas que regulen la seguridad del producto en cuestión, se considerará seguro un producto cuando sea conforme con las normativas nacionales específicas del *Estado miembro en cuyo territorio esté en circulación el producto*, establecidas respetando el Tratado y, en particular, de sus artículos 30 y 36, y que fijan los requisitos sobre sanidad y seguridad que debe cumplir el producto para comercializarse".

D. El principio del control por el Estado de origen

Una de las manifestaciones más interesantes de la regla de reconocimiento mutuo viene constituida por el principio del control por el Estado de origen de la sociedad o entidad vendedora o prestadora de los servicios a los consumidores. En este caso, la protección del consumidor pasa por el aseguramiento de una determinada configuración y solvencia de la sociedad vendedora o prestadora de servicios, encomendando la admisión en el mercado y, por regla general, también la inspección corriente de dichas entidades a las autoridades del Estado miembro de origen, siempre que no sea precisa una actuación urgente de las autoridades del Estado donde se realiza la actividad. El principio del control por el Estado de origen cuadra con la intención de la Comunidad de distribuir entre los Estados miembros las responsabilidades de control de las sociedades que disfrutan de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento secundaria dentro de la Comunidad.

La introducción de la regla del *home country control* se debe a la Directiva 89/646, de 15 de diciembre de 1989, que sentó las bases del mercado único financiero en el sector bancario y marcó una pauta que después ha sido seguida en materia de seguros y de empresas de inversiones. Esta Directiva establece la regla de "licencia única", que significa que una entidad que recibe la autorización para acceder a la actividad bancaria en un Estado miembro puede operar en toda la Comunidad, sin necesidad de nuevas autorizaciones en los demás Estados. Esta ausencia de autorización previa tiene como contrapartida la armonización de las condiciones mínimas de supervisión y funcionamiento de las entidades. En consecuencia,

como afirma M. Gardeñes ²⁰¹, se instaura un auténtico reconocimiento mutuo de autorizaciones, que se extiende tanto a la creación de sucursales como a la prestación de servicios sin sucursal, puesto que el Estado de acogida ya no puede exigir una autorización previa para la instalación de sucursales, o la prestación de servicios sin sucursal, por parte de entidades de crédito domiciliadas en otros Estados miembros (arts. 6, 19 y 20). La responsabilidad principal de control de la actividad de las entidades corresponde al Estado de origen, aunque también se reconoce una competencia complementaria de la autoridad del país de acogida (art. 13).

El modelo de la segunda Directiva bancaria ha sido seguido para la implantación del mercado único en los demás sectores de los servicios financieros. En materia de seguros el principio de licencia única ha sido introducido mediante dos textos: la Directiva 92/49 de 18 de junio de 1992, relativa al seguro directo distinto del seguro de vida, y la Directiva 92/96 de 10 de noviembre de 1992, sobre el seguro directo de vida, incorporadas al Derecho español por la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de ordenación y supervisión de los seguros privados. La licencia única se extiende a la creación de sucursales y a la prestación de servicios sin establecimiento y, al igual que en materia bancaria, se encomienda la responsabilidad de autorizar tales actividades a la autoridad de origen, es decir, a la del Estado de la sede de la entidad, con el correlativo deber de información a las autoridades del Estado de acogida.

Igualmente, la Directiva 93/22 de 10 de mayo de 1993²⁰², relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, introduce el principio de licencia única en este campo. La Directiva se aplica a las empresas que, con carácter profesional o habitual, se dedican a prestar servicios de intermediación y gestión de diversos instrumentos (valores negociables, instrumentos del mercado monetario, futuros, swaps, etc). Su autorización

²⁰¹ M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, op. cit., pág. 271 y ss.

²⁰² DOCE L 141 de 11 de junio de 1993.

corresponde al país de origen, extendiéndose la licencia única a la apertura de sucursales y a la prestación de servicios en otros Estados. Por su parte, la Directiva 89/552, de 3 de octubre de 1989²⁰³, relativa a las actividades de radiodifusión televisiva, introducida en Derecho español por ley 25/1994, de 12 de julio, es uno de los textos del Derecho derivado donde se plasma con más claridad el principio de control por el país de origen: para lograr la libre circulación de emisiones de televisión por todo el territorio comunitario, dispone que será suficiente que las entidades de radiodifusión se sometan a la ley de su Estado de origen²⁰⁴. No obstante, el considerando 17 de esta Directiva indica que, al limitarse a una regulación que tiende específicamente a la radiodifusión televisiva, se entiende sin perjuicio de los actos comunitarios de armonización vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos *a la defensa de los consumidores*, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la competencia. En conformidad con esta idea, la sentencia del TJCE de 9 de julio de 1997²⁰⁵ ha señalado que la Directiva "no tiene por efecto excluir completa y automáticamente la aplicación de normas diferentes de las que regulan específicamente la difusión y la distribución de los programas. Así pues, la Directiva no se opone, en principio, a la aplicación de una normativa nacional que, de forma general, persiga un objetivo de protección de los consumidores, sin establecer por ello un control secundario de las emisiones de radiodifusión televisiva que se añada al que el Estado miembro tiene la obligación de efectuar"²⁰⁶.

²⁰³ DOCE L 298, de 17 de octubre de 1989.

²⁰⁴ Según su exposición de motivos "es necesario y suficiente que todas las emisiones sean conformes a la legislación del Estado miembro de que emanen". Dicho principio queda consagrado en el art. 2 según el cual "Cada Estado miembro velará para que todas las emisiones de radiodifusión televisiva transmitidas por organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia (...) se ajusten al Derecho aplicable a las emisiones destinadas al público en ese Estado miembro.

²⁰⁵ As. acumulados C-34-95, C-35/95 y C-36/95.

²⁰⁶ Puntos 33 y 34 de la sentencia. En el punto 37 el TJCE explica que "la Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que establece, en particular, en el apartado 1 de su art. 4 que los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para controlar la publicidad engañosa en interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general, correría el riesgo el riesgo de quedar vacía de contenido en el ámbito de la publicidad televisada si se privara al Estado miembro de recepción de cualquier posibilidad de adoptar medidas contra un anunciante y ello

se opondría a la voluntad expresada por el legislador comunitario".

El control por el Estado de origen es también el principio seguido por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior²⁰⁷. La Directiva tiene por objeto garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, y especialmente, la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros. Como declara su exposición de motivos, con el fin de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios y sus destinatarios, estos servicios electrónicos deben estar sujetos únicamente al régimen jurídico del Estado miembro en el que está establecido el prestador de servicios, siendo únicamente admisibles ciertos controles en el Estado de destino de la actividad.

3. La determinación del Estado de origen

Una de las funciones de la referencia al ordenamiento de origen en el contexto del mercado interior es la de repartir las responsabilidades de regulación de la fabricación y comercialización de productos y servicios, a través de la designación del ordenamiento al que corresponde la fijación de las condiciones necesarias para su puesta en el mercado, ordenamiento que, en principio, y con las salvedades que el propio Derecho comunitario prevé, es el del país de origen. Por ello, cabe afirmar que la regla del reconocimiento mutuo no impone obligaciones únicamente a las autoridades del Estado receptor de mercancías o servicios, sino también, y muy especialmente, al Estado de origen de los mismos, puesto que es el Estado de origen quien tiene la responsabilidad de asegurarse de que las mercancías y servicios que se produzcan en su territorio estén en condiciones adecuadas, por lo que le corresponderá regular sus condiciones de puesta en el mercado, cometido que deberá realizar no únicamente en su propio interés, sino también en el de los demás Estados miembros, por

²⁰⁷ DOCE C 30/1999, presentada por la Comisión el 23 de diciembre de 1998.

lo que asume una importante función de salvaguardia del interés general²⁰⁸. Ante esta importante misión, resulta de especial interés conocer cuál es el Estado al que corresponde ese cometido, es decir, determinar qué Estado ha de considerarse como origen de la mercancía o del servicio. Sólo de este modo podrán valorarse con eficacia las situaciones de fraude, esto es, los casos en que se produce la utilización de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación con la finalidad de eludir el cumplimiento de determinadas legislaciones nacionales.

A. Origen de las mercancías

El Derecho comunitario no se ha ocupado de definir el origen a los efectos que ahora interesan, por lo que dicha regulación ha de extraerse de la jurisprudencia del TJCE y de otros textos. En relación con la libertad de circulación de mercancías, el país de origen será el Estado miembro de la Comunidad donde se halla producido la primera comercialización, es decir, donde la mercancía quedó introducida en el tráfico²⁰⁹. Cuando el producto tiene un origen extranjero, es preciso, no obstante, determinar el Estado miembro cuya normativa debe ser cumplida para que pueda circular libremente por la Comunidad. A estos efectos no resulta difícil invocar, con valor analógico, las soluciones que proporciona el Reglamento 339/93 de 8 de febrero de 1993, por el que se establece un sistema de control de la conformidad de los productos importados de países terceros con las normas de seguridad aplicables²¹⁰. La

²⁰⁸ Esta obligación encontraría un doble fundamento: en primer lugar, el deber general de lealtad comunitaria impuesto a los Estados por el art. 5 TCE (nuevo art. 10), en cuya virtud deben llevar a cabo cuantas medidas sean necesarias para facilitar la realización de los objetivos del Tratado y, al mismo tiempo, abstenerse de cualquier comportamiento que pueda poner en peligro tales objetivos. En segundo lugar, debe constatarse que, desde mediados de los años ochenta, el desarrollo del programa legislativo para la implantación del mercado interior ha tenido como resultado una acentuación del rol del Estado de origen como garante del interés general, porque la legislación armonizada suele confiarle, en mayor o menor medida, la responsabilidad de regulación y supervisión de los productos y servicios.

²⁰⁹ Señalando el criterio, *vid.* sentencia TJCE de 22 de junio de 1982, As. 220/81, Rec. pág. 2349, apartado 12.

²¹⁰ *Vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*, págs. 204 y ss.

responsabilidad reguladora y supervisora de los productos procedentes de países terceros recae en el Estado en que se despachan a libre práctica que, por ello, deviene el Estado de origen a los efectos del comercio intracomunitario. Es a este Estado al que corresponde aplicar su legislación relativa a la protección de los consumidores en el momento de la comercialización de los productos. En el caso de los productos que han sido elaborados en varios países de la Comunidad, y ante el escaso sentido que tendría aplicar el criterio de la última transformación sustancial previsto en la legislación aduanera²¹¹, deberá considerarse que el Estado de origen es aquél en que finaliza el proceso de fabricación, puesto que es el más próximo al proceso productivo, lo que le permite regularlo y supervisarlo adecuadamente, no únicamente en su propio interés, sino también en el de los demás Estados miembros²¹².

B. Origen de los servicios

Para la determinación del Estado de origen en el comercio intracomunitario de servicios se propone partir del art. art. 49 TCE (antiguo art. 59), que otorga el beneficio de la libre prestación a "...los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación". Para localizar la sede del servicio se parte de un criterio personalista, centrado en la persona del prestador, acumulándose las exigencias de nacionalidad de un Estado miembro y de residencia en la Comunidad. El Estado de origen será el de establecimiento del proveedor del servicio, siempre que se trate de un nacional de la Comunidad, siguiéndose, por tanto, el criterio de la persona del proveedor y, sobre todo, del entorno jurídico y económico en el que desarrolla su actividad.

²¹¹ Art. 24 del Código Aduanero Comunitario aprobado por Reglamento nº 2913/92 de 12 de octubre de 1992. *DOCE* L 302 de 9 de octubre de 1992.

²¹² M. GARDEÑES SANTIAGO: "La aplicación de la regla...", *cit.*, pág. 205.

La aplicación de este criterio a las personas jurídicas presenta mayor dificultad, sobre todo a la vista de los arts. 48 y 55 TCE (ex arts. 58 y 66). El principio del que debe partirse es que, en virtud de los artículos citados, las sociedades se asimilan a las personas físicas en lo que respecta al goce de los derechos de establecimiento y libre prestación de servicios, requiriéndose únicamente que se trate de una entidad con ánimo de lucro y que la sociedad, además de estar constituida conforme a la legislación de un Estado miembro, tenga en la Comunidad su sede social, administración central o centro de actividad principal²¹³. La generosidad del criterio, que permite a una sociedad gozar de los beneficios de la libre circulación con la mera constitución conforme a la ley de un Estado miembro y con la simple instalación de la sede social, sin exigir una presencia económica real y efectiva en la comunidad, ha sido corregida a través de los Programas Generales para la abolición de restricciones a la libertad de establecimiento y prestación de servicios, de 18 de diciembre de 1961²¹⁴, que han paliado esta situación al exigir que, para gozar de estos derechos, las sociedades deban tener un vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro. Se limitaba así la posibilidad de una penetración en la Comunidad de empresas establecidas realmente en países terceros.

Sin embargo, esta regulación comunitaria, aunque sirve para determinar cuándo una sociedad disfrutará de la libertad de prestación de servicios y de la libertad de establecimiento, no logra precisar cuál ha de ser considerado como el país de origen, a los efectos de que ahora tratamos. Dicha labor ha sido obra tanto de la jurisprudencia como de los textos del Derecho comunitario. Por parte de la jurisprudencia es preciso mencionar la sentencia dictada por el TJCE en el segundo asunto *Factortame*²¹⁵. En el caso se discutía la licitud de las condiciones que imponía la legislación británica para la matriculación e inscripción en sus registros

²¹³ La domiciliación comunitaria es requerida por la sentencia TJCE de 25 de julio de 1991, As. C-76/90: "*Säger*", Rec. 1991-I, pág. 4221, apartado 12.

²¹⁴ *DOCE* C 2, de 15 de enero de 1962.

²¹⁵ *Vid.* sentencia de 25 de julio de 1991, As. C-221/89.

nacionales de barcos de pesca. El TJCE afirma que "el concepto de establecimiento... implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente...", de lo que deduce que la simple matriculación de un buque no implica necesariamente establecimiento, cuando el buque no se explota en ese Estado ni sus actividades se dirigen desde el mismo²¹⁶.

La atribución de origen teniendo en cuenta el lugar real de las actividades de la sociedad es, por otra parte, la solución seguida por un importante grupo de textos comunitarios de Derecho derivado, de donde no sería difícil extraer un principio general en el sentido de *establecer el origen de un servicio en el país en el que la sociedad que lo presta tiene el centro principal de sus actividades*. Esta solución es la seguida por la propuesta de Directiva comunitaria en el ámbito del comercio electrónico, así como por las Directivas comunitarias que regulan las actividades en los sectores bancario y de seguros. En la primera de ellas, el considerando noveno de la exposición de motivos, afirma que "cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio de Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio o allí donde se puede acceder al sitio; que, en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, *el Estado miembro competente es aquel en el que dicho prestador tenga el centro de sus actividades*; que, en caso de especial dificultad para determinar en qué Estado miembro está establecido el prestador de servicios deben haberse previstos mecanismos de cooperación entre Estados miembros y que deberá poderse convocar con carácter de urgencia al Comité consultivo para examinar dichas dificultades.

Esta misma cautela aparece recogida en la Directiva 95/26, de 29 de junio de 1995, por

²¹⁶ Apartados 21, 34 a 36. Por tanto, consideró que las autoridades británicas podían legítimamente exigir, como condición previa a la inscripción en sus registros, lo que comportaba el otorgamiento de nacionalidad a los buques, que existiera una presencia económica real, esto es que el buque se explotara en Gran Bretaña y sus actividades fueran dirigidas desde ese país.

la que se pretende reforzar la supervisión prudencial de las entidades financieras, texto que ordena a los Estados miembros no conceder autorización a dichas entidades cuando se compruebe que éstas han optado por el sistema jurídico de un Estado miembro con el propósito de eludir las normas más estrictas en el Estado miembro en el que realicen o pretendan realizar la mayor parte de sus actividades. Con ello se pretende evitar que la localización del Estado de origen de las entidades -que determinará decisivamente su régimen jurídico así como la protección dispensada al consumidor- sea ficticia, por no corresponder con el Estado en que se ubica la administración central. Una autorización basada en la existencia de una mera sede social, sin actividad real, no sería suficiente para conferir origen a la entidad y los demás Estados no tendrían por qué reconocer la autorización²¹⁷.

Podrían surgir problemas cuando la empresa tiene más de un establecimiento en la Comunidad. Aunque se trata de una cuestión compleja, que el Tratado no resuelve expresamente, el TJCE habría dado la solución en una reciente sentencia en la que aporta importantes precisiones sobre la determinación del Estado de origen de los servicios²¹⁸: se trata de la decisión de 10 de septiembre de 1996, dictada con ocasión de un recurso por incumplimiento interpuesto contra el Reino Unido por su defectuosa aplicación de la Directiva 89/552, relativa a las actividades de radiodifusión televisiva. El TJCE afirma que el Estado bajo cuya competencia se encuentran los organismos de radiodifusión es aquel en el que se encuentran establecidos y, aunque en el caso concreto se trataba de la determinación del Estado de origen a los efectos de la Directiva 89/552, la solución ofrecida sería válida con carácter general, puesto que el Tribunal basa su razonamiento en la disposición general que es el art. 59 TCE. El Gobierno británico se oponía a este criterio por entender que conllevaba numerosas dificultades prácticas y, en particular, la de determinar el Estado de origen cuando la empresa tuviera más de un establecimiento en la Comunidad, con el consiguiente riesgo de

²¹⁷ Una crítica de la transposición española de esta Directiva, llevada a cabo por el RD. 692/1996 de 26 de abril, puede verse en M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, op. cit. págs. 273-274.

²¹⁸ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla...*, op. cit. pág. 207.

doble o múltiple regulación. El TJCE, aunque reconoce las dificultades inherentes al criterio del establecimiento, da la razón a la Comisión y se decanta por la competencia del Estado de la administración o centro de actividad principal al escoger "*... el lugar en el que el organismo de radiodifusión tenga el centro de sus actividades, en particular el lugar en el que se adopten las decisiones relativas a la política de programación y al montaje final de los programas difundidos, sin que resulten necesarias disposiciones jurídicas complementarias para evitar el riesgo de doble control*". Frente a otros criterios, el TJCE opta por un criterio que podríamos denominar realista, basado en la sede real o centro de actividades de la empresa. Con este fallo el TJCE confirma la interpretación realista del concepto de establecimiento que inició en la sentencia *Factortame*, colmando así una importante laguna del Tratado. En consecuencia, de la interpretación combinada de estos fallos puede deducirse que, *para la existencia de establecimiento, se requiere el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente y, caso de que exista más de un establecimiento en la Comunidad, el Estado de origen de la empresa será aquel en que radique el principal centro de actividad*. Para la solución de las dificultades prácticas que la determinación del establecimiento plantea, el TJCE exhorta a los Estados miembros a cooperar con la Comisión y entre sí. La jurisprudencia posterior del TJCE ha confirmado esta posición²¹⁹.

La atribución de las competencias de control a las autoridades del Estado de origen no supone excluir cualquier tipo de verificación por parte de las autoridades de destino de la actividad. En este sentido, las directivas que hemos citado atribuyen algunas facultades de control también al Estado de destino²²⁰. Estas excepciones a la aplicación de la ley del Estado de origen pueden ser consideradas, hablando en términos de DIPr, como precisiones del

²¹⁹ En este sentido, es preciso mencionar las sentencias del TJCE de 5 de junio de 1997, de 29 de mayo de 1997 y de 9 de julio de 1997. No obstante, sobre la posibilidad de hallar diversos lugares de origen, por ejemplo, en la directiva relativa a la televisión sin fronteras, *vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 21.

²²⁰ Estas actividades, sin embargo, tienen más bien un carácter accesorio o auxiliar, extendiéndose también a la adopción de medidas cautelares.

ámbito material que los Estados disponen para actuar la reserva de orden público²²¹.

4. La noción de fraude como límite al reconocimiento mutuo

La precisión material del origen conlleva la posibilidad de sancionar las situaciones fraudulentas, lo que constituye un límite a la regla del reconocimiento mutuo. Cuando el único propósito del establecimiento en otro país ha sido el de eludir la aplicación de la ley del Estado en el que tiene lugar la principal actividad, la sanción del fraude supone la aplicación completa de la legislación que se ha tratado de eludir. Esta limitación a la aplicabilidad del reconocimiento mutuo es totalmente lógica y necesaria para que éste pueda funcionar, puesto que debe tenerse en cuenta que se fundamenta en la confianza y lealtad entre los Estados miembros, confianza que no podría mantenerse si el reconocimiento mutuo pudiera emplearse para encubrir maniobras fraudulentas. El caso paradigmático de situación fraudulenta en el ámbito de la prestación de servicios viene representado por la sentencia TJCE de 5 de octubre de 1994²²². Cuando el lugar de establecimiento resulta ficticio en relación con el país al que se dirigen todas las actividades, la inoperatividad de la regla de reconocimiento mutuo conlleva la aplicación en bloque de la ley del Estado de destino, a título de ley del Estado de origen.

Las situaciones fraudulentas no sólo se dan en el ámbito de la libre circulación de servicios, sino que también pueden presentarse en relación con la libre circulación de mercancías. Por ejemplo, en el caso conocido por la sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1986²²³ se debatía sobre la prohibición que existía en Alemania de comercialización de vino de aguja procedente de otros Estados miembros en botellas tradicionales de tipo champaña,

²²¹ J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 21.

²²² As. "TV10".

²²³ As. 179/85, Rec. 3879.

puesto que se entendía que ello era contrario a la protección del consumidor y a la lealtad del comercio. El TJCE valoró que la citada presentación se correspondería con los usos leales y tradicionales de otros Estados, por lo que la medida no estaba justificada. Si, por ejemplo, un productor alemán hiciera embotellar en otro Estado miembro su vino de aguja en esa clase de botellas con la intención de reimportarlo, una vez embotellado, hacia el mercado alemán, la afirmación del fraude conllevaría la inoperatividad de la regla de reconocimiento mutuo.

II. EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN INDIRECTA DE LAS NORMATIVAS ESTATALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. Introducción

A. Planteamiento

Sin perjuicio de su propia competencia, la Comunidad parte del carácter esencialmente nacional del Derecho privado, afirmación que penetra en el obligado respeto de la identidad nacional y cultural (art. 6.3 TUE). Este factor, unido al reconocimiento del principio de subsidiariedad, determinan la coexistencia en la actualidad, junto al Derecho nacional armonizado, de reglas y disposiciones estatales dictadas con la finalidad de proteger a los consumidores. Esta situación ha sido expresamente prevista por el propio TCE en su art. 153, que autoriza a los Estados a mantener y adoptar medidas que mejoren la posición del consumidor. La habilitación no está exenta de límites, que aparecen definidos por la necesaria compatibilidad con el TCE de esas medidas nacionales, existiendo la obligación de notificarlas a la Comisión. La especial posición del Derecho comunitario en torno a la protección de los consumidores, que le hace aparecer al tiempo como impulsor y limitador de medidas en ese sector, resulta como consecuencia del objetivo fundamental perseguido por la Comunidad, esto es, la construcción de un verdadero mercado interior. Este objetivo básico, de un lado, ha impulsado la labor armonizadora de la Comunidad en el ámbito de la protección del consumidor, al objeto de establecer niveles de protección equivalentes en los países que forman parte de la Comunidad, que permitan unificar las condiciones de competencia y de circulación de los bienes en los distintos territorios del mercado. De otro, cuando el proceso armonizador se ha revelado insuficiente, la construcción de estándares uniformes deja paso a un mecanismo de recambio, de carácter judicial, que permite excluir la aplicación de aquellas normas que, en mayor medida, rompen con la uniformidad en las condiciones del mercado y que, por tanto, representan obstáculos serios al comercio intracomunitario. Dado que las acciones comunitarias de armonización de legislaciones han sufrido un importante freno en los últimos tiempos, como consecuencia de la afirmación del principio de subsidiariedad, y de que la armonización difícilmente alcanzará a todos los sectores donde pueda estar en juego la protección del consumidor, hoy presenta gran interés el conocimiento de la pautas seguidas por el TJCE para la valoración de la compatibilidad con el Derecho comunitario de las reglamentaciones nacionales dictadas para la protección de los consumidores al margen del proceso armonizador comunitario, cuestión de la que nos ocuparemos en las líneas que siguen.

La valoración de la legitimidad de la protección suplementaria dispensada por los Estados a los consumidores se muestra distinta, en principio, en dependencia de si dichas desigualdades aparecen o no legitimadas por el propio Derecho comunitario. En efecto, el Derecho comunitario no rechaza la existencia de niveles distintos de protección de los consumidores en los Estados miembros de la UE. Las propias directivas autorizan a veces a los Estados para establecer condiciones de protección de los consumidores más generosas que las existentes en otros Estados²²⁴, circunstancia que ciertamente influye en la valoración sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas dictadas o que puedan dictar los Estados, existiendo una presunción favorable a dicha compatibilidad que procede del propio órgano legislativo de la Comunidad²²⁵. Este juicio de compatibilidad, sin embargo, falta cuando se trata de medidas de protección de los consumidores que no han sido objeto de armonización legislativa. El análisis que acometemos a continuación, cuya impronta material queda del todo clara, no está exento de consecuencias sobre el sistema de DIPr. Cuando un juez deba aplicar las normas de protección de consumidores del Derecho estatal aplicable al contrato, también se verá obligado a verificar si el contenido de dicho Derecho es o no compatible con el TCE.

B. Aspectos generales del proceso de racionalización

La repercusión del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales de los Estados miembros, en los ámbitos que no han sido objeto de armonización, es en la actualidad una de las cuestiones más vivas y discutidas por la doctrina europea. Esta incidencia ha sido descrita de forma afortunada por Micklitz. Como expresa el autor, en virtud de la presión que despliega la integración, el Derecho nacional se ve obligado a explicar porqué se garantizan a los ciudadanos derechos que pueden obstaculizar la realización de las cuatro libertades²²⁶. Al contrario del Derecho privado comunitarizado, es decir, el que ha sido objeto de armonización,

²²⁴ Por ejemplo, el art. 8 de la Directiva de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables en materia de protección de los consumidores en el ámbito amparado por ella.

²²⁵ Respecto a este extremo, a veces puede suscitar problemas la delimitación del ámbito de las medidas de protección nacionales que quedan autorizadas por la correspondiente disposición comunitaria. Por ejemplo, en la sentencia de 18 de mayo de 1993 (asunto C-126/91), el gobierno alemán invocó el art. 7 de la Directiva 84/450 relativa a la prohibición de la publicidad engañosa, habida cuenta que dicho precepto autoriza a los Estados el mantenimiento o la adopción de disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia de los consumidores que la proporcionada por el Derecho comunitario. No obstante, como advirtió el Abogado General Sr. Darmon, el art. 7 de la Directiva, que permite a los Estados miembros adoptar disposiciones destinadas a ofrecer una protección mayor a los consumidores, no les autoriza a adoptar una medida de prohibición de las comparaciones de precios cuando éstos sean auténticos, habida cuenta de la imposibilidad de aplicar a las indicaciones verídicas una Directiva adoptada en materia de publicidad engañosa.

²²⁶ H.W. MICKLITZ: "Perspektiven eines europäischen Privatrechts - ius commune praeter legem?", *ZEUP*, 1998, págs. 257. Sobre la incidencia del Derecho comunitario sobre el Derecho privado de los Estados miembros de la UE, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, págs. 416-417. También *vid.* M. FALLON: "Les conflits de lois...", *cit.*, págs. 59-91.

que encuentra su fundamento en el propio legislador comunitario, el *Derecho privado comunitarizado* cae bajo la presión del Derecho comunitario siendo preciso resolver, en los casos concretos, el conflicto entre el juego de las libertades básicas y los intereses generales de los Estados, lo que ha venido en denominarse "proceso de racionalización"²²⁷. Respecto a nuestro trabajo, algunas regulaciones nacionales sobre protección de los consumidores, en la medida en que generan una protección desmesurada, pueden entrar en conflicto con las libertades comunitarias fundamentales, por lo que se hace preciso valorar, en el caso, si ha de ceder la protección del consumidor en favor de la optimización de la circulación de mercancías y servicios, o si, por el contrario, la exigencia tuitiva impone el reconocimiento de un obstáculo legítimo a la libre circulación intracomunitaria. El resultado de esta valoración es la armonización por vía indirecta, al margen de una actuación del legislador comunitario. Estamos en presencia de una labor quasi-legislativa del TJCE, que marca la pauta para la implantación de un Derecho privado comunitario en el sector de la protección de los consumidores, incluso en los ámbitos que no han sido objeto de armonización. Desde el punto de vista político, la armonización indirecta plantea no pocos interrogantes, al poder suponer una superación, por vía de hecho, de los atascos en el proceso armonizador como consecuencia de la falta de apoyos estatales²²⁸.

Para valorar los términos en que ha de ser entendido el límite comunitario a la protección dispensada por las regulaciones estatales, conviene recordar que la jurisprudencia del TJCE en el ámbito de las libertades comunitarias, y respecto a normas estatales dictadas en ámbitos no armonizados, ha afirmado la incompatibilidad con el Derecho comunitario no sólo de todas las reglamentaciones estatales discriminatorias, sino también de aquéllas que, por sus efectos directos o indirectos, suponen obstáculos al comercio intracomunitario²²⁹. Dichas restricciones al comercio intracomunitario únicamente podrían admitirse, en el sentido establecido por la sentencia denominada *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979²³⁰, "en la medida en que puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer exigencias imperativas relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores". Incluso en presencia de una exigencia imperativa, la autorización de la reglamentación estatal requerirá valorar su adecuación objetiva al fin perseguido así como su proporcionalidad. La

²²⁷ Vid. W. MICKLITZ: "Perspektiven...", *cit.*, págs. 253-276; B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und internationalens Privatrecht", *ZfRV*, 1995, pág. 46.

²²⁸ J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 17.

²²⁹ Según la sentencia del TJCE de 11 de julio de 1974, As. 8/74: "Dassonville", "toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario, debe considerarse como medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas".

²³⁰ As. 120/78: "Rewe-Zentral". También pueden verse las sentencias del TJCE de 17 de marzo de 1983, As. 94/82; de 15 de diciembre de 1982, As. 286/81; de 10 de noviembre de 1982, As. 261/81.

presencia de una exigencia imperativa únicamente justificará una limitación al comercio intracomunitario en la medida necesaria a la satisfacción de esa finalidad. Esta jurisprudencia, como se sabe, ha sido corregida por el TJCE, en relación con las modalidades de venta de los productos, en la sentencia de 24 de noviembre de 1993²³¹. De esta manera el TJCE establece una distinción entre las medidas relativas a las "condiciones de venta" de los productos, tales como la composición, la denominación, el acondicionamiento, etc, y las "modalidades de venta" o circunstancias extrínsecas a los propios productos, donde las restricciones indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados sí sería admisibles²³². El proceso de racionalización a que nos referimos afecta tanto a normas de Derecho público, reguladoras del ejercicio de la actividad, cuanto a normas de Derecho privado²³³. Como consecuencia, la autonomía del Derecho privado de los países miembros de la Comunidad también se ve sacudida de formas diversas por el Derecho comunitario.

Para completar esta breve introducción, conviene tener presente el exacto valor que cabe atribuir a la jurisprudencia del TJCE. La competencia del TJCE para llevar a cabo esta labor de armonización indirecta ha sido expresamente afirmada en la sentencia de 26 de noviembre de 1985²³⁴. Según el Tribunal "cuando una legislación nacional, para satisfacer exigencias imperativas reconocidas por el derecho comunitario, crea obstáculos al principio fundamental de la libre circulación de mercancías, debe respetar los límites determinados por el Derecho comunitario. Corresponde al Tribunal, que es el competente en última instancia para interpretar el Derecho comunitario, y a las jurisdicciones nacionales, que deciden sobre la base de esta interpretación, velar por este respecto. La tesis según la cual correspondería a las autoridades nacionales la apreciación al respecto según la concepción de las relaciones comerciales en el Estado en cuestión supondría negar aquel control y sería por ello contraria a la unidad y a la efectividad del Derecho comunitario y debe ser rechazada". El TJCE no actúa como un verdadero Tribunal Constitucional. Sus decisiones, de carácter interpretativo, sólo resultan extrapolables en la medida en que los hechos sean idénticos, e incluso en este caso

²³¹ As. 267/91 y 286/91: "Keck". Según su parte dispositiva, "procede declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia "Dassonville", siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros".

²³² Una revisión crítica, del todo afortunada, de la sentencia "Keck" puede verse en M. GARDEÑES SANTIAGO: "La aplicación...", *cit.*, págs. 73 y ss. A su juicio, en lugar de realizar una delimitación *rationae materiae*, la solución más apropiada habría sido una precisión del concepto de obstaculización real o potencial del comercio entre Estados miembros, con la consecuencia de que, a falta de una conexión mínima entre la situación y el comercio intracomunitario, el artículo 30 TCE no debiera aplicarse.

²³³ *Vid.* sentencia de 24 de enero de 1991, As. C-339/89, Rec. 1991, I-107. En el caso se trataba de establecer la compatibilidad con los artículos 30 y siguientes del Tratado de una jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad del vendedor que no encontraba paralelismo en los otros países miembros.

²³⁴ As. 182/84.

cabría la posibilidad de una inversión de la jurisprudencia. Realizada la salvedad, ello no impide extraer de las soluciones acogidas por el TJCE pautas de carácter general que puedan ser útiles para examinar si una reglamentación nacional podrá ser considerada como compatible o incompatible con el Derecho comunitario.

2. Límites a la protección de los consumidores derivadas de la libre de circulación de mercancías

La armonización por vía indirecta llevada a cabo por el TJCE ha tenido lugar, en muchas ocasiones, valorando la justificación y legitimidad de las medidas nacionales de protección de los consumidores en relación con la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea. El enjuiciamiento ha supuesto verificar si la protección del consumidor dispensada por la legislación estatal puede constituir una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones. Para realizar esta valoración, el TJCE ha seguido el modelo de análisis propuesto por la sentencia *Cassis de Dijon*, de ahí el interés en clasificar, siguiendo ese mismo esquema, los argumentos utilizados por el TJCE para apreciar la compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas nacionales de protección del consumidor. Con las conclusiones que alcancemos mediante la utilización de esta metodología, intentaremos construir las tendencias materiales que revela este nuevo Derecho europeo de impronta judicial.

El primero de los requisitos que ha de cumplir una medida nacional de protección de los consumidores para poder ser admisible es que no tenga carácter discriminatorio. Aunque no faltan ejemplos de medidas discriminatorias directas en el ámbito de la protección al consumidor²³⁵, las medidas estatales de protección de los consumidores no suelen tener carácter discriminatorio directo. Más difíciles y sutiles son los supuestos de discriminaciones indirectas o encubiertas, en las cuales bajo el formato de una norma de protección al consumidor puede subyacer otra de carácter proteccionista de la industria nacional. Por ejemplo, como señaló la sentencia del TJCE de 13 de marzo de 1984, una reglamentación nacional relativa a la comercialización de un producto que prohíbe la utilización de una determinada forma de presentación (botella de vino *Bocksbeutel*) no escapa a la prohibición establecida por el art. 30 del Tratado si comporta, efectivamente, efectos protectores en provecho de una producción nacional típica y desfavorece, en la misma medida, a diversas

²³⁵ En la sentencia TJCE de 20 de abril de 1983. As. 59/82. Rec. pág. 1217, se valoraba la compatibilidad con el Derecho comunitario de una reglamentación nacional que imponía de hecho un grado de alcohol mínimo sólo para el vermut importado. El Tribunal indicó que "si bien es cierto que especialmente la protección de los consumidores puede justificar obstáculos a la libre circulación de mercancías que resulten de disparidades de las reglamentaciones nacionales en materia de comercialización de los productos, el carácter discriminatorio de una reglamentación nacional excluye sin embargo la aplicación de este criterio que no concierne más que a las disposiciones de las legislaciones que rijan de una manera uniforme la comercialización de los productos nacionales e importados". Igualmente, para la sentencia de 17 de junio de 1981, As. 113/80, Rec. pág. 1265 "constituye una medida de efecto equivalente, en el sentido del art. 30 del Tratado CEE, una reglamentación nacional que exige que todos los "recuerdos" y artículos de bisutería importados de otros Estados miembros lleven una indicación de origen o sean señalados con el término extranjero".

categorías de productos de otros Estados miembros²³⁶. En presencia de una medida de protección de los consumidores que no posea carácter discriminatorio, pero que pueda suponer un obstáculo a la libre circulación de mercancías, su admisibilidad pasa por valorar si verdaderamente responde a una finalidad relacionada con la protección de los consumidores, si la medida es adecuada para dar satisfacción al fin perseguido, y si no existen medios menos restrictivos del tráfico intracomunitario.

A. La protección del consumidor como obstáculo a la libre circulación de mercancías

Un primer grupo de normas de protección de consumidores adopta la forma de *medidas que exigen determinadas características en los productos o en su presentación*. Según una jurisprudencia reiterada, se consideran como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones las normas de protección al consumidor que afecten a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento, etc), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda verse justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías²³⁷. Es preciso, no obstante, que tales productos hayan sido legalmente producidos y comercializados en el país de origen. En la medida en que esas disposiciones obligan al exportador a adaptar el producto al régimen del mercado de exportación, suponen un obstáculo a la libre circulación de mercancías.

La protección del consumidor no solamente tiene lugar a través de mecanismos contractuales, sino que guarda también una estrecha relación con el funcionamiento del mercado. Una de las ramas donde se han hecho presentes situaciones de conflicto entre el Derecho comunitario y los Derechos estatales viene constituida, precisamente, por el *sector de la competencia desleal*. En este sentido, un segundo grupo de decisiones ha tenido por objeto verificar la compatibilidad con el Derecho comunitario de *normas nacionales que prohíben determinadas formas de publicidad o ciertas técnicas de promoción de ventas*,

²³⁶ Vid. sentencia TJCE de 13 de marzo de 1984, As. 16/83, Rec. 1984, pág. 1299.

²³⁷ Además de la sentencia del TJCE 20 de febrero de 1979 ya citada, pueden verse la de 26 de junio de 1980, As. 788/79, Rec. pág. 2071; de 13 de marzo de 1984, As. 16/83, Rec. 1984, pág. 1299; de 19 de febrero de 1981, As. 130/80, Rec. pág. 527; de 9 de febrero de 1999, As. C-383/97: "Van der Laan" (requisito de etiquetado de carne que no sea natural sino salazón); sentencias de 11 de octubre de 1990, As. C-210/89: "Comisión c. Italia" y As. C-196/89: "Enzo Nerpoli", (prohibición de importación bajo la denominación de "queso" de productos que no posean un contenido determinado mínimo de materia grasa); de 17 de marzo de 1983, As. 94/82: "De Kikvorsch", Rec. pág. 947, apartado 10 (prohibición de mencionar la densidad originaria de la cerveza por riesgo de confusión en el consumidor); de 15 de septiembre de 1994, As. C-293/1993: "Houtwipper" (exigencia de nuevo contraste en el país de importación de los objetos de metal preciosos importados de otros Estados miembros); de 26 de noviembre de 1996, As. C-313/1994: "Graffione" (orden conminatoria que prohíbe la utilización de una marca cuyo uso está expresamente prohibido a su titular en el Estado miembro de importación porque allí se ha considerado que dicha marca podría inducir a error a los consumidores).

normalmente en el ámbito de normativas reguladoras de la competencia desleal. Respecto a la valoración de la compatibilidad de estas prohibiciones con el Derecho comunitario, el criterio seguido por el TJCE puede ser observado con claridad en las sentencias de 16 de mayo de 1989²³⁸, de 7 de marzo de 1990²³⁹, de 18 de mayo de 1993²⁴⁰. En el primer caso se enjuiciaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la reglamentación nacional francesa que prohíbe la venta a domicilio de material pedagógico²⁴¹. En el segundo, se trataba de valorar la compatibilidad con los arts. 30 y 36 TCE del Reglamento gran ducal, de 23 de diciembre de 1974, sobre competencia desleal, según el cual las ofertas que conllevan una reducción de los precios no deben ni indicar el período durante el que se mantendrá la oferta ni hacer referencia a los precios anteriores²⁴². Y en el tercero, el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con los artículos 30 y 36 del TCE del art. 6 e) de la ley alemana de competencia desleal, de 7 de julio de 1909²⁴³, que establece la prohibición de la publicidad que utilice la

²³⁸ As. C-382/87: "Buet", Rec. págs. 1235 y ss.

²³⁹ As. C-362/88: "GB-INNO-BM", Rec. I págs. 667 y ss.

²⁴⁰ As. C-126/91: "Yves Rocher GmbH". Rec. I págs. 2361 y ss.

²⁴¹ Como consecuencia de ventas de material de enseñanza llevadas a cabo de este modo, el Sr. Buet fue condenado por el *Tribunal de Grande Instance* de París a una pena privativa de libertad y al pago de una multa, por haber infringido el art. 8 II de la Ley 72/1137. Esta disposición tenía por objeto completar la prohibición de utilizar el sistema de venta a domicilio para la celebración de un contrato de enseñanza, establecida en el art. 13 de la ley nº 71/556 de 12 de julio de 1971, relativa a la constitución y funcionamiento de las entidades privadas dedicadas a la actividad de enseñanza a distancia, así como a la publicidad y a la venta a domicilio que realizan los centros de enseñanza. La razón fue que algunos centros habían intentado burlar la prohibición ofreciendo a domicilio, no la celebración de un contrato de enseñanza, sino la venta de material pedagógico.

²⁴² La cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre la *Confederation du commerce luxembourgeois*, y la sociedad anónima belga GB-INNO-BM, que explota varios supermercados en territorio belga, uno de los cuales se encuentra sito en Arlon, cerca de la frontera belgo-luxemburguesa. Como consecuencia de la distribución de prospectos publicitarios por dicha sociedad, tanto en territorio belga como del Gran Ducado, la CCL entabló demanda en vía sumaria contra esta última ante un Tribunal luxemburgués, que ordenó el cese de la distribución de los prospectos de autos. Tras ser confirmada la resolución del Tribunal d'arrondissement de Luxemburgo por la Cour d'appel, GB-INNO-BM interpuso recurso de casación, alegando que la publicidad recogida en los prospectos se adecuaba a la normativa belga sobre la competencia desleal y que, por consiguiente, la aplicación de las prohibiciones contempladas en la normativa luxemburguesa era contraria al art. 30 TCE.

²⁴³ La regulación en conflicto fue introducida en esta ley, a petición de algunos sectores del comercio al por menor, por la ley de modificación de algunas disposiciones relativas al Derecho económico, al Derecho de los consumidores, al Derecho laboral y al Derecho social de 25 de julio de 1986, con el propósito de proteger a los consumidores y a la competencia de la publicidad que implique comparaciones de precios. Antes de esa reforma, la publicidad por comparación de precios de una misma empresa era lícita siempre y cuando no fuera desleal o apta para inducir al consumidor a error. El litigio surgió por el modo en que Yves Rocher realiza la publicidad de sus productos, que se lleva a cabo de manera uniforme para los distintos Estados miembros, difundiéndose a través de catálogos y prospectos de venta. En el marco de su actividad de venta, Yves Rocher difundió un prospecto donde realizaba una comparación llamativa (en caracteres mayores y de color rojo) con sus precios anteriores, acción que fue denunciada por la *Schutzverband gegen unwesen in der Wirtschaft*. Recurrida la resolución estimatoria del Landgericht de Múnich, el asunto llegó al TS alemán, el cual, por entender que la aplicación del apartado 1 del art. 6 e) de la UWG suscitaba una cuestión de interpretación del Derecho

comparación de los precios cuando esa publicidad sea llamativa. Para el TJCE, "aunque no condicione directamente las importaciones, una legislación que limite o prohíba determinadas formas de publicidad y determinados medios de promoción de ventas puede restringir el volumen de dichos intercambios por afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados. El hecho, para un operador económico, de estar obligado a adoptar sistemas distintos de publicidad o de promoción de ventas en función de los Estados miembros de que se trate, o de tener que abandonar un sistema que considera particularmente eficaz, puede constituir un obstáculo a las importaciones, incluso en el supuesto de que dicha normativa se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los importados"²⁴⁴.

B. Valoración de las exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores y con la lealtad en las transacciones comerciales

Los obstáculos a los intercambios intracomunitarios que resulten de disparidades entre normas nacionales deben aceptarse cuando, entre otras condiciones, estén justificados por exigencias imperativas relacionadas, entre otros aspectos, con la protección de los consumidores²⁴⁵. El examen de la jurisprudencia comunitaria en lo que afecta a la valoración de la exigencia imperativa de protección del consumidor, revela datos más que interesantes para la identificación de principios y valores del Derecho comunitario con miras a la construcción de un sistema comunitario independiente en el sector de la protección al consumidor, que existe hoy en día incluso a pesar de que dichas reglas no hayan recibido respaldo positivo por una concreta norma de Derecho comunitario. La lectura de las decisiones permite observar la existencia de una serie de principios, valores materiales y conceptos que forman parte del Derecho privado europeo de protección al consumidor. En efecto, aunque el parámetro aparece enunciado en términos poco precisos -exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores- el examen de la jurisprudencia del TJCE permite afirmar que la definición de estas exigencias imperativas no queda en las exclusivas manos de la legislación nacional, siendo preciso, por el contrario, que dicha justificación pueda ser compartida o asumida por las valoraciones propias del Derecho comunitario, esto es, desde la perspectiva del Derecho comunitario.

comunitario, suspendió el procedimiento y planteó al TJCE la cuestión prejudicial.

²⁴⁴ En el mismo sentido *vid.* las sentencias de 15 de diciembre de 1982, As. 286/81: "Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV", Rec. pág. 4575 apartado 15; de 16 de mayo de 1989, As. 382/87, Rec. pág. 1235, apartado 7; y de 25 de julio de 1991, As. acumulados C-1/90 y C-176/90: "Aragonesa de electricidad y Publivia SAE", Rec. I-4151, apartado 10 y 11.

²⁴⁵ *Vid.* sentencias de 20 de febrero de 1979, ya citada, apartado 8; de 13 de diciembre de 1990, As. C-238/89: "Pall", Rec. pág. I-4287, apartado 12; de 18 de mayo de 1993, As. C-126/91: "Yves Rocher", Rec. pág. I-2361, apartado 12; y de 6 de julio de 1995, As. C-470/93, "Mars", Rec. pág. I-1923, apartado 15. Como indica L. GONZÁLEZ VAQUE, nadie puede negar al TJCE el mérito de haber elevado el rango del objetivo de protección de los consumidores al nivel de una exigencia imperativa, no prevista en el art. 36 TCE. *Vid.* L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springheide*", *DN*, Abril 1999, pág. 2.

La tendencia a que aludimos aparece con claridad en las decisiones del TJCE que han tenido por objeto valorar la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinadas normativas nacionales que, en aras de la protección del consumidor, prohíben ciertas modalidades de publicidad. Como vamos a ver, de estas decisiones cabe extraer pautas materiales del Derecho privado europeo de protección al consumidor. La primera sería la existencia en el Derecho comunitario de un *principio favorable a la información del consumidor*. Esta pauta material, que vertebra la política comunitaria de protección del consumidor²⁴⁶, lleva al TJCE, en su sentencia de 7 de marzo de 1990, a afirmar la imposibilidad de considerar que una normativa nacional que tiende a limitar a los consumidores el acceso a determinada información pueda estar justificada por exigencias imperativas que obedezcan a la protección de los consumidores²⁴⁷. Este mismo planteamiento es seguido por la sentencia de 18 de mayo de 1993²⁴⁸, donde se discutía la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa alemana que prohíbe la publicidad llamativa por comparación de precios²⁴⁹. A la vista de este objetivo comunitario favorable a la información del consumidor, normalmente han recibido una valoración positiva aquellas *normativas nacionales que obligan a suministrar al consumidor informaciones que pueden ser útiles para que éste adopte su decisión*. Por esta

²⁴⁶ En su sentencia de 7 de marzo de 1990, el TJCE invoca la existencia de un principio de Derecho comunitario, contenido en las sucesivas resoluciones en que se ha plasmado la política de consumidores, que contempla a la *información como una de sus exigencias principales*. Se hace recurso a los distintos programas elaborados por el Consejo, en 1975, 1981 y 1986, en todos los cuales aparece, como uno de sus elementos fundamentales, la necesidad de ofrecer al consumidor una adecuada información. Junto a ello, el TJCE invoca su propia jurisprudencia para poner en evidencia la existencia de un principio comunitario favorable a la información del consumidor. Para una más detenida argumentación sobre la imposibilidad de considerar como protectora del consumidor a una normativa que impide que éste acceda a cierta información, *vid.* las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Lenz. En sus expresivas palabras, "cuando se priva al consumidor de informaciones en aras de protección, debe justificarse dicha prohibición de manera convincente. Y ello porque, en principio, debe suponerse que cualquier información cierta sólo puede ser de utilidad al consumidor". La política de información del consumidor queda comprendida en la realización del postulado de la libertad de elección del consumidor que aparece como prolongación de los objetivos de la política de competencia. *Vid.* N. REICH: *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäischen Union*, Bonn, Friedrich-Wilhelms Universität, 1995, págs. 20 y 28-30..

²⁴⁷ *Vid.* sentencia de 7 de marzo de 1990, ya citada, apartado 11. En la decisión se rechazan los objetivos de protección de consumidores pretendidos por la legislación de Luxemburgo. Según el gobierno de Luxemburgo, el fin perseguido por la prohibición relativa a la validez de la oferta especial no sería otro que evitar un riesgo de confusión entre las ventas especiales y las ventas en rebaja semestrales, limitadas en el tiempo por la legislación luxemburguesa. La prohibición de hacer figurar en la oferta el precio anterior se justificaría por el hecho de que, normalmente, el consumidor no puede controlar la veracidad de un precio anterior de referencia. Por otra parte, el hecho de hacer constar un precio anterior podría ejercer sobre el consumidor una presión psicológica excesiva.

²⁴⁸ As. C-126/91: "Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft", Rec. I-1993, págs. 2361.

²⁴⁹ El gobierno alemán alegó que la prohibición impuesta por el art. 6 e) de la UWG pretendía proteger a los consumidores contra el especial atractivo de la publicidad con comparación de precios, donde resulta fácil engañar al consumidor habida cuenta que, por regla general, no le es posible comprobar la comparación entre los antiguos y los nuevos precios. De igual modo, una publicidad con comparaciones de precios podría sugerir un nivel de precios globalmente ventajoso sin que ello sea correcto para todo el surtido. La protección del consumidor establecida por la ley alemana iría más allá de la protección contra la publicidad engañosa, y penetra en la menor capacidad del consumidor para poder comparar los precios anteriores y posteriores.

misma razón, si la información exigida no resulta útil para este objetivo, dicha restricción ha sido considerada como no relacionada con las exigencias imperativas de protección del consumidor²⁵⁰. Partiendo de la utilidad para el consumidor de una determinada información, las exigencias de este tipo establecidas por los Derechos estatales tienen también ciertos límites. En este sentido, el TJCE ha considerado que no es compatible con el Derecho comunitario una norma estatal que obligue a las empresas a informar al consumidor sobre el nivel de precios de productos análogos. Según el Tribunal un consumidor nacional está en situación para crear por sí mismo la información necesaria para comparar los precios de camiones importados con aquellos que él puede comprar en la red de distribución del fabricante²⁵¹. Resultan así incompatibles con el mercado común las disposiciones nacionales que obligan al importador a la preparación de la información pertinente sobre los niveles de precios, cuyo objetivo es descargar al consumidor de la obligación de tener que construir por él mismo estos precios²⁵².

Una segunda idea que se desprende de la jurisprudencia del TJCE es la pertenencia al acervo comunitario de protección al consumidor del principio de transparencia o *exclusión del mercado de toda información que resulte engañosa o falsa*. Este segundo objetivo se coordina con el anterior al resultar admisibles las medidas nacionales destinadas a prohibir el acceso al mercado, y la publicidad, de informaciones que resulten engañosas. El TJCE tiene establecido que la información al consumidor puede ser limitada cuando existe un *riesgo grave de confusión o puede inducir a error al consumidor*²⁵³. Por esta razón, precisamente, en el caso

²⁵⁰ Ambos supuestos quedan ilustrados por la sentencia de 15 de septiembre de 1994, As. C-293/1993: "Houtwipper". En el caso se discutía sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa holandesa que exige al importador colocar en los objetos de metal precioso un contraste que indique la ley del metal así como una marca con una letra indicativa de la fecha de fabricación. Respecto a la primera obligación, el TJCE señala que dicha exigencia es en principio adecuada para asegurar una protección eficaz de los consumidores y promover la lealtad de las transacciones mercantiles, habida cuenta que al ser el consumidor incapaz de determinar, al tacto o a la vista, el grado exacto de pureza de un objeto de metal precioso, podría, a falta del correspondiente contraste o marca, ser fácilmente inducido al error con ocasión de la compra del tal objeto. Por el contrario, dice el Tribunal, los consumidores, en principio, no tienen ningún interés en conocer la fecha de fabricación de las joyas vendidas en el mercado a precios bajos o medianos, y que se corresponden con artículos de moda. No obstante, el Tribunal emplea aquí argumentos también relacionados con la adecuación objetiva de la medida al fin perseguido cuando afirma que "cuando el contraste o marcado es efectuado por un organismo tercero, la mención del año del contraste puede no dar siempre una información fiable en cuanto al año de fabricación, dado que este puede diferir del año del contraste o marcado sobre todo cuando se trata de bienes importados. Suponiendo incluso que los consumidores o algunos de entre ellos deseen conocer el año de fabricación de los objetos de metal, tal interés no puede justificar un obstáculo tan sensible a la libre circulación de mercancías. Tal interés no puede concernir más que a ciertos artículos, para los cuales puede dejarse al fabricante la carta de satisfacerlo". También *vid.* sentencias TJCE de 22 de junio de 1982, As. 220/81, Rec. pág. 2349; y de 28 de enero de 1986, As. 188/84, apartados 13 a 15.

²⁵¹ Sentencia TJCE de 16 de enero de 1992, As. C-373/90.

²⁵² *Vid.* H. PIPER: "Zu den Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf das deutsche Recht gegen den unlauteren Wettbewerb", *WRP*, 1992, págs. 685 y ss; S. LEIBL: "Kfz-Parallelimporte und deutsches Irreführungsverbot", *WRP*, 1997, 517 y ss.

²⁵³ *Vid.* sentencia TJCE de 17 de marzo de 1983, As. 94/82: "De Kikvorsch", Rec. 1983, pág. 947,

resuelto por la sentencia de 18 de mayo de 1993, el TJCE no descarta, de entrada, la admisibilidad de la regla nacional que prohíbe la publicidad comparativa de carácter llamativo, habida cuenta de que dicho propósito resultaría atendible si estuviera relacionado con la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, objetivo que es propio del Derecho comunitario²⁵⁴. La presencia en el caso enjuiciado de un temor de inducción al error es lo que determina que el Tribunal, al contrario del caso anterior, siguiera valorando el resto de elementos necesarios para justificar la restricción²⁵⁵.

El peligro o riesgo de inducción a error al consumidor ha sido considerado también, de forma autónoma, como exigencia imperativa relacionada con la protección de los consumidores²⁵⁶. No obstante, un riesgo de engaño a los consumidores sólo puede prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías y, por tanto, justificar obstáculos a los intercambios, si es suficientemente grave²⁵⁷. Para dicha valoración, el juez nacional deberá de tener en cuenta todos los elementos pertinentes, incluidas las circunstancias en las que se venden los productos, la información contenida en el embalaje de éstos y la claridad con la que se indica dicha información, la presentación y el contenido de la publicidad y el riesgo de error

apartados 11 y 12, (prohibición de etiquetado que pueda inducir a error al consumidor). Este tipo de protección, dice el Tribunal, "es incluso exigida por el art. 2, párrafo 1, de la Directiva 79/112 del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que afectan al etiquetado y a la presentación de los productos alimenticios destinados al consumidor final así como a la publicidad hecha al respecto".

²⁵⁴ El considerando 15 indica que "por ser la protección de los consumidores contra la publicidad engañosa un objetivo legítimo desde el punto de vista del Derecho comunitario...". Se acoge así, de modo implícito la tesis de Yves Rocher, según la cual "en la medida en que dicha disposición prohíbe las comparaciones de precios verídicos, esta norma no puede proteger al consumidor". Según sostuvo el gobierno francés, para alcanzar el objetivo de la protección del consumidor deberían prohibirse sólo las indicaciones fraudulentas y no todas las comparaciones de precios.

²⁵⁵ Frente a esta opinión, tras constatar que en la venta por correspondencia sobre catálogo el antiguo precio, que figura en un catálogo, es fácilmente verificable, sin que se aprecie ningún peligro de confusión ni engaño, el Abogado General Sr. Darmon concluyó afirmando que la prohibición de este tipo de publicidad mediante comparación de precios, cuando la indicación del nuevo es llamativa, no parece poder justificarse por exigencias imperativas relativas a la protección de los consumidores.

²⁵⁶ Sentencia de 15 de diciembre de 1982. As. 286/81: "Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV", Rec. 1982, pág. 4575. En este caso se discutía sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa holandesa de 1977 que prohíbe ofrecer, a los fines de la promoción de ventas, primas en especie en forma de libros a los compradores de una enciclopedia, y exige, como excepción para esta prohibición, la existencia de una relación de consumo entre la prima en especie y el producto vendido. A juicio del Tribunal, no se puede desconocer que la oferta de primas en especie, como medio de promoción de ventas, puede inducir a error a los consumidores sobre los precios reales de los productos y falsear las condiciones de competencia basada sobre la competitividad, por lo cual, una legislación que restringe o prohíbe tales prácticas comerciales contribuye a la protección de los consumidores y a la lealtad de las transacciones comerciales.

²⁵⁷ *Vid.* sentencia TJCE de 26 de noviembre de 1996. También *vid.* sentencia TJCE de 2 de febrero de 1994 As. C-315/92: "Verband Sozialer Wettbewerb EV c Clinique laboratoires SNC y Estee Lauder cosmetics GmbH". Rec. I-1994, pág. I. págs. 317; sentencia de 6 de julio de 1995, As. C-470/1993: "Mars GmbH".

en función del grupo de consumidores de que se trate²⁵⁸.

El riesgo de confusión del consumidor no concede, sin embargo, una autorización sin límites para introducir restricciones a la libre circulación de mercancías por razón de la protección de los consumidores. Por una parte, el propio riesgo de inducción a error o de confusión al consumidor es objeto de valoración directa por el TJCE, lo que ha determinado en varias ocasiones, de por sí, la declaración de ilegitimidad de la medida nacional al no considerarse que la medida nacional tenga verdaderamente esa finalidad²⁵⁹. Por otra, cuando el motivo de protección de los consumidores ha sido acogido, otras razones han conducido al Tribunal a estimar la medida como no admisible. Esto ha quedado evidenciado en varias sentencias del TJCE donde ha sido valorada la compatibilidad con el Derecho comunitario de reglas estatales que prohíben la utilización de una determinada forma de presentación, o de una concreta denominación, en atención al riesgo de confusión o error que ello entrañaría para el consumidor sobre las características o procedencia del producto. A pesar de ser consideradas como protectoras del consumidor, las medidas no han sido toleradas en cuanto no resultaban compatibles con el *principio de respeto mutuo de los usos leal y tradicionalmente practicados en los diferentes Estados*. A falta de reglamentación común, el TJCE ha admitido que una reglamentación nacional podría prohibir válidamente, para defender una denominación indirecta de origen geográfico con un criterio de protección del consumidor, la comercialización de los vinos importados en un cierto tipo de botella²⁶⁰, o una que establece

²⁵⁸ Vid. sentencia TJCE 26 de noviembre de 1996.

²⁵⁹ La situación queda ilustrada, por ejemplo, con la sentencia de 2 de febrero de 1994, ya citada, donde se discutía si la utilización del término *clinique* por un producto cosmético podría inducir a error al consumidor sobre las características del producto al atribuirle un efecto del que carece, lo que sería contrario al art. 27 de la ley alemana sobre alimentos y artículos de primera necesidad, de 15 de agosto de 1974. La posibilidad de inducción a error fue expresamente descartada, utilizando el TJCE para ello un parámetro que, por comunitario, no puede dejar de reputarse como de lógico y razonable. A la vista de las circunstancias el Tribunal consideró que "la connotación hospitalaria o médica del término *clínico* no basta para dar a esta apelación un efecto equívoco susceptible de justificar su prohibición para los productos comercializados en las condiciones que acaban de enumerarse". Vid. también la sentencia TJCE de 6 de julio de 1995, ya citada (un producto cuyo embalaje lleva la mención + 10% no es susceptible de llevar al consumidor a pensar que el precio de la mercancía propuesta es el mismo que aquél a que se la vendía hasta entonces en su antigua presentación o de dar la impresión al consumidor de que el volumen o el peso del producto han sido aumentados de manera considerable). Y la sentencia TJCE de 17 de marzo de 1983 (ninguna consideración relacionada con la protección del consumidor nacional milita en favor de una regla que impide a éste tener conocimiento de una cerveza elaborada según una tradición diferente de otro Estado miembro y cuya etiqueta muestra claramente una procedencia exterior a esa parte de la Comunidad).

²⁶⁰ Vid. sentencia del TJCE de 13 de marzo de 1984. As. 16/83. Rec. 1984, pág. 1299 (prohibición de comercialización en botella *Bocksbeutel* de caldos no bávaros); sentencia de 4 de diciembre de 1986. As. 179/85: "Comisión c Alemania". Rec. 1986, 11, pág 3879 (prohibición de comercializar bebidas como el *pitillante de recisius* en botellas tradicionales *champenoises* dotadas de su clásico sistema de cierre). Según el Tribunal "no podría contestarse la justificación de medidas legislativas o reglamentarias nacionales destinadas a evitar la confusión a los ojos del consumidor entre vinos y productos originales y calidades diferentes, finalidad que es particularmente respetable en un campo en que las tradiciones y las especificidades juegan un papel importante".

reglas que someten el derecho a usar ciertas denominaciones tradicionales al respeto de un grado mínimo de contenido en alcohol²⁶¹. Sin embargo, afirma el Tribunal "hay que destacar que, en un régimen de mercado común, la defensa de los consumidores y la lealtad de las transacciones comerciales (...) deben ser aseguradas con respeto mutuo de los usos leal y tradicionalmente practicados en los diferentes Estados miembros"²⁶². Resulta del mayor interés el hecho de que se trata de normas de protección de los consumidores que se fundamentan en la existencia de una costumbre adquirida por la población de un país en torno a las características, denominación o modo de presentación de un concreto producto. La protección radicaría en que el consumidor, acostumbrado a relacionar una denominación con unas características determinadas, o una presentación con un producto determinado, podría incurrir en error si dicha denominación o presentación son utilizadas en un modo distinto del habitual. El Tribunal pondera la exigencia de protección de consumidores con el funcionamiento del mercado interior y hace ceder a la primera en la medida en que pueda obstaculizar la consecución del segundo, solución que resulta del todo razonable. En efecto, tales normativas tienden a congelar los hábitos de consumo para mantener la ventaja adquirida por las industrias nacionales. De ese modo, no sólo privan arbitrariamente a los consumidores de la posibilidad de descubrir las especialidades y productos tradicionales procedentes de otros Estados miembros cuya composición no se ajusta a la establecida por la legislación del Estado miembro de importación, sino que, además, impiden la interpenetración de los mercados en perjuicio tanto de los agentes económicos como de los consumidores²⁶³. Sin perjuicio del análisis de proporcionalidad, cuando no está en juego el principio de respeto mutuo descrito, el Tribunal no ha tenido problema para estimar fundada en exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores a una medida nacional que reserva una denominación de venta a los productos que cumplan determinados requisitos²⁶⁴.

²⁶¹ *Vid.* sentencia de 26 de noviembre de 1985.

²⁶² El Tribunal considera como medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa la aplicación, por un Estado miembro, a la importación de los vinos originarios de otros Estados miembros, de una reglamentación nacional que reserva la utilización de una forma determinada de botella a ciertos productos nacionales cuando la utilización de esta forma de botella, o una forma análoga, es conforme a un uso leal y tradicionalmente practicado en el Estado de origen. Y por otra parte, señala que no se puede considerar como una exigencia esencial de la lealtad de las transacciones comerciales el que una reglamentación nacional que fija un grado mínimo de alcohol para una bebida tradicional sea respetada por los productos del mismo tipo importados de otros Estados miembros cuando estos últimos son leal y tradicionalmente fabricados y comercializados bajo la misma denominación en su Estado miembro de origen y este asegura una conveniente información del consumidor.

²⁶³ *Vid.* L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de consumidor...", *cit.*, pág. 10.

²⁶⁴ Como indica la sentencia TJCE de 22 octubre de 1998 en su apartado 21 "por lo que se refiere a la protección de los consumidores el gobierno francés alega que debe reglamentarse la utilización de determinadas denominaciones con el fin de permitir a los consumidores conocer la verdadera naturaleza de los productos y de esta forma garantizarles una protección eficaz. Procede subrayar que es legítimo dar a los consumidores que atribuyen unas particulares cualidades a los productos fabricados a partir de determinadas materias primas, o que tengan un contenido determinado de un ingrediente característico, la posibilidad de tomar su decisión en función del citado criterio".

De la jurisprudencia del TJCE se desprende también la pertenencia al Derecho privado europeo de protección al consumidor del objetivo de *defensa de éste frente a las compras precipitadas*. En su sentencia de 16 de mayo de 1989²⁶⁵, el TJCE no tuvo dudas para acoger, directamente, el objetivo declarado por el gobierno francés que estableció la prohibición de la venta a domicilio con la finalidad de proteger a los consumidores contra el riesgo de compras efectuadas precipitadamente. Como indica el Tribunal, las medidas estatales adicionales de protección del consumidor en este ámbito se encuentran expresamente autorizadas por el propio Derecho comunitario²⁶⁶.

Para declarar la admisibilidad o no de las medidas nacionales por motivo de *exigencias imperativas relacionadas con la lealtad de las transacciones* el TJCE también ha hecho recurso a una concepción objetiva propia del Derecho comunitario, que a veces no coincide con las concepciones de que parten los Derechos nacionales relativos a la defensa de la competencia leal. Por ejemplo, el TJCE ha estimado incompatible con el Derecho comunitario una normativa nacional que prohíbe cualquier tipo de publicidad por comparación de precios²⁶⁷. Al contrario, el TJCE ha señalado que en tanto no se establezca un régimen comunitario que garantice a los consumidores la autenticidad de las denominaciones de origen, los artículos 30 y siguientes no se oponen a que un Estado miembro tome medidas para prevenir las prácticas desleales al respecto²⁶⁸. También tiene declarado el Tribunal que el concepto de lealtad de las transacciones comerciales debe determinarse respetando mutuamente los usos practicados en los Estados miembros. Por consiguiente, cuando impone requisitos para garantizar la lealtad de las transacciones comerciales, un Estado miembro está obligado a tener en cuenta los requisitos exigidos, en este mismo ámbito, por los demás Estados miembros²⁶⁹.

²⁶⁵ As. 382/87: "Buet", Rec. 1989, págs. 1235.

²⁶⁶ Según el Tribunal, "la Directiva 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, a pesar de obligar a los Estados miembros que reconozcan el derecho de dichos consumidores a resolver el contrato de venta, que hubieran celebrado a domicilio, en su art. 8 permite que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aun más favorables para la protección de éstos. En el último considerando de dicha Directiva, el Consejo reconoció expresamente que los Estados miembros podrían mantener o establecer una prohibición, total o parcial, de celebración de contratos fuera de los establecimientos comerciales".

²⁶⁷ Vid. sentencia de 18 de mayo de 1993. Sin mayor explicación, y no parece que sea necesario, el Tribunal afirma que "las comparaciones de precios exactas no pueden falsear en modo alguno las condiciones de competencia. Por el contrario, una normativa que prohíbe tales comparaciones puede restringir la competencia".

²⁶⁸ Sentencia de 16 de mayo de 1979. As. 2/78, Rec. 1980, pág. 1761.

²⁶⁹ Vid. sentencia de 18 de mayo de 1993, apartado 22. También vid. los apartados 54 y 55 de las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon. Según esas conclusiones, "las comparaciones de precios exactas no afectan a las condiciones de la competencia. Por el contrario, éstas pueden resultar perturbadas mediante una ley que pueda prohibir semejantes comparaciones, mientras siguen practicándose en otros Estados miembros". El Tribunal, además, se apega también a la exigencia de la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa para descartar la proporcionalidad de la medida. En concreto, la prohibición de la publicidad comparativa del Derecho alemán excedería de las exigencias requeridas por ese objetivo pues afecta a la

C. Valoración de la adecuación objetiva y de la proporcionalidad de la medida estatal de protección al consumidor

La identificación de una exigencia imperativa no basta para afirmar la compatibilidad de la normativa nacional de protección de los consumidores con el Derecho comunitario. Antes es preciso verificar si las disposiciones nacionales son apropiadas para alcanzar el objetivo de protección perseguido y, en su caso, si no existen medios menos restrictivos del tráfico comunitario que puedan satisfacer aquel objetivo. Respecto a estas valoraciones, el TJCE también ha establecido algunas pautas que conviene poner enseguida de relieve. Por un lado, el análisis de adecuación objetiva no toma como parámetro de comparación el objetivo declarado por la legislación estatal, o explicado por el gobierno, más que cuando coincide con la exigencia imperativa realmente descubierta por el TJCE desde la perspectiva del Derecho comunitario. La distinción adquiere notable interés si se tiene en cuenta que en ciertos casos el TJCE ha acogido como exigencias imperativas justificaciones de contenido diverso a las explicadas por la legislación o gobierno cuya normativa es objeto de valoración²⁷⁰. Por otro, para valorar la adecuación objetiva el Tribunal procede a un análisis de las circunstancias de hecho, con gran apego a una lógica que, desvinculada de formalismos jurídicos, bien puede imputarse a la propia del sentido común²⁷¹.

publicidad que, sin inducir a error, contiene comparaciones de precios realmente practicados, que pueden ser muy útiles para permitir al consumidor efectuar su elección con pleno conocimiento de causa.

²⁷⁰ Esta situación queda ilustrada por la sentencia de 18 de mayo de 1993, citada más arriba. Mientras para el gobierno alemán la exigencia imperativa de protección de los consumidores estaría relacionada con la incapacidad de éstos de poder comparar los precios de los productos, desde la perspectiva del Derecho comunitario el único objetivo legítimo sería, según el TJCE, la defensa del consumidor frente a la publicidad engañosa.

²⁷¹ Según la sentencia de 15 de septiembre de 1994, citada con anterioridad, al ser el consumidor incapaz de determinar, al tacto o a la vista, el grado exacto de pureza de un objeto de metal precioso, podría, a falta del correspondiente contraste o marca, ser fácilmente inducido al error con ocasión de la compra del tal objeto. Por ello, la obligación para el importador de hacer colocar en los objetos de metal precioso un contraste que indica la ley del metal, es decir la cantidad de metal precioso puro utilizado, es en principio adecuada para asegurar una protección eficaz de los consumidores. Según la sentencia de 18 de mayo de 1993, en relación con la prohibición de la publicidad por comparación de precios que sea llamativa, el TJCE consideró que "si el objetivo es evitar el engaño de los consumidores, la prohibición de la publicidad comparativa de carácter llamativo no es adecuada a ese fin, pues no se prohíbe a causa de su supuesta falsedad sino porque es llamativa". En la sentencia de 27 de noviembre de 1990, As. 67/88: "Comisión c Italia", el Tribunal señaló que la obligación establecida por la legislación italiana de añadir aceite de sésamo con finalidad colorante a otros aceites vegetales comestibles no es adecuada para realizar el objetivo de proteger al consumidor contra la mezcla fraudulenta de aceite de oliva con otros aceites. Esta obligación no está generalizada dado que concierne únicamente al aceite destinado a un uso comestible, tal como lo prevé el artículo 13 del Decreto italiano de 18 de diciembre de 1975. De los debates ante el Tribunal resulta, asimismo, que los aceites vegetales no adicionados de aceite de sésamo, pueden ser comercializados sin dificultad en el mercado italiano. Además, tanto en lo que concierne a la producción nacional, como los productos importados no existe un medio de control efectivo para verificar si verdaderamente el aceite de sésamo ha sido añadido, incluso cuando las importaciones provienen de países donde la obligación de añadir aceite de sésamo no ha sido instituida. En estas condiciones es evidente que un productor que tenga la intención de actuar fraudulentamente adquirirá aceites vegetales no adicionados con aceite de sésamo, para mezclarlos

con el aceite de oliva. En consecuencia, al no ser la medida en cuestión adecuada para realizar de manera eficaz el objetivo perseguido, hay que comprobar que no es necesaria para satisfacer las exigencias imperativas de la protección de los consumidores o la lealtad de las transacciones.

Por último, aún es preciso verificar si la medida nacional restrictiva de la libre circulación de mercancías no puede ser sustituida por otra que suponga una restricción menor del comercio intracomunitario²⁷². La jurisprudencia del TJCE deja aquí observar muchos matices, mostrándose muy práctica para valorar si una medida es o no indispensable para lograr su objetivo. Es preciso advertir que se suele tomar en consideración para valorar la proporcionalidad de la medida la relación entre el objetivo perseguido y dicha medida²⁷³. Igualmente, cabe indicar la frecuencia con la que se hace recurso al examen de Derecho comparado de los Estados miembros para valorar si podrían existir otros medios para garantizar la protección del consumidor²⁷⁴.

El análisis de proporcionalidad no se basa sólo y exclusivamente en la comprobación de la existencia de una medida que podría cumplir el objetivo de forma menos restrictiva. A veces, en atención a ciertos condicionantes, el propio Derecho comunitario flexibiliza su parámetro para conceder cierto *margen de apreciación a los Estados* a la hora de establecer el nivel de protección más adecuado por cada país en relación con unas concretas circunstancias económicas o sociales. Esta situación queda ilustrada por la sentencia TJCE de 16 de mayo de 1989, donde se trataba de valorar la proporcionalidad de la medida francesa que prohíbe la venta a domicilio de material pedagógico²⁷⁵, o por la sentencia TJCE de 25 de julio de 1991, donde discutía la compatibilidad con el Derecho comunitario de la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas de alta graduación en determinados lugares²⁷⁶. Este margen de

²⁷² Vid. sentencia de 27 de noviembre de 1990, As. 67/88: "Comisión c Italia. Según el Tribunal "si un Estado miembro dispone de una opción entre diferentes medidas adecuadas para alcanzar la misma finalidad, le corresponde elegir el medio que cause los menos obstáculos a la libertad de los intercambios".

²⁷³ Sentencia de 15 de diciembre de 1982, As. 286/81: "Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV", Rec. pág. 4575.

²⁷⁴ En este sentido, *vid.* el punto 52 de las conclusiones del Abogado General en la sentencia de 18 de mayo de 1993.

²⁷⁵ Ciertamente, como indica el propio TJCE, para prevenir el riesgo de la compra precipitada podría ser suficiente garantizar a los compradores el derecho a resolver el contrato celebrado en su domicilio. Sin embargo, a la vista del análisis de un cúmulo de circunstancias, (*v.gr.* que el usuario potencial sufre normalmente un retraso en su formación, que desea recuperar, lo que determina su mayor vulnerabilidad ante vendedores que aseguran un porvenir profesional; las numerosas denuncias motivadas por abusos en la venta a domicilio de material pedagógico; los efectos perjudiciales que la compra precipitada pueden suponer sobre el consumidor, distintos de la mera pérdida de índole económica), concluyó afirmando la legitimación de un Estado miembro para considerar que conceder a los consumidores el derecho a resolver el contrato no es suficiente para protegerles, y que es necesario prohibir la venta a domicilio, afirmando así la proporcionalidad de la medida y su compatibilidad con el Derecho comunitario.

²⁷⁶ As. acumulados C-1/90 y C-176/90: "Aragonesa de electricidad y Publivia SAE", Rec. 1991, I-4151. Como indica el Tribunal, en el Estado actual del Derecho comunitario, que carece de normas comunes o armonizadas que regulen de manera general la publicidad de bebidas alcohólicas, corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de la salud pública y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Ahora bien, sólo pueden hacerlo dentro de los límites trazados por el Tratado y, en concreto, repitiendo el principio de proporcionalidad. Una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, establece una restricción limitada de la libertad de los intercambios ya que sólo afecta a las bebidas alcohólicas

apreciación cuadra con las afirmaciones que realiza la profesora N. Downes, cuando considera que no sería difícil que cualquier Estado miembro de la Comunidad, afectado de forma grave por prácticas abusivas de venta directa de derechos de utilización de inmuebles a tiempo compartido, pudiera prohibir determinados métodos de comercialización dentro de un concreto mercado estatal²⁷⁷.

En el análisis de la proporcionalidad de la medida también intervienen los parámetros acuñados por el propio Derecho comunitario. Este parámetro comunitario puede hacerse presente en forma de habilitación de medidas protectoras de alcance mayor en un determinado sector en el que ya ha intervenido la armonización. Como indica el Tribunal, la solución alcanzada por la sentencia de 16 de mayo de 1989 resulta conforme con el parámetro comunitario representado, en este caso, por la Directiva 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 comerciales²⁷⁸. Puede decirse que la habilitación genera una presunción favorable a la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas nacionales habilitadas. Esta habilitación genérica, sin embargo, no cierra el paso de forma total a una declaración de incompatibilidad²⁷⁹.

El análisis de proporcionalidad resulta de especial interés en relación con las medidas nacionales que reservan ciertas denominaciones de venta a los productos que posean determinadas características o se elaboren siguiendo determinados métodos. Si bien estas medidas han sido consideradas como basadas en exigencias imperativas relacionadas con la protección al consumidor, al estar dirigidas a la exclusión o evicción de los fraudes, el TJCE ha indicado que "el referido objetivo puede alcanzarse a través de unos medios distintos de la reserva de ciertas denominaciones de venta a aquellos productos que tienen unas cualidades determinadas, que restrinjan en menor medida la comercialización de los productos procedentes de un Estado miembro y que respondan a las normas establecidas por dicho Estado, como los consistentes en la colocación de un etiquetado adecuado o referente a la

de más de 23 grados. En principio, este último criterio no resulta manifiestamente irrazonable para luchar contra el alcoholismo. Por otra parte, la citada medida no incluye ninguna prohibición general de publicidad de estas bebidas y se limita a prohibir ésta en lugares concretos, alguno de los cuales, por ejemplo, las vías públicas y los cines, precisamente son frecuentados por automovilistas y jóvenes, es decir, por dos grupos de población respecto los que la lucha contra el alcoholismo presenta una particular importancia. Por consiguiente no puede reprocharse en ningún caso a la medida que sea desproporcionada en relación con la finalidad que indica perseguir (apartados 17 y 18).

²⁷⁷ N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998, pág. 308.

²⁷⁸ Junto a la obligación de los Estados miembros de reconocer el derecho de los consumidores a resolver el contrato de venta que hubieran celebrado a domicilio, permite en su art. 8 que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables para la protección de éstos. La prohibición total o parcial de la venta a domicilio queda, además, expresamente prevista en el último considerando de la Exposición de Motivos de dicha Directiva.

²⁷⁹ *Vid. infra*.

índole y a las características del producto vendido²⁸⁰. En lo que ahora tiene de interés, el art. 15 de la Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final²⁸¹ indica que "los Estados miembros no podrán prohibir el comercio de los productos alimenticios que se ajusten a la presente Directiva mediante la aplicación de disposiciones nacionales no armonizadas que regulen el etiquetado y la presentación de ciertos productos alimenticios o de los productos alimenticios en general". La aplicación de normas no armonizadas sólo podrá tener lugar por razones de salud pública, de represión del fraude o de protección de la propiedad industrial y comercial, indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y de represión de la competencia desleal. Salvo estas excepciones, el legislador estatal no puede establecer los requisitos que ha de poseer un producto para tener una determinada denominación, siempre que la etiqueta resulte suficientemente precisa de sus características.

3. Límites a la protección de los consumidores derivadas de la libre circulación de servicios

A. Medidas estatales de protección de consumidores consideradas como restricciones a la libre prestación de servicios

Poco después de su consagración en el ámbito de la libre circulación de mercancías, el TJCE reconoció que los obstáculos a la libre prestación de servicios que derivan de medidas nacionales aplicables indistintamente a productos nacionales y extranjeros sólo pueden aceptarse si tales medidas están justificadas por razones imperativas de interés general, si son apropiadas para garantizar la realización del objetivo que se proponen y si no van más allá de lo necesario para su consecución²⁸². Las normativas estatales de protección al consumidor pueden también constituir obstáculos a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad.

²⁸⁰ Sentencia TJCE de 22 de octubre de 1998, As. C- 184/1996. También *vid.* la sentencia TJCE de 12 de marzo de 1987, As. 178/84, Rec. pág. 1227, apartado 35; sentencia de 9 de febrero de 1999, apartado 24; sentencia de 7 de mayo de 1997 (reserva de la denominación "de montaña" para ciertos productos).

²⁸¹ DOCE 1979 L 33, pág. 1; EE 13/09, pág. 162.

²⁸² Sentencia TJCE de 25 de julio de 1991, As. C-288/89, "Collective Antennevoorziening Gouda", Rec pág. I-4007, apartados, 13 a 15. Y mucho antes en la sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1981, As. 279/80: "Webb", Rec. 1981, pág. 3059.

Según el Tribunal, habida cuenta de la particular naturaleza de determinadas prestaciones de servicios, no se pueden considerar incompatibles con el Tratado las exigencias específicas impuestas al prestador que estuviesen motivadas por la aplicación de normas que rijan el acceso a ciertas actividades. La libre prestación de servicios, al ser un principio fundamental del Tratado, únicamente puede quedar restringida mediante normativas justificadas por el interés general y que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado destinatario, en la medida en que dicho interés no se halle salvaguardado por las normas a las que el prestador está sujeto en el Estado miembro donde se encuentra establecido. Además, dichas exigencias deberán ser objetivamente necesarias para garantizar la observancia de las normas profesionales y para asegurar la protección de los intereses que constituyen el objetivo de aquéllas²⁸³.

De diversas decisiones del TJCE se desprende que constituyen obstáculos a la libre prestación de servicios las normas estatales que restringen o prohíben determinado tipo de publicidad televisiva por razón de la protección de los consumidores²⁸⁴, la legislación nacional que prohíbe a toda persona distinta del organismo público autorizado la explotación de máquinas tragaperras, e impide a los operadores de otros Estados miembros, directa o indirectamente, poner ellos mismos máquinas tragaperras a disposición del público para su utilización contra remuneración²⁸⁵, una legislación que prohíba el desarrollo de las loterías

²⁸³ Sentencia TJCE de 4 de diciembre de 1986. As. 220/83: "Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa", Rec. 1986, pág. 3663; de 18 de enero de 1979, As. 110 y 111/78: "van Wesemael", Rec. 1979, pág. 35; de 17 de diciembre de 1981, As. 279/80: "Webb", Rec. 1981, pág. 3059.

²⁸⁴ Sentencia de 26 de abril de 1988. As. 352/85: "Bond van Adverteerders y otros", Rec. pág. 2085. Según el TJCE, "en la medida en que limitan la posibilidad de que los organismos de radiodifusión televisiva establecidos en el Estado de emisión difundan en beneficio de los anunciantes establecidos en el Estado de recepción los mensajes de publicidad televisada destinados, en particular, al público de este último Estado, disposiciones como las controvertidas en los litigios principales constituyen una restricción a la libre prestación de servicios". También *vid.* la sentencia TJCE de 9 de julio de 1997.

²⁸⁵ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, As. C-124/97.

sobre su territorio²⁸⁶, la prohibición de contactar con clientes por vía telefónica (cold calling) para realizar inversiones en los mercados de futuros sin previo consentimiento por escrito del consumidor²⁸⁷, la exigencia a una empresa de seguros ya establecida y autorizada en otro Estado miembro y que desee realizar prestaciones de servicios únicamente en calidad de entidad abridora, de obtener una autorización de las autoridades del Estado destinatario y de poseer allí un establecimiento permanente²⁸⁸.

B. Valoración de las exigencias imperativas

En la valoración de las exigencias imperativas de protección de consumidores el TJCE sigue también en materia de libre prestación de servicios una óptica propiamente comunitaria, admitiendo los objetivos nacionales que podrían ser compartidos desde una perspectiva propia de Derecho comunitario. Este modo de proceder puede observarse en relación con los casos en que el Tribunal ha debido valorar la compatibilidad con el Derecho comunitario de normativas nacionales que limitan o prohíben los juegos de azar²⁸⁹. En el mismo ámbito de

²⁸⁶ Sentencia de 24 de marzo de 1994, As. C-275/1992: "Her Majesty's Customs and Excise Gerhart".

²⁸⁷ Sentencia TJCE de 10 de mayo de 1995. As. C-384/93: "Alpine Investments BV c Minister van Financien", Rec. pág. I-1141. En este caso el objetivo perseguido por la normativa nacional no era, directamente, la protección de los consumidores, sin embargo ese objetivo se consideraba de forma indirecta, dadas las relaciones entre una eventual desprotección de los consumidores con la finalidad del mantenimiento de la reputación del sistema financiero holandés. En el caso se enjuiciaba una restricción a la libre prestación de servicios establecida por la legislación del Estado de origen. En concreto, la prohibición a los intermediarios financieros de contactar con clientes a través de la técnica del cold calling para la negociación de inversiones en el mercado no bursátil de futuros sobre mercancías. El TJCE consideró que "una prohibición como la que se discute en el litigio no constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del art. 59 por el mero hecho de que otros Estados miembros apliquen disposiciones menos rigurosas a los prestadores de servicios similares establecidos en su territorio. No obstante, dicha prohibición priva a los operadores afectados de una técnica rápida y directa de publicidad y de toma de contacto con los clientes potenciales que se encuentran en otros Estados miembros. Por lo tanto, puede constituir una restricción a la libre prestación de los servicios transfronterizos. Por otra parte, el art. 59 prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad en general. En consecuencia, esta disposición no sólo comprende las restricciones establecidas por el Estado de acogida sino también las establecidas por el Estado de origen. Por consiguiente, la prohibición del cold calling no escapa al ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado por el mero hecho de que esté impuesta por el Estado en el que está establecido el prestador de los servicios".

²⁸⁸ Sentencia de 4 de diciembre de 1986, As. 220/83: "Comisión de las Comunidades Europeas c República Francesa", Rec. 1986, pág. 3663.

²⁸⁹ En su sentencia de 24 de marzo de 1994 el TJCE considera que "según las indicaciones del juez que

regulación, el Tribunal ha revelado cierta flexibilidad al otorgar cierto margen de apreciación a los Estados miembros para valorar la existencia de una exigencia imperativa relacionada con la protección de los consumidores²⁹⁰. A veces la protección de los consumidores ha sido estimado como un fin admisible al valorar la compatibilidad con el Derecho comunitario de una medida nacional que tiene por objeto mantener la reputación del sistema financiero del país²⁹¹. La aceptación de los motivos procederá sólo cuando dicha protección no quede ya cumplida por

formula la cuestión prejudicial, la legislación británica, en su redacción anterior a la ley de 1993 que establece la lotería nacional, perseguía los objetivos siguientes: prevenir los delitos y garantizar que los participantes en los juegos de azar serían tratados honestamente, evitar estimular la demanda en el sector de los juegos de azar cuyos excesos tienen consecuencias sociales, perjudiciales; velar porque las loterías no pueden organizarse persiguiendo un provecho personal y comercial sino únicamente para fines caritativos, deportivos o culturales. Estos motivos, que deben considerarse en su conjunto, se vinculan a la protección de los destinatarios del servicio, y más generalmente, de los consumidores así como a la protección del orden social. El Tribunal ha apreciado ya que estos objetivos están entre aquellos que pueden justificar restricciones a la libre prestación de servicios. Habida cuenta de la naturaleza muy particular de las loterías, que ha sido subrayada por numerosos Estados miembros, estos motivos son adecuados para justificar, respecto del art. 59 del Tratado, restricciones que lleguen hasta la prohibición de las loterías en el territorio de un Estado miembro".

²⁹⁰ En la sentencia de 21 de septiembre de 1999, el TJCE ha considerado que cuando entran en juego, entre otras, consideraciones de carácter moral, religioso, cultural, riesgos de delito o fraude, o consecuencias individuales o sociales perjudiciales como consecuencia de la incitación al gasto, las autoridades nacionales han de disponer de cierta facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las particularidades socioculturales de cada Estado miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de loterías y al volumen de las apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan. Ante estas circunstancias, las autoridades nacionales deben apreciar no sólo si es necesario restringir las actividades de las loterías sino también prohibirlas, siempre que dichas restricciones no sean discriminatorias. La legislación controvertida en el procedimiento principal responde al interés en limitar la explotación de la pasión de los seres humanos por el juego, en evitar los riesgos de delito y fraude que entrañan las correspondientes actividades y en autorizar éstas sólo para recaudar fondos destinados a obras de beneficencia o al sostenimiento de proyectos sin ánimo de lucro. Estas razones están relacionadas con la protección de los destinatarios del servicio y, más en general, de los consumidores, así como con la protección del orden social, objetivos que, como ya se declaró, se encuentran entre los que pueden considerarse razones imperiosas de interés general. *Vid.* también la sentencia dictada en el As. "Schindler".

²⁹¹ En su apartado 42 la sentencia de 10 de mayo de 1995 indica que "los mercados financieros desempeñan una función importante en la financiación de los agentes económicos y que, habida cuenta del carácter especulativo y de la complejidad de los contratos de futuros sobre mercancías, su buen funcionamiento depende en gran parte de la confianza que inspiren en los inversores. Esta confianza está especialmente condicionada por la existencia de normativas profesionales destinadas a garantizar la competencia y la lealtad de los intermediarios financieros de quienes dependen particularmente los inversores. Luego, si bien es cierto que la protección de los consumidores en el territorio de los demás Estados miembros no incumbe, en cuanto tal, a las autoridades neerlandesas, no lo es menos que la naturaleza y la amplitud de dicha protección incide directamente en la buena reputación de los servicios financieros neerlandeses. Por lo tanto, el mantenimiento de la buena reputación del sector financiero nacional puede constituir una razón imperativa de interés general que puede justificar determinadas restricciones a la libre prestación de servicios financieros.

la aplicación de la ley del Estado de origen²⁹².

C. Valoración de la adecuación objetiva y de la proporcionalidad de la medida

Conforme a una jurisprudencia reiterada, las exigencias impuestas a los prestadores de servicios deben ser apropiadas para garantizar la realización del objetivo que se proponen y no ir más allá de lo necesario para su consecución²⁹³. Al igual que para la valoración de las exigencias imperativas, en la comprobación de la adecuación objetiva y de la proporcionalidad de la medida el TJCE muestra también cierta flexibilidad, pues en atención a la existencia de circunstancias especiales se permite a los Estados decidir el grado de restricción que cabe establecer a la libre prestación de servicios²⁹⁴. Por lo demás, la adecuación objetiva es analizada teniendo en cuenta datos de razonabilidad conectados con el sentido común, y desvinculados de cualquier tipo de formalismo²⁹⁵. En relación con la proporcionalidad es preciso advertir que el hecho de que un Estado tenga una reglamentación menos rigurosa no

²⁹² Sentencia 4 de diciembre de 1986, As. 205/84: "Comisión c República Federal de Alemania". Según el Tribunal, las exigencias discutidas, a saber, la obligación de obtener autorización en el Estado destinatario y de poseer allí un establecimiento permanente, carecen de justificación respecto a una empresa de seguros, establecida y autorizada en otro Estado miembro y que desee ejercer actividades en calidad de entidad abridora en el marco de la Directiva 78/473 y únicamente en la forma de prestación de servicios.

²⁹³ Vid. sentencia TJCE de 25 de julio de 1991, As. C-288/89: "Colletieve Antennevoorzieningu Gouda y otros", Rec. pág. I-4007, apartado 15.

²⁹⁴ La sentencia TJCE de 21 de septiembre de 1999 considera que "la determinación de la amplitud de la protección que un Estado miembro pretende garantizar en su territorio en materia de loterías y otros juegos de azar forma parte de la facultad de apreciación reconocida por el TJCE a las autoridades nacionales en el apartado 61 de la sentencia Schindler. En efecto, incumbe a éstas apreciar si en el contexto del objetivo perseguido es necesario prohibir total o parcialmente las actividades de dicha naturaleza o solamente restringirlas y prever a estos efectos formas de control más o menos estrictas".

²⁹⁵ En relación con la adecuación objetiva de la medida, la sentencia de 10 de mayo de 1995, en relación con el tema del *cold calling*, indica que el Estado miembro desde el que se efectúa la llamada telefónica está en mejor situación para regular el *cold calling*. Aun cuando el Estado de acogida deseara prohibir el *cold calling* o supeditarlo a determinados requisitos, no puede impedir o controlar las llamadas telefónicas procedentes de otro Estado miembro sin la cooperación de las autoridades competentes de este Estado. Por consiguiente no puede considerarse que la prohibición del *cold calling* por parte del Estado miembro desde el que se realiza la llamada telefónica, con el objeto de proteger la confianza de los inversores en los mercados financieros de dicho Estado, sea inapropiada para conseguir el objetivo de garantizar la reputación de estos últimos (apartados 47 a 49).

determina la falta de proporcionalidad de la medida nacional²⁹⁶. Se puede también tomar en consideración para afirmar la proporcionalidad de la medida el carácter limitado de la restricción²⁹⁷. El criterio de libre apreciación se sigue también, a veces, para la valoración de la proporcionalidad²⁹⁸.

4. El problema de las discriminaciones inversas

El objetivo de muchas de las prohibiciones contenidas en el TCE, sobre todo las que derivan de las libertades de circulación, no es el de remover los obstáculos al comercio en general, sino al *comercio entre Estados miembros*. Por consiguiente, el proceso de armonización indirecta de las normas de protección de los consumidores, en cuanto derivado de la incompatibilidad de una norma estatal con una de las libertades fundamentales, limita su eficacia a las situaciones intracomunitarias, no afectando a las situaciones meramente internas. Esta dinámica puede originar situaciones de *discriminación a la inversa*

²⁹⁶ Sentencia de 10 de mayo de 1995, apartado 51. La sociedad Alpine objetaba que la grabación obligatoria por parte de las empresas de corretaje de sus llamadas telefónicas no solicitadas bastaría para proteger eficazmente a los consumidores. Añade que normas similares han sido adoptadas en el Reino Unido por la *securities and futures authority* (autoridad de control de los valores negociables y de las operaciones de futuros). Según señala la sentencia TJCE de 21 de septiembre de 1999, "el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades nacionales del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que pretenden garantizar".

²⁹⁷ La sentencia de 10 de mayo de 1995 considera que "en cualquier caso la normativa de que se trata tiene un alcance limitado. En primer lugar, sólo prohíbe ponerse en contacto con clientes potenciales por teléfono o en persona sin su previo consentimiento escrito, pero quedan autorizadas las demás técnicas de comunicación directa. Además, esta medida afecta a las relaciones con clientes potenciales, pero no con los clientes existentes, quienes mantienen la posibilidad de dar su consentimiento por escrito a nuevas comunicaciones. Por último, la prohibición de las llamadas telefónicas no solicitadas queda limitada al mercado en el que se ha podido comprobar la existencia de abusos, en el presente caso, el de los contratos de futuros sobre mercancías. a la luz de las anteriores consideraciones, no se aprecia que la prohibición del cold calling sea desproporcionada en relación con el objetivo que persigue".

²⁹⁸ La sentencia TJCE de 21 de septiembre de 1999 indica que "en cuanto a sí, para alcanzar dichos objetivos, en vez de conceder un derecho exclusivo de explotación al organismo público autorizado, sería preferible adoptar una normativa que impusiera a los operadores interesados las prescripciones necesarias, corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciarlo, con la reserva, no obstante, de que dicha elección no sea desproporcionada en relación con el objetivo perseguido".

(*Inländerdiskriminierung*), esto es, en la que se exigen condiciones más rigurosas a los operadores establecidos en el país que a los que ofrecen sus productos o servicios desde otros Estados miembros²⁹⁹.

Antes de abordar la problemática de las discriminaciones inversas conviene precisar cuándo estamos en presencia de una situación intracomunitaria. Tratándose de las disposiciones en materia de establecimiento, servicios y trabajadores, el TJCE siempre ha mantenido que para su aplicación se precisa que en el caso se dé realmente una situación de carácter transfronterizo. En cambio, tratándose de la libre circulación de mercancías, tradicionalmente ha mantenido un criterio distinto, al considerar que el art. 30 TCE tanto se aplica a los obstáculos actuales como a los potenciales, siguiendo por tanto un criterio más generoso para la valoración³⁰⁰. Como consecuencia del ámbito de aplicación natural del Derecho comunitario, que no alcanza a las situaciones meramente internas, los problemas de compatibilidad con la libre circulación de mercancías de algunas normas estatales de protección de los consumidores podrían quedar relacionados no tanto con el contenido material de estas normas, como con la definición de su ámbito de aplicación en el espacio³⁰¹.

La jurisprudencia tradicional sobre el libre tráfico en la Comunidad, y la opinión dominante en torno al concepto de mercado interior, parte de la función internacional de las libertades económicas que establece el Derecho comunitario, que no tienen efectos, en principio, en el ámbito de las relaciones puramente internas. Este principio ha sido afirmado

²⁹⁹ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO: "La aplicación...", *cit.*, págs. 181 y ss.

³⁰⁰ Vid. la sentencia de 7 de mayo de 1997. También *vid.* las observaciones escritas que hace la Comisión en el As. C-373/90. Según la Comisión "aun cuando en el presente caso no parece tratarse de una campaña publicitaria transfronteriza, la denuncia presentada tiene por objeto los vehículos que atraviesan una frontera entre dos Estados miembros. La publicidad difundida por el propietario del garaje de Bergerac constituye la culminación de un circuito comercial que goza de una determinada protección por parte del Derecho comunitario".

³⁰¹ Así, en las sentencias de 14 de julio de 1994 y de 13 de marzo de 1997, el TJCE señaló explícitamente que la incompatibilidad de determinadas normas nacionales con el Derecho comunitario -en ambos casos se trataba de reglas nacionales de fabricación del pan- resultaba de su extensión a los productos importados.

por el TJCE en diversas decisiones, algunas de las cuales afectan al ámbito de la protección de los consumidores de que ahora tratamos³⁰². La solución es justificada por L. Radicati de Brozolo, para quien las discriminaciones inversas no son más que una consecuencia de la aplicación normal de los principios comunitarios y no quedan prohibidas por el Derecho comunitario, sin perjuicio de que en algunos países puedan generar problemas de Derecho constitucional. Esta dinámica haría surgir cierta competencia entre sistemas jurídicos en el ámbito de las reglas de Derecho privado, del mismo modo que se ha producido en el ámbito del Derecho público, lo que conducirá, señala el autor, hacia procesos de armonización espontánea, interviniendo los Estados al objeto de evitar que sus propios nacionales se encuentren en una situación de desventaja frente a los nacionales extranjeros³⁰³.

Esta explicación de la discriminación inversa ha sido severamente criticada por N. Reich. El autor cuestiona que la política de protección del consumidor, estrechamente relacionada con el logro de la transparencia en el mercado, pueda conducir a favorecer sólo y exclusivamente al consumidor en relaciones internacionales, mientras que se ignora a los consumidores nacionales en el propio Estado³⁰⁴. Desde su punto de vista, las razones que han sido esgrimidas para el mantenimiento de estas discriminaciones no resultan admisibles.

Por una parte, frente al carácter funcional de la transferencia de soberanía realizada en favor de la Comunidad, que únicamente legitimaría el establecimiento de limitaciones cuando están en juego las relaciones comerciales intracomunitarias, el autor considera que la creación del mercado interior ha de suponer, por fuerza, la relativización del criterio de la

³⁰² Vid. sentencia del TJCE de 1987, 1272-1276 (Bierurteil). También sentencia de 7 de marzo de 1990, As. C-362/88: "GB-INNO-BM", Rec. I págs. 667 y ss.

³⁰³ En lo que se ha venido en denominar "efecto promocional del Derecho comunitario" que va más allá de la construcción del mercado interior. Vid. J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edic, Madrid, Civitas, 1996, pág. 179. L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, pág. 101.

³⁰⁴ N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, págs. 204-205. Como se cuestiona el autor, ¿cómo se compatibiliza tal privilegio del tráfico internacional con el postulado de la consecución de un desarrollo armónico de la vida económica en la Comunidad según el art. 2 TCE?

internacionalidad como factor de determinación del ámbito de aplicación de las normas. Si bien es cierto que la Comunidad se ocupó, en su desarrollo inicial, de las actividades económicas internacionales, con el objetivo de la apertura de los mercados, la creación del mercado interior no queda hoy definida sólo por el desarrollo de las libertades de circulación, sino que implica también la armonización de los Derechos estatales. Esta nueva dinámica debería relativizar la separación entre disposiciones económicas nacionales generales, que se refieren a supuestos internos, y el Derecho económico comunitario que valdría para los supuestos internacionales. El propio TJCE parece partir de esta relativización al afirmar la incompatibilidad con los artículos 30 y 59 de las medidas no discriminatorias. Por otra, a pesar de que el art. 12 TCE (ex art. 7) no prohíbe las discriminaciones inversas, habida cuenta que la discriminación no se produciría por razón de la nacionalidad, sino por el juego conjunto del Derecho nacional y del Derecho comunitario, la aplicación de reglas distintas a unas y a otras situaciones, en dependencia de su carácter interno o intracomunitario, puede ser considerada como contraria al Derecho de la competencia, y contra los objetivos de la construcción del mercado interior.

Las claves de solución para este problema pueden hoy encontrarse en los propios textos de Derecho comunitario. De un lado, de alguna reglamentación comunitaria dictada para la protección de los consumidores se desprende que su objetivo tuitivo no alcanza sólo a las situaciones intracomunitarias³⁰⁵. Con carácter general, es preciso tener en cuenta la nueva configuración que la protección de los consumidores ha asumido en el TCE, tras la modificación operada por el Tratado de Amsterdam. En efecto, la afirmación por el art. 153 TCE de la protección de los consumidores como una política propia, independiente del resto de las políticas y desvinculada de las libertades, obliga en la actualidad a plantear, como una exigencia de la política social de protección de los consumidores, la extensión de su ámbito de aplicación a las situaciones meramente internas, imponiéndose una interpretación de su ámbito de

³⁰⁵ En el preámbulo a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se afirma: "considerando que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior".

aplicación no por referencia al propio de las libertades, sino a través de la investigación de sus propias finalidades. Esta pauta interpretativa que, en defecto de aclaraciones, parece que puede proyectarse sobre muchos textos comunitarios dictados para proteger al consumidor, permite dar sentido al hecho de que estas directivas hayan sido incorporadas al Derecho interno de cada Estado, sin realizar ningún tipo de diferenciación de regímenes entre las situaciones intracomunitarias y las situaciones internas. Estas conclusiones resultan bastante claras en variados los ámbitos a los que ha alcanzado la armonización comunitaria (*ad. ex. cláusulas abusivas, time sharing, garantías en los bienes de consumo, contratos celebrados a distancia, etc*). Al margen de la política de consumo, en relación con la dinámica propia de la armonización indirecta, que supone el desplazamiento de la norma estatal incompatible con las libertades sólo en las relaciones intracomunitarias, no resulta difícil compartir la opinión de N. Reich en el sentido de que una solución de ese tipo, si bien podía resultar congruente con el mercado común, en absoluto se compadece con las necesidades del mercado interior.

III. RELACIONES ENTRE EL DERECHO NACIONAL ARMONIZADO Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. Delimitación del ámbito de la armonización: consecuencias

Los legisladores estatales suelen aprovechar la oportunidad que brinda la transposición de un directiva comunitaria para realizar reformas legislativas, de más largo alcance, que desbordan el propósito comunitario. A veces el procedimiento consiste en extender las soluciones establecidas por las directivas a supuestos no comprendidos en el ámbito de la armonización. En relación con esta costumbre de los legisladores estatales, la delimitación del ámbito del Derecho armonizado resulta de especial interés desde diversos puntos de vista. En primer lugar, para establecer con claridad el alcance del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho estatal. La normativa estatal que extienda la regulación comunitaria más allá del ámbito material para el que fue concebida no goza de primacía sobre el resto del Derecho estatal ni sobre el Derecho convencional. Este dato resulta relevante, habida cuenta que, de un lado, la legislación estatal dictada al margen de la armonización

podrá ser objeto en cualquier momento de una reforma legislativa. De otro, los convenios internacionales en vigor no quedan desplazados por la legislación estatal que desborda el ámbito de la armonización pretendida por el Derecho comunitario.

Una segunda consecuencia, de especial interés para las soluciones de DIPr, es la necesidad de prestar debida atención a la aplicabilidad preferente que corresponde a las normas convencionales de DIPr respecto de las normas de ese mismo tipo que sean dictadas por cada Estado y que tengan por finalidad incorporar al Derecho estatal los indicadores espaciales de aplicación que poseen las directivas dictadas en el ámbito de la protección de los consumidores. El mandato a los Estados de garantizar la aplicación del estándar comunitario de protección en las situaciones conectadas con el mercado interior sólo alcanza al ámbito material armonizado. En el resto, la norma de DIPr tendrá un rango meramente estatal, por lo que no servirán para desplazar la aplicabilidad de las normas de carácter convencional. Este dato posee también gran interés a la hora de determinar el alcance del efecto indirecto de las directivas, en orden a la interpretación del Derecho nacional. La interpretación del Derecho nacional en conformidad con las directivas resulta obligada cuando se trata de la aplicación del Derecho armonizado. En caso contrario dicha obligación no resulta exigida. En tercer lugar, un aspecto que tiene especial trascendencia es el relativo a la interpretación de uno y otro Derecho, en relación con la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE.

2. Aplicabilidad de las medidas nacionales de protección de los consumidores no previstas por las directivas de armonización

La aplicación del Derecho nacional de protección de los consumidores puede plantear ciertas dudas cuando la normativa de armonización, en un determinado sector, no habilita expresamente a los Estados para establecer medidas de protección de los consumidores que mejoren el nivel previsto. En estos casos, surge la cuestión de saber si las medidas de protección armonizadas agotan o no la protección que cabe dispensar a los consumidores. En efecto, la existencia de armonización podría, por una parte, cerrar el paso a cualquier protección adicional, en la medida en que dicha protección determinara desigualdades

legislativas que motivaran condiciones distintas de competencia en el mercado interior. Por otra, cabría considerar que esas medidas de protección adicionales son permitidas al amparo del art. 153 TCE, siempre que resulten compatibles con el Tratado. El problema radica en saber si la regulación de una concreta directiva, que ha supuesto la armonización de las medidas de protección del consumidor en un concreto sector, puede o no ser completada por normas que puedan dictar los Estados, o si, por el contrario, la existencia de armonización excluye cualquier medida adicional de protección. El TJCE no ha dado una respuesta única a esta cuestión, siendo del mayor interés la identificación de los criterios seguidos.

El problema puede quedar resuelto de forma anticipada por los propios textos de Derecho comunitario cuando declaran expresamente que la armonización llevada a cabo lo es de carácter completo, quedando expresamente excluida cualquier medida adicional³⁰⁶. En otras ocasiones, la habilitación expresa de medidas de estatales diferentes de las previstas en los textos también resuelve el problema, sobre todo cuando tiene un carácter directo y se refiere a una concreta medida, pues en otro caso, como por ejemplo cuando existe una cláusula general de habilitación de condiciones más favorables de protección, puede ser aún necesario un análisis de compatibilidad con el Derecho comunitario de la medida nacional³⁰⁷.

³⁰⁶ Este es el caso de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, presentada por la Comisión el 19 de noviembre de 1998. Según el considerando número 9 del texto, el legislador comunitario explica que "habida cuenta del elevado nivel de protección de los consumidores que establece la presente Directiva, los Estados miembros, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros, no pueden prever otras disposiciones distintas de las establecidas en la presente Directiva para los ámbitos armonizados por ésta". Esta redacción no ha sufrido alteración en la Propuesta modificada de Directiva de 23 de julio de 1999. No obstante, resulta de interés el hecho de que el Parlamento Europeo rechazara la enmienda 57, que pretendía introducir en un apartado 1 bis una disposición que prohibiese a los Estados miembros adoptar otras disposiciones distintas de las establecidas por la Directiva. Según la explicación que fue ofrecida "dado que los Estados miembros no están expresamente habilitados por la Directiva para adoptar o mantener medidas que prevean una mayor protección de los consumidores que las previstas por la Directiva (lo que se denomina cláusula mínima), se deduce que no pueden adoptar otras medidas que las contempladas en la Directiva. Esta precisión ya está prevista en el considerando 9. Por otra parte -se dice- *una disposición de este tipo podría provocar dudas en cuanto al alcance de las otras directivas*".

³⁰⁷ Sobre esta posibilidad, *vid. infra*.

Mayor problemática ofrecen las directivas que no contienen especificaciones relacionadas con la eventual intervención de medidas estatales que mejoren la protección del consumidor. La jurisprudencia del TJCE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este problema en diversas ocasiones. Para valorar la admisibilidad de una medida estatal de protección de los consumidores, el Tribunal suele tener en cuenta el *carácter exhaustivo o parcial de la armonización* llevada a cabo por una directiva de Derecho comunitario en un concreto sector³⁰⁸. Al criterio de la exhaustividad o parcialidad de la regulación comunitaria se une, en ocasiones, un criterio de *eliminación del doble control*. La combinación de uno y otro criterio ha conducido al TJCE a rechazar, por incompatible con el TCE, la aplicación de la normativa sueca que prohíbe la publicidad dirigida a los niños menores de 12 años³⁰⁹. De forma

³⁰⁸ Vid. sentencia de 9 de julio de 1997. As. acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95. Según el apartado 32 de la sentencia, "la Directiva realiza, en lo que atañe a la actividad de radiodifusión y de distribución de los programas de televisión, una coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a la publicidad televisada y al patrocinio, *pero esta coordinación sólo es parcial*. Si bien la Directiva establece que los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en su territorio de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos relativos a la publicidad televisada y al patrocinio, no tiene por efecto excluir completa y automáticamente la aplicación de normas diferentes de las que regulan específicamente la difusión y la distribución de los programas. Por ello, dice el Tribunal, la Directiva no se opone a la aplicación de una normativa nacional que, de forma general, persiga un objetivo de protección de los consumidores, sin establecer por ello un control secundario de las emisiones de radiodifusión televisiva que se añada al que el Estado miembro tiene la obligación de efectuar. También vid. la decisión del TJCE de 28 de enero de 1999, apartado 24; y la sentencia de 26 de noviembre de 1996, citada. Según el Tribunal la Directiva sobre marcas no tiene como finalidad una armonización completa de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas y el art. 12 se limita a enumerar las causas de caducidad de los derechos del titular de una marca. Por otra parte, la Directiva no excluye la aplicación a estas últimas de las disposiciones del Derecho de los Estados miembros ajenas al derecho de marcas, tales como las relativas a la competencia desleal, a la responsabilidad civil o a la protección de los consumidores.

³⁰⁹ Sentencia TJCE de 28 de enero de 1999. La decisión considera que "la directiva comprende, en sus artículos 16 a 22, un conjunto completo de disposiciones específicamente dedicadas a la protección de los menores frente a los programas televisados en general y a la publicidad televisada en particular. El cumplimiento de dichas disposiciones debe estar garantizado por el Estado de emisión. Esta circunstancia no tiene, ciertamente, por efecto prohibir la aplicación de la normativa del Estado de recepción que tenga por objeto general la protección de los consumidores o de los menores, siempre que dicha aplicación no impida la retransmisión propiamente dicha en su territorio de las emisiones de radiodifusión procedentes de otro Estado miembro. Sin embargo, el Estado miembro de recepción ya no está autorizado en ningún caso a aplicar disposiciones que tengan específicamente por objeto controlar el contenido de la publicidad televisada respecto a los menores. En efecto, la aplicación a emisiones procedentes de otros Estados miembros de disposiciones del Estado de recepción que regulan el contenido de las emisiones de radiodifusión televisiva por razones relativas a la protección de los menores frente a la publicidad equivaldría a instaurar un control secundario que se suma al que el Estado miembro de emisión está obligado a efectuar de conformidad con la Directiva. De ello se deduce que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se aplique a las emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros una disposición de una ley nacional de radiodifusión que establece que un espacio publicitario emitido durante el tiempo reservado para la publicidad televisada no debe estar destinada

combinada o aislada, el TJCE también tiene en cuenta a este efecto los objetivos de la correspondiente regulación comunitaria³¹⁰.

Una cuestión que ha suscitado cierta controversia se refiere a las exigencias del etiquetado de los productos en relación con la lengua que haya de ser utilizada³¹¹. La variedad lingüística existente en la UE convierte a esta cuestión en especialmente espinosa, habida cuenta que los productos podrían circular libremente por la Comunidad y ser puestos en mercados cuyos consumidores desconocen la lengua empleada por el etiquetado. Las exigencias de protección del consumidor en relación con la lengua utilizada por el etiquetado de los productos se plasmaron, inicialmente, en el art. 14 de la Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final. Dicho precepto establece que "los Estados miembros prohibirán en su territorio el comercio de los productos alimenticios si las indicaciones previstas en el art. 3 y en el apartado 2 del art. 4 no figuran en una *lengua fácilmente inteligible para los compradores* a no ser que la información del comprador quede asegurada por otros medios. Esta disposición no impedirá que dichas indicaciones figuren en varias lenguas"³¹². El texto resulta especialmente problemático habida cuenta que de su

a captar la atención de los menores de 12 años.

³¹⁰ Según la sentencia de 12 de noviembre de 1998, As. C-102/1996, para interpretar una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. Por consiguiente, de lo dispuesto en la Directiva 64/433 en su versión resultante de la Directiva 91/497, en relación con la directiva 89/662, se desprende que las medidas encaminadas a detectar un fuerte olor sexual de los cerdos machos no castrados han sido objeto de una armonización comunitaria. De los autos se deduce que las autoridades alemanas exigen el marcado especial y el tratamiento térmico. Por consiguiente procede considerar fundado el recurso".

³¹¹ Sobre el tema *vid.* L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de términos y expresiones fácilmente comprensibles", *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 5, págs. 39-43.

³¹² No es ésta, sin embargo, la única regulación comunitaria relativa a la lengua en el etiquetado de los productos. Por ejemplo, la Directiva 69/493/CEE adopta una redacción más restrictiva al exigir el uso de la lengua o lenguas oficiales del país. La compatibilidad de esta exigencia con el Derecho comunitario ha sido valorada por la sentencia TJCE de 9 de agosto de 1994. Según el Tribunal, el hecho, para los consumidores de un Estado miembro en que los productos se comercializan de ser informados en la lengua o lenguas de este Estado constituye un medio de protección adecuado. En fin, parece que la medida elegida por el legislador comunitario para proteger al consumidor no es desproporcionada por relación a la finalidad perseguida. Ningún elemento del

literalidad no se infiere con claridad si el requisito de utilización de una "lengua fácilmente inteligible" es sólo una condición de mínimos, pudiendo establecerse medidas que garanticen mejor la información del consumidor (como el empleo de la lengua oficial del país), o si es una norma que genera una unificación completa, en cuyo caso habría que afirmar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de aquellas medidas nacionales que exigen la utilización de una determinada lengua en el etiquetado para la comercialización de los productos.

Esta cuestión fue decidida por el TJCE en dos importantes sentencias³¹³. Según el Tribunal el art. 14 de la Directiva 79/112, ha de interpretarse en el sentido de que la expresión "lengua fácilmente inteligible", que está destinada a asegurar la información del consumidor y no a imponer el empleo de una lengua específica, no equivale a la expresión "lengua oficial del Estado miembro" ni a la expresión "lengua de la región". El Tribunal de Justicia declaró que "el art. 30 del Tratado CEE y el art. 14 de la Directiva se oponen a que una normativa nacional imponga exclusivamente la utilización de una lengua determinada para el etiquetado de los productos alimenticios, sin tener en cuenta la posibilidad de que se utilice otra lengua fácilmente inteligible para los compradores o de que la información del comprador quede asegurada por otros medios. Al ser más estricta que la obligación de emplear una lengua fácilmente inteligible, la obligación impuesta por un Estado miembro de utilizar la lengua dominante de la región en la que el producto se comercializa, aun cuando no excluya la utilización simultánea de otras lenguas, es incompatible con el art. 14 y no puede ampararse en los artículos 128 y 129 A del Tratado, que no autorizan a un Estado miembro a sustituir la

expediente permite en efecto imaginar una medida diferente que, realizando la misma finalidad, fuera menos restrictiva para los productores. A la vista de estas consideraciones, parece que la exigencia según la cual únicamente pueden ser utilizadas las denominaciones en la lengua o lenguas del país en que la mercancía se comercializa es necesaria para la protección de los consumidores, por lo que el Consejo no habría excedido, por la adopción de las notas explicativas en cuestión, los límites del poder de apreciación que le corresponden en el marco de sus competencias de armonización.

³¹³ Sentencia de 18 de junio de 1991, As. C-369/89: "Piageme I", Rec. pág. I-2971; sentencia de 12 de octubre de 1995, As. C-85/94: "Piageme II", Rec. pág. I-2955.

norma establecida en la directiva por una norma más severa"³¹⁴. La situación creada tras esta decisión del TJCE, que parece haber resultado incómoda en más de un Estado miembro³¹⁵, ha conducido a la derogación del apartado segundo del art. 14 de la Directiva 79/112/CEE y a su sustitución por un nuevo art. 13 bis, alteraciones producidas por la Directiva Directiva 97/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 por la que se modifica la Directiva 79/112/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final³¹⁶. El art. 1 de esta Directiva suprime el párrafo segundo del art. 14 de la Directiva y lo sustituye por el art. 13 bis, que exige, en particular, el etiquetado de los productos alimenticios en una lengua que el consumidor comprenda fácilmente y permite a los Estados miembros, respetando siempre las normas del Tratado, disponer que estas

³¹⁴ También *vid.* sentencia de 14 de julio de 1998 (se considera compatible con el Derecho comunitario la normativa alemana que, tras establecer que las indicaciones deben figurar en alemán, señala que "tales menciones también pueden estar redactadas en otra lengua fácilmente comprensible, cuando ello no menoscabe la información del consumidor"). En la misma sentencia el TJCE declaró que, puesto que el art. 14 de la Directiva 79/112/CEE relativa al etiquetado de los productos alimenticios es informar y proteger a los consumidores, no se alcanzaría dicho objetivo si éstos no pudieran conocer, en todo momento, todas las indicaciones obligatorias prescritas por la citada directiva, no sólo en el momento de la compra, sino también en el momento del consumo. Se rechaza así la posibilidad de garantizar el derecho de información del consumidor mediante un cartel complementario que contenga las indicaciones exigidas en una lengua fácilmente inteligible.

³¹⁵ En el nuestro, precisamente, la sentencia del TC 147/1996 de 19 de septiembre, tuvo oportunidad de pronunciarse en torno a un conflicto de competencia positivo entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre la regulación de la lengua en el etiquetado de los productos. El TC debía decidir sobre el conflicto entre el art. 19 del RD 1122/1988 que dispone que "los datos obligatorios del etiquetado de los productos alimenticios que se comercialicen en España se expresarán necesariamente al menos en la lengua española oficial del Estado, y el art. 1 del Decreto de Cataluña 389/1983, según el cual "los datos obligatorios y facultativos de los productos que se distribuyan en el ámbito territorial de Cataluña figurarán en los idiomas catalán o castellano, o bien en ambos idiomas". En el caso el TC afirmó la prevalencia del título competencial específico de sanidad frente al de defensa del consumidor, correspondiendo así dicha competencia de regulación al Estado. Como resultado de esta sentencia, los productos etiquetados en Cataluña deben siempre serlo en castellano, pudiendo ser utilizado también el catalán, pero no uno y otro idioma de forma alternativa. Ahora bien, la regulación española, al imponer una concreta lengua, se situaría en contradicción con el Derecho comunitario, y con el criterio establecido por el TJCE, cuando la situación pueda ser considerada como intracomunitaria. En concreto, la regulación del Estado no podría oponerse a la comercialización en toda España de productos con etiquetado sólo en catalán, o incluso sólo en francés, cuando estos productos procedan del otro lado de la frontera. Por el contrario, los comerciantes catalanes quedarían sometidos a la regla del etiquetado en castellano, generándose así una situación de discriminación inversa.

³¹⁶ DOCE L 43 de 14 de febrero de 1997, pág. 21. *Vid.* PARDO LEAL: "Nuevas disposiciones comunitarias relativas al etiquetado alimentario: ¿El principio del reconocimiento mutuo en peligro?", *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 8-9/97, pág. 39.

indicaciones de etiquetado figuren al menos en una o varias de las lenguas oficiales de la Comunidad³¹⁷. Tras esta modificación, se deja a los Estados libertad para establecer regulaciones que impongan el uso de una determinada lengua para la comercialización de los productos en su territorio.

3. Compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas estatales de transposición

La legislación nacional dictada al amparo de las Directivas también queda sometida al examen de compatibilidad, tanto con la regulación comunitaria de armonización como con el propio TCE. La existencia de armonización comunitaria en un determinado sector no cierra la necesidad de verificar la compatibilidad de las disposiciones nacionales de protección de los consumidores con el Derecho comunitario. Al contrario del epígrafe anterior, nos referimos ahora a la compatibilidad del Derecho nacional dictado para incorporar al Derecho de los Estados miembros las directivas comunitarias. La base del análisis cambia habida cuenta que la existencia de normativa comunitaria de armonización determina que la compatibilidad haya de ser revisada a la luz de las correspondientes disposiciones comunitarias.

En la valoración de esta compatibilidad resulta de interés mostrar que la existencia de normativa dictada para la transposición de las directivas comunitarias no cierra el paso a la posibilidad de que en un Estado, a la vista de las circunstancias, pueda aún invocar la existencia de una exigencia imperativa relacionada con la protección de los consumidores para prohibir, por ejemplo, la comercialización de un producto que es legalmente fabricado y comercializado en el país de origen de acuerdo con las prescripciones de la normativa comunitaria. En este sentido, el TJCE ha permitido que un Estado prohíba la comercialización de productos cuyo

³¹⁷ Según su tenor "los Estados miembros procurarán prohibir en su territorio el comercio de productos alimenticios para los cuales no figuren las menciones previstas en el artículo 3 y en el apartado 2 del artículo 4 en una lengua que el consumidor comprenda fácilmente, salvo si la información al consumidor estuviera efectivamente garantizada por medio de otras medidas, que se establecerán de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 17, para una o varias menciones de etiquetado. El Estado miembro de comercialización del producto podrá, respetando siempre las normas del Tratado, disponer en su territorio que estas menciones de etiquetado figuren al menos en una o varias lenguas que el Estado determinará entre las lenguas oficiales de la Comunidad".

etiquetado no se corresponda con la regulación obligatoria establecida en el país y dictada con base en la Directiva 79/112, en el caso de que un Estado miembro se haya apartado, en virtud de lo dispuesto en la Directiva, de la regulación uniforme³¹⁸. El análisis no sólo afecta a la valoración de las exigencias imperativas, sino que también puede tener por objeto examinar la proporcionalidad de una medida nacional dictada por un Estado para incorporar una directiva comunitaria a su Ordenamiento. Por ejemplo, el TJCE no ha estimado proporcional una medida austriaca que, a efectos de evitar los riesgos de engaño en relación con los productos cosméticos, sometía a un procedimiento de autorización la utilización de sustancias que no estuvieran contenidas en una lista oficial³¹⁹.

³¹⁸ Sentencia TJCE de 14 de julio de 1994, As. C-17/1993. Como indica el Tribunal, "bajo el imperio de la directiva 79/112, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al etiquetado y a la presentación de los productos alimenticios destinados al consumidor final así como la publicidad que hay sobre los mismos, un Estado miembro que haya hecho obligatoria la mención prevista en el artículo 6, apartado 5 b) segundo inciso, del nombre específico o del número CEE de los ingredientes enumerados en el anexo II de la directiva estaría fundado, invocando la existencia imperativa de la protección de los consumidores, para rechazar la comercialización de un producto proveniente de otro Estado miembro que, habiendo hecho uso de la facultad prevista en el art. 23.1 a) de la misma Directiva, no haya exigido más que la inscripción de la mención del nombre genérico conservante.

³¹⁹ *Vid.* sentencia TJCE de 28 de enero de 1999, As. C-77/97. En la normativa austriaca dictada para la transposición de el apartado 3 del art. 6 de la Directiva 76/768, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, el objetivo perseguido de no atribuir a los productos cosméticos atributos de los que carecen, se pretendió cumplir mediante un sistema basado en dos elementos: por un lado, la confección de una lista taxativa de las sustancias farmacológicamente activas que pueden ser utilizadas, de modo que anticipadamente se sabría si un determinado componente produce o no los efectos que se le atribuyen por la publicidad; por otro, se establecía la posibilidad de que, a través de autorización, pudieran ser comercializados productos que contuvieran sustancias activas distintas de las mencionadas en dicha lista. La cuestión que el Handelsgericht de Viena planteó al TJCE radicaba en dilucidar si las disposiciones del artículo 30 del Tratado, en relación con las de la Directiva, se oponen a la aplicación de una normativa nacional que prohíbe la publicidad de un producto cosmético por no figurar en su composición ninguna de las sustancias catalogadas por dicha normativa como sustancias que permiten conseguir tal resultado y por no haber obtenido el interesado una autorización para utilizar otras sustancias. Tras considerar que las medidas que los Estados miembros deben adoptar para aplicar dicha disposición deben respetar el principio de proporcionalidad, el Tribunal puso de relieve los efectos de la normativa nacional austriaca y, en concreto, la posibilidad de que su aplicación condujera a prohibir una publicidad que no induzca a error a los consumidores. Por otra parte, consideró que la necesidad de obtener una autorización constituye un obstáculo a la libre circulación del producto controvertido, obstáculo que carece de cualquier justificación, dado que otras medidas menos restrictivas de la libre circulación de mercancías podrían también garantizar la protección de los consumidores. El control nacional podría consistir, en particular, en la obligación para el fabricante o el distribuidor del producto de aportar, en caso de duda, la prueba de la exactitud de las indicaciones publicitarias, tal como establece el art. 6 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentaciones y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

4. Algunas pautas para la interpretación del Derecho comunitario de protección de los consumidores desarrolladas por el TJCE

La normativa nacional dictada para la transposición de una Directiva comunitaria queda parcialmente desvinculada del resto del Derecho estatal, en varios sentidos. El TJCE ha tenido oportunidad de indicar que el Derecho nacional armonizado ha de ser interpretado en conformidad con las directivas, a la luz de la literalidad y del objetivo perseguido por el Derecho comunitario³²⁰. En este terreno conviene recordar, y ha quedado patente en las páginas anteriores, que el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de protección de los consumidores pueden responder a filosofías parcialmente diferentes. El Derecho nacional dictado en el marco del proceso de armonización legislativa comunitaria, debe ser interpretado en conformidad con las directivas, y de acuerdo con los objetivos perseguidos por la política comunitaria de protección de los consumidores, debiendo prescindirse, cuando sea necesario, del referente hermenéutico estatal. La autonomía del Derecho comunitario de protección de los consumidores tiene como consecuencia una autonomía en sus métodos de interpretación³²¹. Sin perjuicio de que también se acude a otros criterios de interpretación³²², quizás cabe destacar como criterios del mayor interés en el ámbito de la protección de los consumidores el literal, el teleológico así como el criterio favorable a la protección.

A. Valor de la interpretación literal

Para la interpretación del Derecho comunitario de protección de consumidores el TJCE ha utilizado un pluralidad de criterios. El criterio del que suele partirse para dar sentido a una

³²⁰ Sentencias TJCE de 10 de abril de 1984 y de 7 de noviembre de 1989.

³²¹ N. REICH: *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäische Union*, op. cit., pág. 11.

³²² No falta tampoco el recurso al criterio histórico o de los antecedentes de una disposición. *Vid.* sentencia de 17 de septiembre de 1997. En la versión definitiva de la Directiva, la puntuación que había propuesto el Comité Económico y Social en su dictamen relativo a la propuesta de Directiva, cuyo objeto era precisamente que el requisito del establecimiento comunitario fuera aplicable a cada uno de los operadores económicos enumerados en la disposición controvertida, no fue adoptada. Apartado 14.

disposición es el *literal*. La puesta en práctica de la armonización comunitaria puede contar con la dificultad que supone la existencia de tradiciones, terminologías y prácticas arraigadas en los diferentes Estados miembros. Para evitar la desigualdad interpretativa, en la medida en que la directiva emplea una *determinada terminología*, ella deberá ser objeto de una interpretación autónoma³²³. Esta interpretación queda facilitada en la medida en que muchas directivas contienen, en sus considerandos iniciales, las definiciones de los conceptos que utilizan. En efecto, las directivas esenciales para el mercado interior, que tienen interés para el Derecho civil de los Estados miembros, definen los conceptos empleados por ellas en los artículos iniciales, la mayoría de las veces de forma muy detallada y precisa. Esta afirmación resulta de especial interés en relación con el concepto de consumidor utilizado por las directivas que se ocupan de su protección³²⁴. Aunque esta interpretación suele ser utilizada, el TJCE no suele contentarse con una respuesta de este carácter³²⁵.

B. Preferencia por la interpretación autónoma y teleológica

La ausencia de definiciones en el propio Derecho comunitario no ha de conducir a seguir una interpretación estatal del Derecho estatal armonizado. La mejor doctrina mantiene que ha de seguirse un criterio de interpretación acorde con los principios y objetivos del Derecho comunitario en presencia³²⁶, determinando en la mayor medida posible *calificaciones*

³²³ N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 112; W.R. ROTH habla aquí de una cuestión previa jurídico privada (*privatrechtlichen Vorfrage*). W.R.ROTH: "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das IPR", *RabelsZ* 55, 1991, pág. 636.

³²⁴ *Vid. supra*.

³²⁵ *Vid.* por ejemplo el apartado 13 de la sentencia de 17 de septiembre de 1997.

³²⁶ Indicando la necesidad de interpretar el Derecho comunitario teniendo en cuenta el sistema general y la finalidad perseguida *vid.* sentencias TJCE de 28 de marzo de 1985, As. 100/84: "Comisión c Reino unido", Rec. pág. 1169, apartado 17; de 7 de diciembre de 1995, As. C-449/93: "Rockfon", Rec. pág. I-4291, apartado 28; de 24 de octubre de 1996, As. C-72/95: "Kraaijeveld y otros", Rec. pág. I-5403, apartado 28; y de 17 de septiembre de 1997, apartado 15. Según la sentencia de 12 de noviembre de 1998, As. C-102/1996 "para interpretar una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte". Según la sentencia de 18 de enero de 1984, As. 327/82, Rec. pág. 107, "se deriva de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, el que los términos de una disposición de Derecho comunitario que no comporta ningún recurso expreso al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance deben

autónomas, propias del Derecho comunitario, siguiendo el camino trazado por el TJCE en la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y el reconocimiento de decisiones.

La opción favorable a la interpretación teleológica queda enlazada, en muchas ocasiones, con el *efecto útil* del Derecho comunitario y con la construcción del mercado interior. Esta idea resulta con claridad, por ejemplo, en relación con la normativa comunitaria relativa a la prohibición de la publicidad engañosa. Como indica N. Reich, el concepto de engaño debe ser interpretado en función del objetivo de la transparencia y de la penetración en el mercado, lo que puede conducir a que un concepto de engaño demasiado estricto establecido por los Estados miembros se vislumbre como contrario al *efecto útil* de la Directiva³²⁷. En este sentido, el TJCE ha tenido que analizar en varias ocasiones la cuestión del eventual carácter engañoso de una denominación, marca o mención publicitaria a la luz de las disposiciones de los Tratados o del Derecho derivado³²⁸. Para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas podían o no inducir a error al comprador, el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión. Así pues, generalmente los órganos jurisdiccionales deberían poder apreciar, en esas mismas condiciones, si una mención publicitaria produce un efecto engañoso. En otros asuntos, en los cuales el Tribunal

normalmente encontrar, en toda la Comunidad, una interpretación autónoma y uniforme que debe ser buscada teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la reglamentación en cuestión. Sin embargo, cuando el legislador comunitario ha hecho, en un Reglamento, un reenvío implícito a usos nacionales, no corresponde al Tribunal dar a los términos empleados una definición comunitaria uniforme". También *vid.* la sentencia 19 de marzo de 1998, C-1/96: "Compassion in World Farming", Rec. pág. I-1251.

³²⁷ *Vid.* N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 113; N: REICH: *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, 1993, n. 147.

³²⁸ *Vid.* sentencias de 7 de marzo de 1990, de 13 de diciembre de 1990, de 18 de mayo de 1993, de 2 de febrero de 1994, de 29 de junio de 1995, de 6 de julio de 1995 y de 16 de julio de 1998, As. C-210/1996. Un comentario a esta última decisión puede verse en L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de consumidor...", *cit.*, págs. 5 y ss.

no contaba con los datos necesarios o no le parecía que la solución se impusiera a la vista de los autos que obraban en su poder, declinó en favor del órgano jurisdiccional la tarea de resolver si la denominación, marca o mención publicitaria objeto del litigio era engañosa³²⁹. El TJCE no excluye pues que, al menos en determinadas circunstancias específicas, un Juez nacional pueda decidir, con arreglo al Derecho nacional, evacuar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión con el fin de instruirse sobre el eventual carácter engañoso de una mención publicitaria³³⁰.

La preservación del efecto útil de la Directiva ha llevado al TJCE a considerar como contraria al Derecho comunitario la validez de una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización por daños causados al comerciante, por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia previsto por el art. 7 de la Directiva 85/577/CEE³³¹. Del mismo modo, una interpretación con arreglo a los objetivos perseguidos ha llevado al

³²⁹ *Vid.* sentencia Gutshof-Ei, antes citada y las de 17 de marzo de 1983, citada, y 26 de noviembre de 1996, citada. También *vid.* la sentencia de 16 de enero de 1992, As. C-373/90: "X". Rec. pág. I-131 donde se cuestionaba el carácter engañoso de una publicidad del siguiente tenor "compre su vehículo nuevo más barato, cuyo objeto eran vehículos matriculados sólo a fin de importarlos, que nunca han circulado y que se venden en Francia a precios más reducidos que los practicados por los concesionarios locales, debido al menor número de accesorios de que están equipados los modelos de base belgas, en comparación con los modelos de base vendidos en Francia. Para el TJCE "la citada publicidad no puede considerarse engañosa, con arreglo al art. 2 de la Directiva sobre la publicidad engañosa por el mero hecho de que los citados vehículos hayan sido matriculados antes de su importación. Efectivamente, es la puesta en circulación y no la matriculación lo que hace perder a un vehículo su condición de nuevo. Además, como ha señalado la Comisión, la matriculación antes de la importación facilita considerablemente las operaciones de importación paralela. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar, a la vista de las circunstancias del caso de autos, si, teniendo en cuenta los consumidores a los que va dirigida, esta publicidad puede revestir un carácter engañoso en la medida en que, por una parte, tenga por objeto ocultar la circunstancia de que los vehículos que se anuncian como nuevos se matriculan antes de la importación y, por otra parte, en la medida en que esta circunstancia pudo hacer renunciar a un número significativo de consumidores a su decisión de compra. En lo referente a la publicidad acerca del precio inferior de los vehículos, no cabe calificar esta publicidad de engañosa más que en el supuesto de que se acreditara que la decisión de comprar, por parte de un número significativo de consumidores a los que va dirigida la citada publicidad, fue adoptada en la ignorancia de que el precio reducido de los vehículos va acompañado de un menor número de accesorios con que van equipados los vehículos vendidos por el importador paralelo.

³³⁰ *Vid.* L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de consumidor...", *cit.*, pág. 8.

³³¹ Sentencia TJCE de 22 de abril de 1999. Como señaló el abogado general en el punto 59 de sus conclusiones, tal indemnización de daños y perjuicios equivaldría a una sanción por ejercer su derecho de renuncia, lo que sería contrario a la finalidad protectora de la Directiva 85/577, que consiste, precisamente, en impedir que el consumidor asuma obligaciones económicas sin estar preparado para ello.

Tribunal a considerar que existe un etiquetado correcto cuando en él figura el nombre o la razón social y la dirección del fabricante o del embalador no establecido dentro de la Comunidad³³².

La interpretación acorde con el objetivo de la Directiva ha llevado al Tribunal a descartar que la protección del consumidor esté asegurada mediante indicaciones que no figuran en el etiquetado, como por ejemplo, las informaciones proporcionadas en el lugar de venta o en el marco de amplias campañas de información. Según el Tribunal, el objetivo del art. 14 de la directiva sobre etiquetado consiste en asegurar que el consumidor pueda conocer fácilmente las indicaciones obligatorias prescritas por la directiva. Para responder a las exigencias imperativas de información y de protección de los consumidores es necesaria que, en todo momento, estos puedan conocer todas las indicaciones obligatorias prescritas por la directiva, no sólo en el momento de la compra, sino también en el momento del consumo. Sin embargo, cabe recordar que el consumidor final no es necesariamente la misma persona que ha comprado los productos alimenticios. Por ello, todas las indicaciones obligatorias establecidas por la directiva deben figurar en el etiquetado en una lengua fácilmente inteligible para los compradores o a través de otros medios como símbolos o pictogramas³³³.

³³² Según la sentencia TJCE de 17 de septiembre de 1997, tanto del sexto considerando de la Directiva 79/112/CEE como de su art. 2 se deduce que esta fue concebida con el afán de informar y proteger al consumidor final de los productos alimenticios, en particular, por lo que respecta a la naturaleza, la identidad, las cualidades, la composición, la cantidad, la duración, el origen o la procedencia y el modo de fabricación o de obtención de dicho productos. El punto 6 tiene como objetivo principal permitir que el consumidor establezca contacto con uno de los responsables de la fabricación o la comercialización del producto para hacerle llegar, si procede, sus críticas positivas o negativas sobre el producto adquirido (respuesta de la Comisión a la pregunta escrita E 2170/95, de 28 de julio de 1995, *DOCE* C 340, p. 19). Dicho objetivo sólo puede ser alcanzado si el responsable del producto es fácilmente identificable por el consumidor final. A este respecto, el fabricante y el embalador se distingan de los vendedores. Los primeros son, en principio, los operadores económicos estables y fácilmente identificables, de modo que su posible localización fuera de la comunidad no presente dificultades. Por el contrario, los vendedores son generalmente operadores de envergadura económica más reducida y por lo tanto más difíciles de identificar, sobre todo, cuando están establecidos fuera de la comunidad. Esta es la razón por la cual el legislador comunitario estableció, por lo que respecta al etiquetado de los productos alimenticios, normas diferentes para los operadores económicos según sean por una parte, fabricantes o embaladores o, por otra, vendedores. Por lo que se refiere a los primeros, el etiquetado del envase puede indicar indistintamente los datos de un fabricante o de un embalador establecido o no en la Comunidad, mientras que para los segundos, el etiquetado sólo puede indicar los datos de un vendedor si este establecido en la Comunidad.

³³³ Sentencia de 12 de octubre de 1995, y de 14 de julio de 1998.

C. Criterio de interpretación favorable a la protección del consumidor

La existencia en la Unión Europea de una política específica de protección de los consumidores conlleva también cierta incidencia sobre la interpretación de las normas comunitarias dictadas en este sector. Del examen de la jurisprudencia del TJCE en torno al tema cabe inferir cierta inclinación hacia interpretaciones que favorecen la posición del consumidor. Este criterio puede ser observado, por ejemplo, en la interpretación que hace el TJCE del concepto de "excursión" a los efectos del art. 1.1 de la Directiva 85/577/CEE. Por oposición al alcance más estricto que cabría atribuir al término en el uso común del lenguaje, según el Tribunal, "un contrato se celebró durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales, en el sentido de la Directiva 85/577, cuando dicho contrato se celebró en una situación en la que el comerciante invitó a un consumidor a personarse en un lugar determinado, que se encuentra a cierta distancia del lugar en el que reside el consumidor, distinto de los establecimientos en los que el comerciante ejerce habitualmente sus actividades y que no está identificado claramente como local de venta al público, con el fin de presentarle los productos y servicios que ofrece"³³⁴.

Esta misma inclinación es perceptible cuando el Tribunal proporciona una interpretación restrictiva de las materias excluidas del ámbito de la protección. Por ejemplo, el TJCE ha considerado que "a un contrato como el que es objeto del litigio no le es aplicable la exclusión prevista en la letra a) del apartado 2 del art. 3 de la Directiva 85/577, ya que dicho contrato no se refiere únicamente al derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, sino que se refiere igualmente a la *prestación de distintos servicios de un valor superior al del derecho de utilización de un inmueble*". Cuando el valor del servicio es superior al del derecho de utilización del inmueble, entonces se aplica también la Directiva 85/577³³⁵. Del mismo modo, el TJCE también ha considerado que "para que el consumidor

³³⁴ Sentencia TJCE de 22 de abril de 1999, apartado 38.

³³⁵ *Vid.* apartados 25 y 26 de la sentencia de 22 de abril de 1999.

disponga del derecho de renuncia previsto en la Directiva 85/577, basta con que se encuentre en una de las situaciones objetivas descritas en el art. 1 de dicha directiva. En cambio, no se exige, y, por tanto, no tiene que probarse, un determinado comportamiento o una intención de manipulación por parte del comerciante"³³⁶.

La interpretación favorable a la protección del consumidor se observa también cuando el Tribunal considera la *viabilidad de una aplicación combinada de distintas disposiciones del Derecho comunitario*. La sentencia de 22 de abril de 1999 ha señalado que "si bien es cierto que la Directiva 94/47 tiene por objeto los contratos de multipropiedad, esta circunstancia no excluye que un contrato que contenga un elemento de multipropiedad también pueda estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577, si además se cumplen los requisitos para la aplicación de ésta". En efecto, ninguna de las dos Directivas contiene disposiciones que excluyan la aplicación de la otra. Además, sería contrario al objetivo de la Directiva 85/577 interpretarla en el sentido de excluir su protección por el mero hecho de que el contrato esté comprendido, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47. Tal interpretación privaría al consumidor de las disposiciones protectoras de la Directiva 85/577, aunque el contrato se hubiera celebrado fuera de un establecimiento comercial³³⁷.

Este mismo criterio de interpretación favorable al consumidor, vinculado con el criterio de la finalidad perseguida por la Directiva (proteger a los consumidores contra los riesgos derivados de la insolvencia o de la quiebra del organizador), ha incidido en la interpretación del art. 7 de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990³³⁸, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Dicha norma dispone que "el organizador del viaje debe facilitar pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del

³³⁶ Sentencia de 22 de abril de 1999.

³³⁷ As C-423/97: "Travel Vac, S.L. c Manuel José Antelm Sanchis".

³³⁸ DOCE L 158, pág. 59.

consumidor". Según el Tribunal, dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que la garantía de la repatriación del consumidor cubre también el pago de las cantidades que el consumidor satisface *in situ* a un prestador de servicios porque de lo contrario este último le impide emprender su viaje de vuelta³³⁹.

CAPÍTULO TERCERO EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE PROTECCIÓN CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES

I. PLANTEAMIENTO Y EXAMEN DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA

1. Introducción

La armonización comunitaria que se ha llevado a cabo en el ámbito de la protección contractual del consumidor no ha supuesto, ni lo hará, la unificación jurídica completa de los Derechos materiales de los Estados miembros de la UE. La operatividad del principio de subsidiariedad, y la adopción de un instrumento tan flexible como la directiva, han determinado que, en la mayoría de las ocasiones, las directivas comunitarias mencionadas, al ser directivas de mínimos, dispongan márgenes, más o menos amplios, para la diversidad jurídica y, por tanto, también para la contradicción normativa. Para el funcionamiento del mercado interior sería irrelevante la existencia de desigualdades normativas entre las legislaciones armonizadas, siempre que tuvieran un contenido equivalente³⁴⁰. Frente a la situación de algún texto comunitario que ha establecido una unificación jurídica plena³⁴¹, la diversidad legislativa aparece abonada por la concurrencia de diversas variables: a) en primer lugar, las propias Directivas ofrecen a los Estados la posibilidad de mejorar la posición del consumidor; b) por otra parte, los textos remiten a veces a la legislación estatal para la regulación de un aspecto concreto; c) por último, en todos aquellos aspectos que no son regulados expresamente por el Derecho comunitario será de aplicación el Derecho estatal. No hace falta advertir que las diferencias legislativas a que aludimos pueden poseer la mayor relevancia para los justiciables, de ahí el interés en dar respuesta a los problemas de DIPr que se pueden suscitar en esta parcela de situaciones privadas internacionales³⁴².

³³⁹ Según el Tribunal, para el consumidor que compró el viaje organizado, el riesgo de que se trata tiene su origen en la insolvencia o quiebra del organizador; por tanto, debe estar cubierto por la garantía que el organizador ofreció al consumidor". Sentencia TJCE de 14 de mayo de 1998, As. C-364/96.

³⁴⁰ Vid. J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 16.

³⁴¹ Vid. la propuesta de Directiva relativa al comercio electrónico.

³⁴² Por poner un mínimo ejemplo, respecto a la Directiva comunitaria de protección de los adquirentes de *timesharing*, los plazos para el ejercicio del derecho a desistir varían fuertemente en los diferentes países. Así, la legislación belga establece un plazo de quince días. La mayoría de los países (Francia, Italia, España, Dinamarca, Países Bajos, Alemania, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal y Suecia han adoptado un plazo de 10 días. Por su

parte, Austria y Gran Bretaña han establecido un término de 14 días. Estas discrepancias determinarán que no sea indiferente que el contrato se rija por las normas de uno u otro Estado Miembro. *Vid.* N. DOWNES: "El proceso de transposición de la Directiva 94/47/CE sobre Derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y sus resultados prácticos", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, en prensa. Agradecemos a la autora su cortesía al habernos permitido el uso del manuscrito.

El legislador comunitario optó inicialmente por ignorar las diferentes dimensiones de DIPr que incorporaba el Derecho armonizado, no incluyendo en las directivas normas específicas al respecto. De esta manera, el Derecho comunitario se descargaba de esta misión, al ser considerada como irrelevante para el funcionamiento del mercado interior, quedando atribuida a los Derechos estatales y, por esta vía, a las normas uniformes de solución de los conflictos de leyes contenidas en el convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (CR). A través de este convenio debían quedar resueltos los problemas de DIPr que planteaba el Derecho comunitario de protección de los consumidores. Este modo de proceder se debía, en parte, a la creencia de que las distorsiones a la competencia causadas por las diferencias legislativas entre los Estados miembros de la Comunidad podrían desaparecer a través de la mera armonización material de los Derechos estatales³⁴³.

Esta situación cambió a inicios de los noventa, cuando el legislador comunitario comenzó a incluir, en las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor, normas dirigidas a garantizar la aplicación del Derecho comunitario en situaciones conectadas, de uno u otro modo, con la Comunidad, resultado, por tanto, que parecía que no era asegurado mediante la sola aplicación del CR. Se regulaba así la dimensión externa de DIPr del Derecho comunitario. El examen funcional de esas disposiciones permite afirmar, sin mucha dificultad, su carácter de normas de DIPr, pues tienen por finalidad influir sobre el régimen jurídico de relaciones privadas internacionales, a pesar de que la heterogeneidad que se toma como presupuesto venga definida desde una óptica supranacional, y opongá a la UE, como bloque normativo, con el resto de las legislaciones del mundo. Más allá de esta adjetivación, el carácter fragmentario y desigual de estas normas provoca muy variadas cuestiones cuya resolución dista de ser pacífica. De las directivas no resulta claro, en primer lugar, cuál ha de ser el destino final de las previsiones de DIPr. que se contienen. El legislador comunitario no proporciona respuesta expresa sobre el procedimiento que deben seguir los legisladores estatales al objeto de incorporar a su legislación los mandatos del Derecho comunitario, lo que genera dudas sobre el tipo de normas de DIPr que debería emplearse para cumplir con el mandato del Derecho comunitario (*v.gr.* normas de conflicto especiales, normas de conflicto generales, recurso al sistema de las normas internacionalmente imperativas). En segundo lugar, en relación con la dimensión externa del sistema -única regulada expresamente- la acuñación de conceptos jurídicos indeterminados, como el recurso al principio de proximidad y a la regla de la vinculación estrecha, ha suscitado y suscita variadas dudas sobre los valores y principios que han de tenerse en cuenta para llenar de contenido a ese concepto. En tercer lugar, de optar los Estados por el establecimiento de normas unilaterales que delimiten el ámbito de aplicación en el espacio de las normas estatales dictadas al objeto de la transposición, tal y como han hecho la mayoría de los Estados miembros de la Comunidad, tampoco se proporcionan criterios para resolver los eventuales conflictos, positivos o negativos, que podrían generarse si difieren los criterios empleados por unas y otras normas. Junto a estas cuestiones, la introducción de normas de DIPr en muchas de las directivas más recientes hace planear la duda sobre el grado de imperatividad que deberá corresponder a aquellas directivas

³⁴³ Vid. J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 16.

que, pese a no contener una norma expresa de DIPr dirigida a garantizar su aplicación en situaciones conectadas con el mercado interior, participan de los mismos objetivos y finalidades que las dictadas durante los años noventa. En las páginas que siguen pretendemos dar respuesta a cada uno de estos interrogantes para construir el sistema europeo de DIPr de protección contractual del consumidor tal y como parece haber sido concebido por el legislador comunitario en las normas fragmentarias y parciales que hasta ahora ha dictado en este ámbito, y tal y como se desprende de la interpretación del conjunto del Derecho comunitario. Antes de pasar a esta construcción, resulta conveniente descender al análisis de los datos normativos que utilizaremos en nuestro examen, esto es, las normas de DIPr contenidas en las directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor.

2. Rasgos generales de las normas de DIPr contenidas en las directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor

El procedimiento seguido por el legislador comunitario es ilustrativo del modo en que la regulación de DIPr resulta complementaria o auxiliar a las necesidades del Derecho material³⁴⁴. El propósito común de las normas de DIPr que contienen las directivas a que nos referimos es garantizar la imperatividad del Derecho comunitario cuando, en situaciones conectadas con la UE, el funcionamiento del sistema de DIPr no dé satisfacción a ese objetivo. Ese propósito encuentra concreción en un mandato, dirigido a los Estados, de adopción de las medidas necesarias a fin de que el consumidor no quede privado de la protección otorgada cuando la situación esté conectada, de maneras distintas como veremos, con la Comunidad. Con mayor o menor claridad, según el criterio utilizado, las directivas definen lo que cabría denominar la dimensión externa del sistema, esto es, el alcance del Derecho comunitario frente a la aplicación de los Derechos de Estados no comunitarios. Por el contrario, ninguna de ellas se refiere a la dimensión interna, esto es, no se contiene una regulación uniforme de reglas de conflicto con vocación para decidir sobre la aplicabilidad de la ley de un concreto Estado miembro de la Comunidad en las situaciones vinculadas al mercado común. Esta dimensión interna únicamente ha sido prevista en un sector especializado de la protección de los consumidores, como es el de los contratos de seguros. El carácter particular de esta reglamentación justifica que no nos detengamos en su estudio, que ha tenido lugar, de forma monográfica, en trabajos recientes³⁴⁵.

Del texto de las normas de DIPr que contienen las Directivas se desprende que no

³⁴⁴ Vid. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES: "Un droit international privé européen?", *Le droit privé européen*, París, Economica, 1998, págs. 139; E. JAYME y Ch. 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, pág. 2. A juicio de M.J. LUNAS DÍAZ, este modo de proceder revelaría la ausencia de una política legislativa comunitaria en torno al DIPr. Vid. M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado", *RDCE*, 1998, pág. 484.

³⁴⁵ En la literatura española, vid. V. FUENTES CAMACHO: *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1999; E. NAVARRO CONTRERAS: *La ley aplicable al contrato de seguro en el Derecho internacional privado*, tesis doctoral, inédita, Madrid, 1999.

tienen el propósito de derogar o desplazar el sistema general de normas de conflicto establecido por el CR. Ese sistema queda intacto en lo que se refiere a la determinación del régimen aplicable al contrato, sin que quepa derivar del mandato impuesto una habilitación para el establecimiento de limitaciones a la autonomía conflictual de corte general. Más bien parece que las directivas se limitan a atribuir carácter internacionalmente imperativo a las disposiciones de protección que contienen, lo que no prejuzga cuál habrá de ser la técnica de reglamentación empleada por el Derecho nacional para conseguir el objetivo establecido³⁴⁶. Desde el punto de vista de las técnicas de reglamentación en DIPr, estaríamos en presencia de normas de extensión, que aparecen como excepciones al funcionamiento normal de las normas de conflicto. La imperatividad de las normas de protección queda adjetivada de relativa, puesto que la intervención comunitaria sólo procede cuando la regulación estatal aplicable de un Estado tercero no ponga a disposición del consumidor una protección de nivel igual a la determinada por el Derecho comunitario. Nada obsta, por tanto, para que el consumidor sea acreedor de una protección mayor determinada por el Derecho aplicable al contrato de consumo. Estas normas no son directamente aplicables, sino que establecen una obligación, con destino a los Estados, para que acomoden su sistema de DIPr al dictado de la directiva³⁴⁷.

Para extender su ámbito de aplicación, las Directivas hacen recurso al principio de proximidad, y a la regla flexible de los vínculos más estrechos. No obstante, el criterio queda configurado de forma desigual en unas y otras normas. De un lado, el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³⁴⁸, pretende garantizar su imperatividad *cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*³⁴⁹. Por otro, 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, pretende garantizar la imperatividad de sus disposiciones *cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros*³⁵⁰. El sentido de la modificación parecería haber sido

³⁴⁶ Sobre los sistemas de transposición seguidos por los Estados, *vid. infra*.

³⁴⁷ Por ello no es correcto hablar de *Kollisionsnormen*. A. JUNKER: "Vom Citoyen zum Consommateur - Entwicklungen des internationalen Verbraucherschutzrechts", *IPRax*, 1998, pág. 70.

³⁴⁸ *DOCE*, L 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29-34.

³⁴⁹ Según el texto, "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". Aunque la propuesta inicial de la Comisión no preveía la inclusión de la norma, ésta fue incluida más tarde, con el propósito de asegurar la protección del consumidor igualmente en ciertas situaciones conectadas con Estados terceros.

³⁵⁰ El art. 12 de dicha Directiva establece "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". Hay que tener en cuenta que la propuesta de Directiva (*JOCE*, nº L

la intención de asegurar, en un mayor número de casos, la imperatividad de las disposiciones de la Directiva. Las dificultades interpretativas quedan mitigadas cuando la propia directiva determina, mediante un indicador de fácil concreción, las situaciones en que ha de asegurarse 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 art. 9 acoge el criterio de la *ubicación del inmueble en un país de la Comunidad*³⁵¹.

Las directivas también encierran diferencias en la delimitación del alcance de la protección que dispensan. En unas ocasiones, la imperatividad del Derecho comunitario se pretende garantizar en todas las situaciones conectadas con la Comunidad, tanto en caso de que la exclusión de dicha protección venga originada por una elección de ley que recaiga sobre la de un tercer ordenamiento, como cuando derive de una localización meramente objetiva del contrato. En esta situación se encuentra el art. 9 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, o el art. 11.3 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican otras directivas³⁵². En otras ocasiones, por el contrario, las Directivas limitan su imperatividad, siempre en las situaciones conectadas con la Comunidad, a los casos en que la aplicación del Derecho de un tercer Estado deriva de una elección de ley aplicable, esto es, de una opción por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato. Esta es la situación, por ejemplo, del art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo³⁵³, el art.

95/29 de 21 de abril de 1993, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1993, págs. 495 y ss) no condicionaba su aplicación a la presencia de un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros, por lo que se decía que se atribuía un ámbito de aplicación absoluto o mundial a la Directiva. Sin embargo, dicha norma no es más que una norma de extensión, por lo que sólo será de aplicación cuando la norma de conflicto remita al Derecho de un Estado parte. Un comentario a esta Directiva puede verse en J. JUSTE MENCÍA: "Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)", *La Ley*, 1997, 6, págs. 1615-1632.

³⁵¹ Según su tenor, "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".

³⁵² Según su tenor, "el consumidor no podrá verse privado de la protección concedida por la presente Directiva cuando la ley por la que se rija el contrato sea la de un país tercero, en la medida en que el consumidor tenga su residencia en el territorio de uno de los Estados miembros, por una parte, y el contrato posea un vínculo estrecho con la Comunidad, por otra". Esta redacción no se ha visto alterada en la nueva Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del art. 250 TCE el 23 de julio de 1999).

³⁵³ Según la disposición: "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 miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho

6.2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el art. 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.

Otras Directivas dictadas en el ámbito de la protección de los consumidores no contienen una norma de extensión que pretenda garantizar su aplicación en las situaciones vinculadas con el mercado interior. En esta situación se encuentran muchas directivas de la "primera generación". Entre estos actos se encuentra 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 consumo³⁵⁴. La interpretación que haya de 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 el Derecho comunitario, o dio por supuesto que la armonización de legislaciones bastaría para conseguir la necesaria integración y evitar los obstáculos a la competencia en el mercado. Tampoco contiene un indicador expreso de su ámbito de aplicación la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior. No obstante, el preámbulo de dicha propuesta de Directiva indica que "no es objetivo de esta Directiva fijar normas específicas de DIPr. relativas a conflictos entre

con el territorio de los Estados miembros". El texto definitivo se separa pues de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 23 de agosto de 1996 (96/C 307/09), cuyo artículo 6.2 disponía: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, sea cual fuere la ley aplicable al contrato, y siempre que éste presente un vínculo con el territorio de los Estados miembros, el consumidor no se vea privado de la protección resultante de la presente Directiva". La protección se pretendía asegurar, a la vista de esta redacción, tanto en los supuestos de elección de ley como cuando la localización objetiva del contrato determinara la aplicación del Derecho de un tercer Estado. Un comentario a esta directiva puede verse en J. LETE ACHIRICA: "La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español", AC, 1999, 42, págs. 1365-1385.

³⁵⁴ El 14.1 de esta Directiva contiene una norma que podría considerarse cercana a las que acabamos de examinar, pero que no cumple el objetivo de garantizar la aplicación del Derecho comunitario. Bajo su tenor, "los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se sustraigan en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva". 2. Los Estados miembros garantizarán además que las disposiciones que adopten para la aplicación de la presente Directiva no sean eludidas como consecuencia de la forma en que se otorguen los contratos, y en particular mediante el procedimiento de distribución de la cuantía del crédito entre varios contratos". En sus considerandos se dice que las diferencias en las legislaciones de los Estados miembros en materia de crédito al consumo pueden conducir a distorsiones en la competencia entre los prestamistas en el mercado común. Y que tales diferencias, ejercen una influencia sobre la circulación de bienes y servicios asequibles a los consumidores mediante el crédito y que, de este modo, afectan directamente al funcionamiento del mercado común. La intención de la norma parece más bien ser la de garantizar la imperatividad del Derecho aplicable al contrato de crédito al consumo, cualquiera que pueda ser éste, bien el de un Estado miembro de la Comunidad, o bien el de un Estado tercero.

legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta Directiva se entenderá sin perjuicio de los correspondientes convenios internacionales".

II. INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE CONTRATOS

1. Introducción

La aparición tardía de disposiciones de DIPr. en normas de Derecho comunitario ha ralentizado el debate en torno a la interacción entre los sistemas comunitarios convencional e institucional. En efecto, la producción iusinternacionalprivatista en Derecho derivado comienza en el año 1993 con el art. 5 de la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro³⁵⁵, y el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Las consecuencias prácticas del modo en que debe ser resuelta la interacción entre las normas de una y otra procedencia explican la rápida atención que la doctrina ha dispensado a este tema³⁵⁶. Así, el art. 6.2 de la Directiva mencionada, y sus relaciones o interacción con los instrumentos convencionales europeos dictados con anterioridad, ha propiciado una vasta literatura, no sólo por abarcar una realidad social amplia y por afectar a la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad, sino también porque ha servido de disposición modelo de DIPr. para las sucesivas normas de Derecho derivado que se han ido incluyendo en el quehacer comunitario.

Tanto los actos del Derecho comunitario derivado como las reglas de conflicto establecidas en este sector por el CR persiguen asegurar la protección particular para los consumidores. El hecho de que ambas normativas se refieran a la protección del mismo grupo de personas no conduce, por sí mismo, a la existencia de conflictos entre ellas, siendo el caso cuando las reglas convencionales y las disposiciones de Derecho comunitario derivado resultan complementarias (*ad. ex.* relaciones entre las normas de conflicto especiales dictadas para los contratos de seguros por el Derecho derivado, y las reglas del CR). Las disposiciones del Derecho derivado que ahora analizamos regulan materias que quedan regidas también por el Derecho convencional, por lo que unas y otras disposiciones se solapan en la regulación de los mismos supuestos, existiendo la posibilidad de hallar regulaciones divergentes en unos y otros

³⁵⁵ DOCE, L 74, de 27 de marzo de 1993, págs. 774-80.

³⁵⁶ E. JAYME y Ch. 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, págs. 1-40; E. BRÖDERMAN y H. IVERSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1994; M. FALLON: "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne", *Rec. des Cours*, 1995, tomo 253, págs. 9-282; L. CANNADA BARTOLI: "Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori", *Riv.dir.int.*, 1995, págs. 324-344; J. BASEDOW: "Europäisches internationales Privatrecht", *NJW*, 1996, págs. 1921-1929.

textos. Cuando la regulación contenida en la Directiva proporciona una solución contraria o distinta a la dispuesta por el CR la doctrina alude a la presencia de un *conflicto potencial*³⁵⁷. El conflicto real, en su caso, surgirá entre las soluciones convencionales y las legislaciones estatales dictadas para la transposición de las Directivas comunitarias³⁵⁸.

Para una mejor acotación del problema conviene poner de relieve varios datos. En primer lugar, la falta de simetría entre unas y otras directivas en el diseño de los posibles conflictos con las reglas de ley aplicable contenidas en el CR. A diferencia de la mayoría, que bien contiene una norma expresa o bien no ofrece regulación al respecto, algunas Directivas afirman directamente su propósito de no inmiscuirse en los aspectos de DIPr que puedan llevar aparejados, por lo que la aplicación de sus disposiciones queda condicionada, sólomente, a que el sistema de DIPr general en materia contractual determine la aplicación de la ley de un Estado miembro de la UE³⁵⁹. En segundo lugar, el ámbito de los posibles conflictos aparece diseñado, en primera instancia, por la propia redacción de las normas de DIPr contenidas en las Directivas. La literalidad de estas normas permitirá averiguar el ámbito de la reglamentación habilitada o autorizada por la directiva, que habrá de ser respetado por la correspondiente transposición, y realizar un pronóstico sobre los eventuales conflictos con las reglas convencionales. En tercer lugar, la existencia de normas de DIPr en las Actos de Derecho derivado y en el CR no tendría por qué conllevar, de por sí, el surgimiento de conflictos. Para un autorizado sector doctrinal existe la posibilidad, y necesidad, de seguir un principio de coherencia global del sistema, y de unidad interpretativa, que tendría por resultado la inexistencia de situaciones de conflicto entre el Derecho estatal armonizado y el CR. La posibilidad de seguir una interpretación consistente de las Directivas y del CR será objeto de examen en páginas posteriores, donde trataremos de averiguar si la unidad interpretativa que se defiende encuentra fundamento en una verdadera congruencia valorativa entre los textos.

³⁵⁷ A diferencia de lo que ocurre con los reglamentos, ningún conflicto actual puede existir entre una regla convencional y una directiva, al no ser la directiva directamente aplicable ni poder ser invocada en caso de no trasposición en las relaciones entre particulares. *Vid.* E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 13.

³⁵⁸ Para denominar esta clase de conflictos M.J. LUNAS DÍAS habla de conflictos actuales indirectos, puesto que habrían dejado de ser meros conflictos en potencia para materializarse en supuestos concretos, pero lo hacen por vía indirecta, es decir, a través de una norma de transposición. De este modo se distinguen también de los conflictos actuales directos que serían los producidos entre convenios y normas de DIPr. contenidas en Reglamentos. *Vid.* M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio de primacía...", *cit.*, pág. 488.

³⁵⁹ Por ejemplo, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (*DOCE* C 30/1999, presentada por la Comisión el 23 de diciembre de 1998), en su considerando nº 7 afirma que "no es objetivo de esta Directiva fijar normas específicas de DIPr. relativas a conflictos entre legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta Directiva se entenderá sin perjuicio de los correspondientes convenios internacionales". La referencia implícita parece que se realiza al CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En concreto, el art. 1.3 de la propuesta de Directiva dispone: "el apartado 1 sólo se aplicará a las disposiciones de los artículos 9, 10 y 11 de la presente Directiva en la medida en que la ley del Estado miembro sea aplicable en virtud de sus normas de DIPr". Y resulta que dichos preceptos se refieren a los contratos por vía electrónica. Quiere decir que únicamente se aplicarán esas disposiciones cuando la norma de conflicto remita a la aplicación de la ley de un Estado comunitario, que no tiene por qué coincidir con el Estado donde está establecido el prestador del servicio.

En caso de que haya de darse una respuesta negativa a esta cuestión, todavía sería preciso verificar si la configuración abierta que, por regla general, adoptan las normas del CR podría prestar un buen cauce para la aplicación del Derecho comunitario.

2. Primacía del Derecho comunitario y problemas de delimitación

Sin perjuicio del resultado que haya de deparar el análisis de su coordinación valorativa³⁶⁰, 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*, que se predica tanto del Derecho primario como del derivado. Este principio no sólo relega a un segundo plano al Derecho de producción estatal³⁶¹, 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. Dado que la primacía afecta por igual a la regulación material y a la de DIPr., las normas de DIPr incluidas en las directivas, y las estatales dictadas para su transposición, prevalecen, en caso de conflicto, sobre las soluciones del CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³⁶². El carácter internacional y específicamente europeo de este convenio en nada afecta a esta regla, habida cuenta que los Estados miembros no se pueden apartar de su obligación de confianza, conforme al art. 10 TCE, mediante la invocación del Derecho internacional público³⁶³.

La aplicación de las normas de DIPr de producción estatal y convencionales conlleva la necesidad previa de verificar la primacía de aplicación que corresponde al Derecho comunitario³⁶⁴. El desplazamiento de esas normas por obra del principio de primacía presupone la existencia de una norma de Derecho comunitario que establece una regulación en idéntico ámbito material al de las existentes en el Derecho nacional o en el convencional. La operatividad del principio de primacía queda, pues, relativizada, en primer lugar, al quedar

³⁶⁰ Vid. *infra* número 3.

³⁶¹ Sobre los contornos de este principio, que ha sido acuñado por el TJCE, *vid.* M.P. ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, págs. 326-330. 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.

³⁶² La coordinación formal entre ambos tipos de fuentes está expresamente prevista en el art. 20 del CR, que realiza una reserva en favor del Derecho institucional.

³⁶³ Vid. N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, págs. 110 y 112. La primacía del Derecho comunitario resulta de la relación especial que existe entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, tal y como se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo y a través de las sucesivas modificaciones del Tratado de Roma. En el efecto jurídico constitucional del Derecho comunitario radica una concreción especial de la obligación comunitaria de lealtad, según el art. 10 TCE (ex art. 5). También S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 136-137.

³⁶⁴ N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 112.

vinculada al ámbito de aplicación del Derecho primario y, en su caso, al más estricto establecido para el Derecho comunitario secundario³⁶⁵. En presencia de regulaciones institucional y convencional dictadas en el marco de un mismo ámbito material, la actuación del principio de primacía presupone, también, que la legislación estatal dictada para la transposición de una Directiva pueda resultar amparada por el Derecho comunitario.

En primer lugar, *el principio de primacía no ampara a la normativa estatal dictada fuera del ámbito material del Derecho comunitario objeto de transposición*, siendo de aplicación preferente la normativa convencional. Esta idea encuentra especial aplicación en relación con las regulaciones que los Estados dictan al hilo de, o aprovechando, la transposición. Cabe pensar, por ejemplo, en las legislaciones que, como la española, acogen un concepto de consumidor más amplio que el establecido por las Directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor. Respecto a la parte que excede del ámbito material de la Directiva, donde no quedan incluidas, por ejemplo, las personas jurídicas³⁶⁶, resulta posible afirmar que el principio de primacía del Derecho comunitario no presta amparo a la derogación de las soluciones del CR. En estos casos, las soluciones del CR serían de aplicación preferente respecto al número 28 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU de 19 de julio de 1984³⁶⁷, afirmación que ha de ser entendida sin perjuicio de la interpretación que ha de corresponder a esa disposición en el conjunto del sistema español de DIPr de protección contractual de los consumidores³⁶⁸. Por el mismo motivo, la norma de conflicto que contiene el art. 10 bis 3 de la LGDCU sólo será de aplicación a los consumidores que tengan este concepto según la Directiva, quedando los demás sometidos al régimen general establecido por los arts. 3 y 4 CR. Igualmente, la primacía no se extiende, por ejemplo, a la regulación alemana de protección de los adquirentes de inmuebles en régimen de tiempo compartido cuando el inmueble no esté situado en la Comunidad³⁶⁹. La resolución de algunos problemas

³⁶⁵ Vid. N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 110.

³⁶⁶ El art. 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". La exposición de motivos de la ley 7/1998 de 7 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dispone que "en la línea de incremento de protección respecto de los mínimos establecidos en la Directiva, la ley mantiene el concepto amplio de consumidor hasta ahora existente, abarcando tanto a la persona física como a la jurídica, que sea destinataria final de los bienes y servicios, si bien debe entenderse (alcance interpretativo) incluida también -según el criterio de la Directiva- a toda persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria de los bienes o servicios objeto del contrato".

³⁶⁷ Según su tenor, tendrá el carácter de cláusula abusiva "la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza".

³⁶⁸ Sobre esta interpretación, *vid. infra*.

³⁶⁹ El legislador alemán ha procedido a extender, de forma unilateral, el ámbito de aplicación de su ley, en situaciones que no gozan de relevancia para el Derecho comunitario. La ley alemana de 20 de diciembre de 1996 (*Teilzeit-Wohnrechtegesetz*), prevé la aplicación del Derecho alemán, aunque la *lex contractus* sea una ley

que suscita la interacción entre las normas de DIPr del Derecho convencional y las normas del Derecho institucional pasa, pues, por dimensionar, en su justa medida, el principio de primacía. Como veremos, la delimitación precisa del ámbito material de la armonización cobra también valor en relación con el efecto interpretativo o indirecto de las Directivas comunitarias, en relación con la posibilidad de aplicar Derechos extranjeros de protección de consumidores que reclamen aplicación al caso³⁷⁰.

En segundo lugar, en el ámbito material de la directiva, *la primacía sólo presta cobertura a las medidas estatales expresamente habilitadas y compatibles con el TCE*. Es preciso aquí advertir dos ideas. La adopción de medidas por parte del Derecho estatal al objeto de asegurar el nivel de protección comunitario sólo se contempla *cuando la elección de ley no recaiga sobre la de un Estado miembro de la UE/EEE*. No resulta factible, por tanto, una prohibición absoluta de ejercicio de la autonomía conflictual. Las directivas parten expresamente de un principio de equivalencia entre las disposiciones de los Estados miembros, de forma que no ha de existir inconveniente al funcionamiento de la autonomía conflictual cuando la designación recae sobre la ley de un Estado de la UE. Sólo se establece una excepción cuando existe una elección de ley por referencia a la ley de un Estado tercero³⁷¹. Por otra parte, algunas directivas sólo pretenden garantizar su imperatividad *cuando la exclusión del nivel de protección es el resultado de una elección de ley, pero no cuando tiene lugar a través de una localización objetiva del contrato*. De acuerdo con esta idea, toda regulación estatal que limite la posibilidad de elegir la ley de un Estado miembro, no aparece autorizada por el Derecho comunitario, por lo que tampoco estará amparada por el principio de primacía³⁷². Del mismo modo, una modificación de las soluciones que establece el CR para la localización objetiva del

extranjera, cuando el inmueble esté situado en un Estado parte de la UE o en un Estado parte del EEE; o bien cuando el contrato sea resultado de la actividad desarrollada por el oferente en un Estado parte o cuando el adquirente, en el momento de prestar su consentimiento, tenga su residencia habitual en un Estado parte.

³⁷⁰ Sobre este tema, *vid. infra*.

³⁷¹ N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 121.

³⁷² La legislación de algunos Estados de la Comunidad obliga a los tribunales nacionales a tener por no puestas las cláusulas de elección de ley que designan para regir el fondo del contrato el Derecho de un Estado extracomunitario. En este punto puede resultar problemática la valoración de la compatibilidad con el Derecho comunitario del número 28 de la disposición adicional primera de la LGDCU. La disposición considera abusiva, y por tanto nula, la cláusula de elección de un Derecho extranjero distinto al del lugar de emisión de la declaración comercial o del lugar donde el profesional desarrolle su actividad. En principio, esta disposición podría parecer incompatible con el Derecho comunitario, en cuanto no permitiría seleccionar voluntariamente la ley de un Estado miembro. Sin embargo, y conectando con la interpretación que propondremos más adelante para esta disposición, cabe afirmar la compatibilidad de esta disposición con el Derecho comunitario por dos razones: en primer lugar, por su conformidad con el carácter indicativo y no exhaustivo de la lista de cláusulas abusivas que contiene el anexo a la Directiva 93/13/CEE, así como con la posibilidad de elevar la protección a que se refiere el art. 8 de esta Directiva; en segundo lugar, porque cabe defender un carácter material, y no de DIPr, para esta disposición, en cuanto su eficacia sólo se despliega cuando sea de aplicación la ley española.

contrato, por ejemplo a través de una norma unilateral, tampoco goza de primacía³⁷³. Como veremos, la actuación del principio de primacía puede suscitar cierta complejidad cuando la transposición tiene lugar a través de una norma unilateral de DIPr³⁷⁴.

Dentro del ámbito habilitado por las directivas, su fisonomía abierta y flexible ha suscitado dudas en la doctrina en torno a la extensión de la primacía comunitaria sobre la legislación estatal dictada al objeto de la incorporación del Derecho comunitario. Según la tesis que defiende M.J. Lunas, si alguna de las opciones de reglamentación autorizadas por la directiva resulta consistente con el marco convencional en vigor, el principio de primacía del Derecho comunitario no daría amparo a una regulación nacional que opte por otra que resulte incompatible con la regulación convencional. De darse el caso, ello supondría la inmediata degradación de la normativa dictada al mero rango estatal, y la consiguiente pérdida del efecto de primacía. En el momento en que, a través de la Directiva, la facultad de legislar de un determinado modo es devuelta a los Estados parte, éstos la reciben en el mismo estado en que la tenían y, en consecuencia, no pueden eludir otros compromisos que limiten esa facultad normativa. Dicho de otro modo, el principio de primacía comunitario alcanzaría sólo a las obligaciones impuestas, y agotaría en ellas sus efectos³⁷⁵. Estas afirmaciones tendrían predicamento, especialmente, respecto a la disposición adicional primera de la LGDCU, introducida por la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que contiene limitaciones a la autonomía conflictual que van más allá de lo establecido por el CR³⁷⁶.

Por su gran rigidez resulta difícil aceptar esta perspectiva de análisis para explicar las relaciones entre el CR y el Derecho institucional. A través de las habilitaciones establecidas por cada directiva no sería posible dejar de ver la voluntad de los países de la Comunidad de modificar, en la medida precisa, las soluciones anteriormente adoptadas en el ámbito del CR. Esta otra perspectiva se muestra consistente con el hecho de que el legislador comunitario, a través de las directivas, persigue objetivos especiales, quizás nuevos, o más específicos, respecto a los tenidos en cuenta por las normas generales del CR, en cuya elaboración sólo en muy escasa medida se tuvo en cuenta la política comunitaria de protección contractual del consumidor, en estado embrionario en ese momento. Esta constatación podría autorizar la redacción de normas especializadas, adecuadas a la satisfacción de las necesidades comunitarias en un concreto sector, o aspecto, de la contratación de consumidores. Esta idea queda reforzada cuando se descubre, como haremos poco más abajo, que la misión de las

³⁷³ Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 323.

³⁷⁴ *Vid. infra* este capítulo, IV.

³⁷⁵ Se niega así la posibilidad de un eventual "efecto lavado" de la competencia estatal una vez remitida desde las instancias legislativas comunitarias. *Vid.* M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio...", *cit.*, págs. 491-492.

³⁷⁶ En concreto, se considera como cláusula abusiva "la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza".

directivas comunitarias y aquella del CR es diferente. Por otra parte, respecto al argumento de la falta de simetría que se podría generar, cuando en algunos países quedaran derogadas las soluciones del CR y en otros no, no cabe olvidar que la puesta en práctica de los objetivos comunitarios en cada Estado puede justificar la adopción de medidas distintas, en función de los propios parámetros económicos o sociales nacionales. Estas circunstancias podrían justificar que una legislación estatal derogara la autonomía conflictual en un sector de la contratación, mientras que otra estableciera un sistema de imperatividad relativa³⁷⁷. Por estas razones, resulta difícil mantener una rigidez tan grande en las relaciones entre las Directivas y el CR, sin partir de la consideración de que el legislador comunitario, al elaborar las Directivas, conoce perfectamente que, en algún caso, las transposiciones podrán deparar contradicciones con el CR. La reserva que supone el art. 20 CR resulta razón más que suficiente para impedir la afirmación de una dinámica tan estricta para el principio de primacía.

El problema no es, o no debe contemplarse, como relativo al efecto que provoca la eliminación de la autonomía conflictual realizada por el Derecho estatal sobre la armonización del Derecho internacional de contratos obrada a través del CR³⁷⁸, pues a la vista de los objetivos de unas y otras normas no cabría descartar posibles conflictos. Sin embargo, la exclusión de la autonomía conflictual representa una opción legislativa que puede ser incompatible con el Derecho comunitario por razones distintas. Dicha opción, en cuanto excluye la posibilidad de seleccionar la legislación del Estado de origen de un producto o servicio dentro de la Comunidad, podrá ser considerada como una restricción a las libertades de circulación de mercancías y servicios en la UE³⁷⁹. Esta consideración sitúa al intérprete en la necesidad de averiguar si, de acuerdo con los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE, la eliminación de la autonomía conflictual podría ser considerada como una restricción justificada a las libertades de circulación. Por ello, será preciso examinar si existe un interés general que ampare dicha exclusión, y si la medida adoptada es adecuada objetivamente al logro de ese objetivo y si es proporcional. Partiendo de que la exclusión de la autonomía conflictual tiene por razón proteger al consumidor, lo cual es reconocido como interés general legítimo por el Derecho comunitario, a continuación examinaremos en qué medida podrían cumplirse los otros requisitos.

En primer lugar, dentro del propio art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE será preciso calibrar la funcionalidad de dichas medidas, es decir, su adecuación objetiva al fin perseguido.

³⁷⁷ En relación con el sector de la contratación de timesharing, *vid.* N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing, op. cit.*, pág. 270.

³⁷⁸ No obstante, en este sentido, *vid.* M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio...", *cit.*, págs. 473-479.

³⁷⁹ En este sentido, *vid.* las reflexiones de W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut*, Baden-Baden, Nomos, 1997, págs. 244-254. Como indica el autor, los artículos 30 y 59 TCE aparecen como garantes de la libertad de selección del Derecho de país del Estado de origen. Entre nosotros, indicando cómo las restricciones a la autonomía conflictual podrían suponer obstáculos a la libre circulación, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 442.

Tanto la eliminación de la autonomía conflictual, como el establecimiento de un régimen de imperatividad relativa pueden lograr, en abstracto, el objetivo de que no se prive al consumidor de la protección comunitaria. En segundo lugar, convendrá poner de relieve la distinta funcionalidad de ambas medidas en relación con el logro de ese objetivo. Si bien ambas lo logran, existe una graduación entre una y otra medida. La eficiencia de la medida consistente en la eliminación de la autonomía conflictual es superior a la basada en la comparación de legislaciones. Esta medida establece unas obligaciones de administración del Derecho más gravosas en el momento del proceso, que podrían incluso suponer, en su caso, que se privara al consumidor de la protección comunitaria. La eliminación de la autonomía conflictual, sin más, no conllevaría problemas de este tipo. Ciertamente, el sistema de comparación es más complejo que el de eliminación de la autonomía conflictual. Ahora bien, dado que el Derecho comunitario, al menos en su vertiente convencional, ya conoce dicha mecánica comparativa, no parece que exista necesidad de eliminar la autonomía conflictual. No será una carga excesiva atribuir dicha comparación a los jueces. Por último, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE sería preciso comprobar la proporcionalidad de la medida, en relación con otros objetivos perseguidos por el legislador comunitario. En este terreno, teniendo en cuenta que, junto a la posibilidad de elegir la ley del Estado de origen, en el CR inmane un objetivo, también comunitario, de facilitación de las transacciones, que queda vinculado estrechamente con la admisión de la autonomía conflictual, es posible concluir en que la eliminación de la autonomía conflictual, si bien es una medida objetivamente adecuada para cumplir el objetivo comunitario señalado por las directivas, no es proporcional, habida cuenta de que existen medidas menos restrictivas que permiten cumplir con el objetivo perseguido. Como consecuencia, la eliminación de la autonomía conflictual sería una medida no amparada por el Derecho comunitario, con el consiguiente desplazamiento del principio de primacía del Derecho comunitario y aplicación del CR. En este sentido, la doctrina mantiene que en la Comunidad debe operar el control de contenido (*Inhaltskontrolle*) pero no el de celebración del contrato (*Abschlusskontrolle*)³⁸⁰. El carácter interpretativo del problema parece augurar la necesidad de pronunciamientos jurisdiccionales, que quedarían bien resueltos planteando las oportunas cuestiones ante el TJCE. Este Tribunal, a pesar de no tener competencias atribuidas para la interpretación del CR, sí que podría valorar la justificación de una medida nacional que, en la medida en que limita la autonomía conflictual, puede generar una restricción a las libertades de circulación de mercancías y servicios.

3. Tesis de la conciliación entre los actos de la Comunidad Europea y el Derecho convencional de contratos

La doctrina que ha abordado su estudio ha mostrado normalmente escasa simpatía con las normas de DIPr contenidas en las directivas relativas a la protección del consumidor. Dejando al margen reproches más ligeros³⁸¹, la opción elegida por la doctrina para paliar, en la

³⁸⁰ Vid. L. RADICATI DI BROZOLO: "L'influenza sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1993, págs. 401 y 421; W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, págs. 285-286.

³⁸¹ Por ejemplo, para W.H. ROTH, la norma del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE no añadiría nada nuevo

medida de lo posible, el desajuste que representaba la existencia de nuevas normas de DIPr de Derecho comunitario, junto a las normas del CR, y tratar de dar una explicación de conjunto a la materia ha pasado por conciliar la interpretación de unas normas con el resto. En efecto, la inexistencia de aclaraciones expresas, en las propias directivas, sobre el destino que han de seguir sus normas de DIPr, unida a la conveniencia de preservar la construcción coherente y sistemática del Derecho comunitario, han dado buen pie para defender una interpretación de las directivas comunitarias, orientada a la exclusión de conflictos con las soluciones que formula el CR en el mismo sector (*principio de conciliación*)³⁸². Para E. Jayme y Ch. Kohler, la interpretación de las reglas de conflicto que contienen los actos de Derecho derivado, no puede ignorar la existencia de convenios internacionales, como el de Bruselas y el de Roma, que presentan una clara conexión comunitaria. La identidad entre los Estados miembros de la UE y los Estados parte en esos convenios, no sólo debe tener por consecuencia que se reconozca la primacía de las disposiciones del Derecho comunitario derivado sobre las reglas convencionales, sino igualmente que la Comunidad tenga en cuenta la existencia de una reglamentación conflictual, de alcance general, cuando se propone actuar en sectores particulares³⁸³. Aunque formalmente, las reglas convencionales y los actos del Derecho comunitario derivado pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes, unas y otras

en relación con la restricción a la autonomía conflictual que establece el art. 5.2 CR, estableciendo sólo un criterio más impreciso. *Vid.* W.H. ROTH: "Angleichung...", *cit.*, pág. 169. Frente a este argumento, y aunque sólo sea por razones de seguridad jurídica, J. BASEDOW ha puesto de relieve que los conocidos como "Casos de Gran Canaria", donde los jueces alemanes aplicaron el Derecho alemán de protección de los consumidores a contratos celebrados por turistas alemanes, y captados en las islas Canarias o Baleares por empresas alemanas, a pesar de que no se reunían los requisitos establecidos por el art. 5.2 CR para determinar la protección de la ley de la residencia habitual del consumidor, podrían haber sido resueltos de forma más adecuada si hubieran dispuesto de una norma flexible como la que establece el art. 6.2 de la Directiva, capaz de tener en cuenta la variable e inopinada realidad de los casos, en lugar de realizar una interpretación que muy difícilmente tenía cabida en la literalidad de ese precepto. *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 28.

³⁸² E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 15. Según los autores, esta solución sería congruente con la previsión realizada por los Estados miembros del CR en el momento de la firma, donde se realiza una Declaración Común bajo cuyo tenor: "Preocupados por evitar, en toda la medida de lo posible, la dispersión de normas de conflictos de leyes en una multiplicidad de instrumentos y las divergencias entre tales reglas, desean que las instituciones de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias sobre la base de los Tratados que las han constituido, se esfuercen, cuando proceda, por adoptar las normas de conflictos que, en lo posible, estén en armonía con las del convenio". Además de este argumento, nada impediría -al margen de esa previsión- la adopción de una respuesta acorde a las previsiones del CR, sobre todo si se cree que se ha llegado a dichas soluciones tras un análisis exhaustivo de la realidad del tráfico externo y que responden a los parámetros de proximidad, adecuación material, etc. En la doctrina española, asumiendo como razonables estas ideas *vid.* M.J. LUNAS DÍAZ: "La Ley de Condiciones...", *cit.*, pág. 8; B. VILÀ COSTA: "Comentario al art. 3", *cit.*, pág. 39.

³⁸³ E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 15. En igual sentido *vid.* D. MARTINY: "Bestimmung des Vertragstatuts", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, pág. 34. Entre nosotros, *vid.* M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio...", *cit.*, págs. 488-489. También *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "Efforts Concertés d'Unification et Coexistence des Règles de Droit International Privé dans les Système Étatique", *cit.*, pág. 114. Este autor, aun defendiendo la necesidad de salvaguardar la coherencia de los distintos instrumentos, indica que las soluciones de las directivas se encuadrarían dentro de las exigencias de especialización del sistema.

regulaciones forman una *unidad funcional*, orientada al establecimiento y funcionamiento del mercado interior. La identificación de esta unidad funcional determinaría que la Comunidad, cuando legisla en la materia, deba velar porque toda reglamentación complementaria respete la inspiración y los principios de base de las convenciones, en tanto que leyes generales, y que toda derogación a las reglas convencionales explique porqué se aparta de la reglamentación general, cuyos principios e inspiración debería respetar en la medida de lo posible.

Algunas directivas comunitarias dictadas para la protección del consumidor en el ámbito contractual pretenden asegurar la aplicación de sus disposiciones cuando la situación presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros de la Comunidad. Esta regla, sin embargo, sólo establece el cuadro de inspiración para la formulación de criterios de conexión más precisos. Como indican E. Jayme y Ch. Kohler, en principio incumbiría a los Estados miembros completar estas reglas de conflicto fragmentarias y designar, mediante la concreción de la regla flexible de la vinculación estrecha con los Estados de la UE, la ley cuyas disposiciones protectoras deben ser de aplicación a pesar de la elección de la ley de un país tercero. Sin embargo, dicha interpretación vendría constreñida por el principio de conciliación. "Teniendo en cuenta los principios de armonía y de conciliación, y a fin de evitar que los Estados miembros seleccionen criterios diferentes para concretar este concepto, *sería posible partir de la premisa de que existe un vínculo estrecho cuando las reglas del convenio de Roma designen como aplicable, a falta de elección, la ley de un Estado miembro. Concretamente, esta ley será, bien aquella del Estado de la residencia habitual del consumidor en la hipótesis del art. 5, bien aquella del Estado a que conducen las conexiones previstas por el art. 4*"³⁸⁴. La opción del legislador comunitario favorable a normas que impiden esta conciliación, como ocurre con el caso del art. 9 de la Directiva sobre los contratos de *time-share*, que se aparta de las soluciones del art. 5 CR, tendría el riesgo de poner en cuestión la unidad del sistema conflictual creado por el convenio³⁸⁵. Un planteamiento también conciliador entre las soluciones convencionales y las institucionales ha sido reproducido por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado en sus conclusiones sobre la propuesta de Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo³⁸⁶.

³⁸⁴ E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 20. Teniendo en cuenta esta regla, la imperatividad de las normas que contienen las directivas sobre protección de los consumidores podría conseguirse mediante la aplicación combinada de los arts. 5 y 7.1 CR. En primer lugar, cuando se den los presupuestos de aplicación del art. 5, la elección de ley aplicable no podría tener por efecto impedir la aplicación de las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor. No obstante, cuando no se den las circunstancias a que se refiere el art. 5, podrían aplicarse aún por la vía del art. 7.1 CR. También *vid.* E. JAYME: "Europäische Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken", en Hommelhoff/Jayme/Mangold (Hrsg.), *Europäischer Binnenmarkt, IPR und Rechtsangleichung*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, págs. 45-46; E. JAYME: "Europäisches Kollisionsrecht: Grundlagen - Grundfragen", en P. Ch. Müller Graff (Hrg) *Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, pág. 16.

³⁸⁵ E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 18.

³⁸⁶ AAVV: "Conclusion du Groupe européen de droit international privé sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, présentée par la Commission le 23 août 1996", *IPRax*, 1998, pág. 139. El Grupo se mostró contrario a la redacción del art. 7.2 de la Directiva indicada por considerar que contradecía la regla del art. 5 del CR. Coincidiendo también en la

necesidad de tomar como referencia al CR para la interpretación de la expresión "vínculo estrecho" utilizada por las directivas comunitarias, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet, op. cit.*, págs. 451-452; L. CANNADA BARTOLI: "Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori", *Riv.dir.int.*, 1995, págs. 335-336; L. FUMAGALLI: "Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1994, págs. 29-31.

4. Diversidad de objetivos del Derecho convencional y del Derecho comunitario

La tesis que se acaba de exponer facilita notablemente la interpretación de las directivas comunitarias, logra uniformidad, y genera la ansiada coordinación entre unas y otras disposiciones del Derecho comunitario. Ahora bien, la interpretación que se propone adopta como premisa una unidad funcional entre el Derecho convencional de contratos y las directivas comunitarias, que queda por demostrar. El hecho de que las normas de DIPr. contenidas en las directivas sean fragmentarias o incompletas, que sólo indiquen el resultado a atender, y en estos casos de una manera muy flexible, no significa que hayan de perseguir, por necesidad, los mismos fines que las normas de conflicto del CR³⁸⁷. Habida cuenta del carácter prevalente que corresponde al criterio de interpretación teleológico, cabría mantener pautas distintas de interpretación de una y otra normativa si se demostrara que los principios y motivaciones que inspiran a los diferentes legisladores (convencional e institucional) son también distintos. La interpretación que haya de proceder de las normas de DIPr contenidas en las directivas dependerá mucho, pues, de que sea posible descubrir entre unas y otras normas la existencia de una identidad funcional. A continuación vamos a intentar esbozar las razones que explican las soluciones del CR, tanto a nivel general como en relación con la protección de los consumidores. En un segundo momento será preciso averiguar si esas mismas razones dan o no sentido a las normas comunitarias que delimitan el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho europeo de consumidores.

Las soluciones que establece el CR para la regulación de los contratos internacionales responden a una mecánica de unificación de normas de conflicto dirigida a excluir el problema del *forum-shopping*, que puede aparecer como consecuencia de la actuación de las reglas de reconocimiento y ejecución de decisiones establecidas por el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. En efecto, como ha señalado la doctrina, el CR no es la manifestación más original de la influencia del Derecho comunitario sobre los conflictos de leyes, pues este convenio no es más que un instrumento tradicional de DIPr. que se inserta en la tradición de los convenios de Derecho uniforme³⁸⁸. La mayoría de las soluciones del CR pretenden excluir los problemas de *forum-shopping* estableciendo soluciones a los problemas de ley aplicable que suscita la contratación internacional, que puedan ser consideradas como razonables en una situación concreta, a la vista de la previsibilidad que las partes pueden tener respecto a la aplicación de un concreto Derecho, o de exigencias de política social relacionadas con la protección de una parte débil en el contrato. *La admisión de la autonomía conflictual, la localización objetiva del contrato en el país del prestador característico, la cláusula de los*

³⁸⁷ En este mismo sentido, indicando la diversidad de fines, *vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, págs. 14-15; D. MARTINY: "Europäisches Internationales Vertragsrecht - Ausbau und Konsolidierung", *ZEuP*, 1999, pág. 251. Mención especial merece el excelente trabajo de S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *ZVglRWiss*, 1998, págs. 124 y ss, cuyo objeto es la identificación de las exigencias de regulación que derivan de las directivas comunitarias sobre la regulación estatal de DIPr en el sector de la ley aplicable.

³⁸⁸ *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, pág. 87; J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 12.

vínculos más estrechos, las restricciones a la autonomía conflictual en los contratos de consumo son, todas ellas, soluciones vinculadas directamente con el ámbito de la justicia particular, donde al juez ni al intérprete queda permitido introducir parámetros que tengan que ver con la voluntad reguladora de una concreta normativa estatal.

A diferencia de este esquema, que viene cargado de razones de justicia particular, las directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor se insertan en el ámbito de la aproximación de legislaciones necesario para la construcción del mercado interior (art. 95, apartados 1 y 3 TCE), o en el de la política comunitaria de protección de los consumidores (art. 153 TCE), y tienen una connotación relacionada con la construcción del mercado interior³⁸⁹. 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*. El establecimiento de condiciones equivalentes de protección de los consumidores en los diferentes países de la Comunidad, y por tanto de unas condiciones de competencia análogas para todas las empresas, resulta necesario para el adecuado funcionamiento del mercado interior. Este objetivo podría quedar desvirtuado en dos tipos de situaciones, a saber, si los niveles de protección de los consumidores son diferentes en los Estados de la Comunidad, 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 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 Comunidad en este último sentido, la aplicación del Derecho de Estados terceros que conceden al consumidor una protección inferior a la establecida por el legislador comunitario, no solamente supone que se defrauden las expectativas de protección del consumidor concreto que pueda esperar la aplicación del Derecho comunitario (función de protección individual) sino que introduce una importante distorsión en las condiciones de competencia en el mercado, favorable a las empresas sometidas a regímenes de protección del consumidor menos severos. El sistema podría conducir, por ende, a la fuga del Derecho comunitario a través de las normas de DIPr, lo que desvirtuaría por completo la política comunitaria de protección contractual al consumidor. Por esta razón, como correlato en DIPr. a la armonización material, para la construcción del mercado interior el legislador ha otorgado al Derecho comunitario un ámbito de aplicación espacial concreto, relacionado con su propia finalidad, que se traduce en la inclusión en las directivas comunitarias de normas que extienden su ámbito de aplicación en el espacio a los supuestos conectados con el mercado interior. *La finalidad de las directivas relativas a la*

³⁸⁹ J. BASEDOW ha puesto de relieve la distinta calidad de las normas de DIPr que existen en el Derecho comunitario, diferenciando netamente, en lo que ahora interesa, las normas de conflicto que sirven a la consecución del mercado interior, que contienen regulaciones parciales de DIPr, de las normas de conflicto clásicas contenidas en el texto del CR. *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 14.

*protección contractual del consumidor desborda el propósito tuitivo y penetra de lleno en el terreno de la ordenación del mercado*³⁹⁰. A la vista de estas observaciones, cabe afirmar que cualquier interpretación armónica del CR y de las directivas a que pueda llegarse no será más que una pura coincidencia. Sin perjuicio del análisis que seguirá en torno a la proyección de las finalidades del Derecho comunitario de protección de los consumidores sobre el ámbito de aplicación en el espacio de este Derecho, cabe afirmar en este momento de la investigación que reconducir la aplicación del Derecho comunitario de protección de los consumidores a la dinámica propia de la conexión objetiva del art. 4 CR, para determinar la aplicación de aquél Derecho cuando el contrato sea localizado de forma objetiva en un Estado miembro de la Comunidad, supone dar relieve a la protección comunitaria a través de normas que tienen por objeto servir, sólo y exclusivamente, al interés de las partes³⁹¹.

5. Artículo 5 CR, mercado interior y situaciones extracomunitarias

El logro del mercado interior presupone si no la unificación jurídica, sí la existencia de condiciones equivalentes de protección de los consumidores en los países miembros de la Comunidad, lo que determina la necesidad de establecer cierta seguridad frente a la aplicación del Derecho de terceros Estados³⁹². Sin embargo, por muy variadas razones, el art. 5 CR no se revela capaz de ofrecer soluciones satisfactorias a los problemas de ley aplicable que genera la creación y funcionamiento correcto del mercado interior europeo, pues no garantiza la aplicación del nivel de protección comunitario en las situaciones conectadas con ese mercado.

Algunas de estas razones guardan relación con la *estructura interestatal de la que parte el art. 5 CR*, que no tiene en cuenta la realidad actual de un espacio económico sin fronteras constituido por el territorio de los países miembros de la UE, donde es preciso preservar un nivel concreto de protección de los consumidores, con independencia de cuáles hayan sido las

³⁹⁰ Como reconocen E. JAYME y Ch. KOHLER, "el principio de conciliación de las reglas de derecho derivado y del convenio no hace desaparecer las diferencias de inspiración entre las dos categorías de textos. Cuando esos textos pretenden proteger a los consumidores, la protección acordada se inscribe en un contexto de política económica más amplio, el del establecimiento y funcionamiento del mercado interior". E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, págs. 1 y ss. Recientemente S. Krebber ha puesto de relieve que el principio de la eficacia completa de las directivas (*volle Wirksamkeit einer Richtlinie*), donde se incluyen el efecto bloqueo, el efecto directo, el efecto interpretativo o la indemnización de daños por no transposición, resulta trasladable a la cuestión de la aplicabilidad en el espacio de una directiva en los supuestos de hecho transfronterizos. *La conexión del Derecho comunitario con objetivos político económicos* determina que los criterios de aplicación espacial de esta regulación puedan ser diferentes a los que se siguen para la aplicabilidad en el espacio de las leyes estatales, donde se tratará, tan solo, de hallar la sede de la relación jurídica. S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 136 y 145. También B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.* pág. 49.

³⁹¹ S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 145-146.

³⁹² Como indica Basedow, la garantía conflictual del mercado interior contra el Derecho de terceros Estados es un objetivo material del Derecho comunitario. *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 31.

circunstancias de conclusión del contrato. En atención a esta idea, las insuficiencias del sistema instaurado por el art. 5 CR se revelan en todos los supuestos, que pueden presentarse con relativa facilidad, en que el contrato de consumo se celebra en un país de la Comunidad distinto de aquél de la residencia habitual del consumidor³⁹³, pudiendo éste ser considerado, sin embargo, como consumidor pasivo. Cabe pensar en el contrato celebrado entre un consumidor, supongamos de nacionalidad alemana, con residencia habitual en España que se traslada de vacaciones a San Juan de Luz (Francia), donde contrata con una sociedad norteamericana que realiza allí su publicidad o dirige una oferta al consumidor. En la perspectiva del art. 5 CR, el carácter pasivo del consumidor no basta para hacer a éste merecedor de la protección de la ley de su residencia habitual cuando no existe coincidencia entre el país de la residencia habitual del consumidor y el país donde el cocontrante realiza su oferta o publicidad. La inaplicación del art. 5 CR conllevará la admisión ilimitada de la autonomía conflictual y, en su caso, la aplicación de la ley norteamericana como ley del país donde el prestador característico posee su residencia habitual³⁹⁴. Sin embargo, si nuestro turista decide pasar sus vacaciones pocos kilómetros más al sur, en las playas de Irún, el sistema del art. 5 CR no pondría ningún inconveniente para concederle, en la medida en que fuera un consumidor pasivo, la protección del consumidor establecida por la ley española. El resultado, sin embargo, resulta manifiestamente contrario con el funcionamiento del mercado interior, que queda muy en entredicho si la concesión del nivel de protección propio del Derecho comunitario se condiciona al hecho de atravesar o no una frontera³⁹⁵.

Por otra parte, *la clasificación dual de los consumidores que establece el art. 5 CR también se muestra insuficiente para las necesidades de la construcción del mercado interior*. La relación que existe entre la protección del consumidor en la Comunidad y el establecimiento de condiciones equivalentes de competencia para las empresas dentro del mercado interior, hace bien difícil asumir la distinción entre consumidor activo y consumidor pasivo, tal y como aparece definida en el art. 5 CR., con las diferencias de tratamiento que conlleva dicha distinción. Si un consumidor con residencia habitual en España solicita la venta de un producto a una empresa italiana, parece bien claro que la caracterización activa del consumidor no debería llevar a privarle del nivel de protección comunitario. Sin perjuicio de la bondad del

³⁹³ J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 32; M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5 Cc", *cit.*, págs. 677-678; B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, pág. 50; Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 322. Esta deficiencia quedó patente en los denominados "casos de Gran Canaria".

³⁹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.L. CALVO CARAVACA y otros: *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pág. 447.

³⁹⁵ Para estos supuestos se ha propuesto considerar a la Comunidad en su conjunto, como un sólo país, al objeto de determinar la aplicación de los arts. 3.3 y 5 CR. *Vid.* O. LANDO: "The EEC convention on the Law applicable to Contractual obligations", *CMLR*, 1987, págs. 159-214. No obstante, esta propuesta no consigue determinar qué Derecho estatal habrá de ser aplicado. Para resolver este inconveniente, se ha propuesto la aplicación del Derecho del país de la UE al que remite el sistema de normas de conflicto del CR para caso de falta de elección de ley. B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, págs. 50-51.

modo en que el art. 5 CR caracteriza a los consumidores como activos o pasivos³⁹⁶, si la protección únicamente se brinda al consumidor que pueda ser considerado como pasivo, porque reciba una oferta especialmente dirigida, el régimen de competencia de las empresas en la Comunidad podrá variar fuertemente en dependencia de las circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato. Con arreglo al art. 5 CR, un consumidor con residencia habitual en España que demande a una empresa alemana la venta de un producto sin que haya existido una oferta previa de la empresa alemana o publicidad sobre el mercado español, podrá quedar sometido, sin límites, a la ley elegida por las partes. Y sin embargo, parece claro que un contrato de estas características posee una estrecha vinculación con el mercado interior. El concepto de mercado interior no resulta compatible con la posibilidad de condicionar la concesión del nivel de protección comunitario al carácter pasivo del consumidor, dejando al que, por ejemplo, ha contratado sin recibir antes una oferta especialmente dirigida, o que no reúna las condiciones del art. 5 CR, desamparado de dicha protección cuando la empresa cocontratante realiza su actividad hacia la Comunidad. La eliminación de esta dualidad de tratamiento jurídico no tiene que ver, a nuestro modo de ver, con la necesidad de dar un tratamiento igual a todos los ciudadanos de la Unión Europea³⁹⁷, sino que aparece relacionada con el propósito de someter a las empresas a condiciones de competencia similares en la Comunidad³⁹⁸. *En todas estas situaciones, será preciso que el Derecho comunitario, a través de normas especiales de ley aplicable, asegure su imperatividad frente a la dinámica aplicativa del CR, que en tales casos no establece límites a la autonomía conflictual*³⁹⁹.

Junto a las insuficiencias del art. 5 CR que derivan de la configuración interestatal de este precepto, su estrecho ámbito material, que no se extiende sobre todos los contratos de consumo⁴⁰⁰, tampoco contribuye a proporcionar resultados satisfactorios de ley aplicable para

³⁹⁶ Recientemente N. DOWNES cuestiona que pueda atribuirse la condición de consumidor activo al que se ha desplazado de un país a otro por su propia cuenta. La cualidad de activo debería determinarse por el animus. Activo debería ser el consumidor que se dirige a comprar algo, o ve algo y lo compra, sin más, y no aquél que es esperado, captado e incluso seducido, en lugares que reproducen con gran esmero el entorno social de su país de origen, el idioma, la comida, bebida y música que les son más propios. *Vid. N. DOWNES: Los contratos..., op. cit., pág. 263.*

³⁹⁷ Para N. REICH las directivas pretenden proteger al ciudadano, como consumidor, en el mercado interior. El universalismo del CR debe ser sustituido por la primacía de un ámbito jurídico uniforme en la UE, que asegure a sus ciudadanos un estándar uniforme mínimo y con ello el Derecho de la ciudadanía de la Unión. *Vid. N. REICH: "EG-Richtlinien...", cit., pág. 121.*

³⁹⁸ El rechazo de esta dicotomía de consumidores no se extiende, claro está, a la posibilidad de establecer niveles de protección materiales aún más elevados para el consumidor pasivo, tratando con ello, por ejemplo, de protegerlo frente a técnicas de venta de contenido especialmente agresivo. Pero este nivel de protección vendrá dado, dentro del marco comunitario, por la existencia de una desigualdad fáctica entre unas y otras situaciones.

³⁹⁹ *Vid. infra* epígrafe III. Al igual de lo que sucede con el art. 5 CR, tampoco el art. 9.5 CR es una norma que sirva a las necesidades del mercado interior.

⁴⁰⁰ El art. 5 se aplica a aquellos contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles o

las situaciones vinculadas con el mercado interior. El art. 5 CR no garantiza la aplicación del nivel comunitario de protección de los consumidores a los contratos no comprendidos en el *ámbito de aplicación material* de ese precepto por consumidores con residencia habitual en un Estado miembro de la Comunidad, a pesar de la vinculación de estas situaciones con el mercado interior. Por otra parte, la excepción que comporta el art. 5.4 CR, cuando 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 aquél, tampoco ayuda a conseguir la equivalencia entre las condiciones de competencia a que están sometidas las empresas que ofrecen productos en la Comunidad. Cabe pensar en los supuestos de contratos de turismo, donde los servicios serán prestados, sólo y exclusivamente, en un país distinto de aquél del de la residencia habitual del consumidor. Esta situación llevará al consumidor a perder también, por vía de una elección de ley o a través de una localización objetiva del contrato, el nivel comunitario de protección.

Para paliar esta situación, cabría proponer una modificación o ampliación del ámbito de aplicación del precepto, que conduciría a asegurar el nivel de protección comunitario para todos los contratos de consumo en los que el consumidor pasivo tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la Comunidad⁴⁰¹. Sin embargo, a la vista del carácter universal de las

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 art. 5 los contratos sobre bienes inmateriales, los contratos sobre bienes inmuebles (M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5 Cc", *cit.*, pág. 670), y los contratos de *timesharing*. *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, págs. 31-32; N. DOWNES: *Los contratos...*, *op. cit.*, pág. 264; Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 322. Como indican B. VILA COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO, esta definición contrasta con la más amplia de nuestra LGDCU (art. 1.2) que, por ejemplo, incluye las adquisiciones de inmuebles. *Vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 297. Cabe cuestionar si buena parte de los contratos más frecuentes en Internet - en concreto, los relativos a la adquisición en línea de material digital- quedan fuera del ámbito material del régimen especial por no constituir propiamente contratos sobre prestación de servicios ni suministro de mercaderías, sino acuerdo de licencia de derechos de exclusiva que, pese a ser contratos celebrados por un consumidor en sentido amplio, quedarían al margen de ese régimen especial. En opinión de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, pese a que la transmisión a un ordenador de material digital (por ejemplo, de programas de ordenador o productos multimedia) se produce directamente a través de internet no existe entrega de un bien corporal y se trata de información protegida por derechos de propiedad intelectual, no es razonable equiparar esa transacción a una mera licencia de tales derechos, salvo que ésta constituya el objeto principal de la transacción, debiendo ser rechazadas, a los efectos de interpretar el ámbito material de las normas de protección de los consumidores, las propuestas de singularizar esos contratos como una categoría en todo caso sustancialmente distinta tanto de los contratos de suministro de mercaderías como de prestación de servicios". P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet*, *op. cit.*, pág. 403.

⁴⁰¹ P.DE VAREILLES-SOMMIÈRES: "Un droit international privé européen?", *cit.*, págs. 141. La simplificación del art. 2 tiene la ventaja de que un juez no tendrá que hacer distinciones entre las situaciones internacionales europeas, sometidas al convenio, y las situaciones internacionales no europeas, sometidas a una regla de conflicto convencional. La unidad del art. 2 suprime todo riesgo de duda sobre la regla de conflicto aplicable. Para J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "la claridad normativa y la sencillez de respuesta jurídica demandan una reforma urgente del art. 5 CR que permita reunir bajo dicha norma la protección del consumidor a nivel de ley aplicable a las operaciones internacionales de consumo". J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.L. CALVO CARAVACA

soluciones del CR, no creemos que sea ésta la solución más adecuada. El art. 5 CR es una norma cuya operatividad no distingue entre situaciones conectadas con el mercado interior y situaciones extracomunitarias, por lo que cualquier modificación que tuviera lugar en este precepto para paliar las insuficiencias que su funcionamiento revela en el ámbito de las relaciones intracomunitarias, supondría extender sus beneficios, de forma inmediata, sobre relaciones jurídicas que no reclaman un tratamiento especial por su vinculación con la integración europea. En efecto, en la medida en que el precepto supone dar relevancia a la ley del país de la residencia habitual del consumidor, y dicha sede puede situarse en un Estado tercero, el otorgamiento de un ámbito de aplicación muy amplio al art. 5 CR supondría *obligar* a los Estados miembros de la Comunidad, en muchas ocasiones, a tener que aplicar el Derecho imperativo de países ajenos a la UE⁴⁰². La aplicación de la ley del país de la residencia habitual del consumidor, que podría ser estimada como la solución apropiada en todas las situaciones de consumo pasivo intracomunitarias, no tendría porqué serlo en las situaciones extracomunitarias. A la vista de estas consideraciones, al igual que de las anteriores, cabe observar la conveniencia de otorgar autonomía al sistema de ley aplicable a los contratos de consumidores en el ámbito del mercado interior respecto al modo en que tiene lugar esta protección en las situaciones extracomunitarias, no vinculadas con el mercado interior.

Al igual que sucede con el art. 5 CR, el art. 9.5 CR tampoco se revela apropiado para satisfacer las necesidades de protección de los consumidores en el mercado interior⁴⁰³. En primer lugar, sólo se aplica a los contratos de consumo a que se refiere el art. 5 CR, y se dejan fuera otros contratos de consumo a los que sí se refieren las directivas. En segundo lugar, no ofrece la protección en materia de forma a los contratos conectados con el mercado interior cuando el contrato no se celebra en el país de la residencia habitual del consumidor.

III. DIMENSIÓN EXTERNA DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE PROTECCIÓN CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES

1. Introducción

y otros: *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pág. 450.

⁴⁰² El texto del art. 5, por su naturaleza convencional, es fruto de una serie de compromisos, que exigían una cierta simplicidad para no poner en juego sus posibilidades de supervivencia. Sus redactores no tuvieron intención de proteger - restringiendo la autonomía conflictual - a todos los consumidores, sino de establecer una norma de conflicto específica para determinados contratos celebrados por los mismos. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe...", *cit.*, pág. 23. Como indica N. DOWNES, la ambigüedad fue deseada, no se quiso definir el contrato de consumo para no entrar en conflicto con las distintas nociones de las legislaciones nacionales. N. DOWNES: *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 259.

⁴⁰³ Sobre el problema de la disociación entre la ley aplicable al fondo y a la forma en los contratos de consumo, *vid.* M. REQUEJO ISIDRO: *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998, págs. 214-217.

Descubierto que las directivas comunitarias y el CR no responden a iguales finalidades, conviene ahora determinar, con mayor precisión, cuál debería ser el ámbito de aplicación de aquellas normas a la vista de los objetivos declarados. Esta operación es necesaria a la vista de la configuración de las normas de DIPr que contienen las directivas relativas a la protección del consumidor. En efecto, sólo en contadas ocasiones las propias directivas establecen un criterio preciso, de aplicación inmediata, para la definición de su alcance espacial, lo que reduce la necesidad de la labor interpretativa. Por el contrario, la mayoría de las normas delimita el ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario a través del empleo de un criterio flexible (vinculación estrecha con un Estado miembro de la UE). El empleo directo de este criterio normalmente no es posible, por lo que resulta necesario recurrir a una cuidadosa labor interpretativa, para la cual vienen a colación, sobre todo, los objetivos perseguidos por tales normas, y el ámbito de aplicación espacial que de tales objetivos quepa deducir. La definición de ese ámbito resulta de interés para conocer el alcance de la obligación de los Estados miembros de la UE de modificar o, en su caso, reinterpretar, su sistema de ley aplicable. Y a su vez, para conocer los límites de las habilitaciones concedidas a cada Estado para alterar el sistema de ley aplicable del CR.

En las páginas que siguen pretendemos construir un contexto hermenéutico propio para el Derecho comunitario de protección de los consumidores, a partir de las finalidades enunciadas por ese Derecho.

2. Propuesta de interpretación del criterio de la vinculación estrecha con el territorio de uno o varios Estados miembros de la Comunidad

La determinación del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias pasa por determinar cuándo existe una vinculación estrecha de un contrato de consumo con el territorio de un Estado miembro. Dicho "vínculo estrecho" deberá ser determinado de forma autónoma, para procurar la unificación jurídica que pretenden estas directivas⁴⁰⁴. Como ha señalado P.

⁴⁰⁴ S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág.

Lagarde, 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, por lo cual el descubrimiento de esas finalidades en las directivas comunitarias resultará del mayor interés en la interpretación de las normas de DIPr de que ahora tratamos⁴⁰⁵. El primer dato que ha de tenerse en cuenta para interpretar dicho criterio es la pertenencia de las normas que analizamos al Derecho comunitario. Dichas normas forman parte de ese ordenamiento lo que las hace partícipes de un particular contexto hermenéutico⁴⁰⁶. La conexión con las funciones y finalidades del Derecho comunitario de las normas de DIPr contenidas en las directivas determina la necesidad de investigar qué función cumplen esas normas en el Derecho comunitario⁴⁰⁷.

La lectura de las directivas comunitarias dictadas para la protección contractual del consumidor 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*⁴⁰⁸. De otro, muchas de ellas, cuyo

145.

⁴⁰⁵ Vid. P. LAGARDE: "Les principes de droit international privé hier, aujourd'hui et demain", *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, 1994, pág. 19. Indicando la dependencia de la valoración del criterio del "vínculo estrecho" en relación con la sectorialización del DIPr, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *RDP*, 1995, págs. 784-785.

⁴⁰⁶ En sus palabras, "*mit anderen Worten darf die Systematisierung nicht bei den rechtsformalen Qualitäten der Kollisionsnorm ansetzen, sondern bei dem Regelungskontext, dessen Teil si ist, und das bedeutet: wir müssen sie vor ihrem sachrechtlichen Hintergrund verstehen*". Vid. J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht", en A.K. SCHNYDER, H. HEISS y B. RUDISH: *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facildes*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, pág. 12.

⁴⁰⁷ J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 12.

⁴⁰⁸ Según la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, "... para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de estos contratos".

fundamento es el art. 95 TCE (ex art. 100 A), o una combinación de éste con el art. 153 TCE (ex art. 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*⁴⁰⁹. En principio, ambas finalidades podrían poseer vocación para derivar de ellas apreciaciones relevantes al objeto de determinar el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho comunitario⁴¹⁰. En nuestra opinión, de la primera de las finalidades perseguidas no resulta posible derivar criterios de utilidad para determinar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Esta posibilidad, no obstante, ha sido afirmada por B. von Hoffmann quien entiende que la protección del consumidor quedaría optimizada si se diera a éste la posibilidad de elegir entre la ley de su residencia habitual o la ley del mercado en el que se encuentra⁴¹¹. Como tendremos oportunidad de exponer más adelante⁴¹², la protección del consumidor en la determinación del Derecho aplicable al contrato encuentra justificación sólo

⁴⁰⁹ Según la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, "las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros". Según el considerando tercero de la Directiva 1999/44/CE del PE y del Consejo de 25 de mayo de 1999, "las legislaciones de los Estados miembros sobre la venta de bienes de consumo presentan disparidades, como consecuencia de las cuales existen diferencias entre los mercados nacionales en materia de ventas de bienes de consumo y se puede falsear el juego de la competencia entre los vendedores". Según el considerando 4º de la Directiva 97/7/CE del PE y del Consejo de 20 de mayo de 1997, "determinados Estados miembros han tomado ya disposiciones distintas o divergentes de protección de los consumidores en materia de venta a distancia, con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre empresas en el mercado interior; que, por consiguiente, la introducción de unas normas comunes mínimas a nivel comunitario es necesaria en este ámbito". Según el considerando 8º de la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores afirma que "si los Estados miembros adoptaran disposiciones divergentes o diferentes para la protección de los consumidores en materia de comercialización a distancia de servicios financieros, esto tendría una incidencia negativa en el funcionamiento del mercado interior y en la competencia entre las empresas dentro de éste".

⁴¹⁰ Y así lo pone de relieve B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, pág. 49.

⁴¹¹ B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, pág. 49.

⁴¹² *Vid. infra* epígrafe IV, 2.

por razón de las circunstancias de su celebración, mereciendo esa protección únicamente los consumidores que puedan ser considerados como pasivos⁴¹³. Más allá de esta idea, del propósito tuitivo de las normas materiales de protección de los consumidores no es posible extraer criterios que sirvan para delimitar el ámbito de aplicación de las directivas.

Sin embargo, la segunda de las finalidades sí que posee una interesante perspectiva espacial cuya utilización como elemento de interpretación para la definición del vínculo estrecho a que se refieren las directivas comunitarias resulta del mayor interés⁴¹⁴. 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 otorgar al Derecho comunitario un ámbito de aplicación suficientemente amplio, que garantice la existencia de condiciones de competencia equivalentes en todo el mercado interior. O dicho de otro modo, las directivas deberán obtener aplicación cuando esté en juego la competencia en el mercado interior. A la vista de esta finalidad, proponemos 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. La aplicación imperativa del Derecho comunitario habrá de proceder, en conformidad con esta idea, siempre que, como resultado de la aplicación del Derecho de un tercer país que otorgue al consumidor una protección inferior a la establecida por el Derecho comunitario, se provoque una alteración de las condiciones de competencia en el Mercado interior que favorezca a unos competidores en

⁴¹³ Sin perjuicio de que la expresión "pasivo" haya de recibir oportunas precisiones. Otra solución supondría gravar a los empresarios con unos costes difíciles de evaluar cuando se vean sometidos a leyes no previstas, como consecuencia de una elección del consumidor. E. ZABALO ESCUDERO: "E. ZABALO ESCUDERO: "Aspectos jurídicos...", *cit.*, págs. 125-126.

⁴¹⁴ No obstante, manifestando cierto escepticismo en relación con esta idea, *vid.* B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, pág. 49. Según expone, sería dudoso si las directivas deberían aplicarse a los empresarios y consumidores que tienen su sede en la Comunidad Europea, o también aquellos que operan sobre el mercado de la Comunidad, sin tener aquí su sede. Por ejemplo, la duda existiría respecto a los consumidores suizos que compran en supermercados alemanes, o los empresarios polacos, que hacen publicidad en Alemania, para atraer a los consumidores hacia Polonia. Después de probar la aptitud de las dos finalidades de las directivas para servir a la averiguación de su ámbito de aplicación en el espacio (finalidad tuitiva y ordenación de la competencia), el autor manifiesta que tales criterios no consiguen resolver el problema. Subsidiariamente, sería preciso acudir a los criterios del CR y a la idea de la armonía internacional de soluciones.

detrimento de otros.

Para averiguar cuándo existe una competencia en el Mercado interior resulta de utilidad recordar el fallo del TJCE de 27 de septiembre de 1988, dictado en el asunto conocido con el nombre de "pasta de madera"⁴¹⁵. Al aplicar el art. 85 TCE, el TJCE consideró que la ubicación fuera de la Comunidad de todas las empresas participantes en una práctica concertada en nada obstaba a que su actuación afectase a la competencia en el Mercado Común. Según el Tribunal, "desde el momento en que los productores de pasta establecidos fuera de la Comunidad efectúan ventas directamente a compradores establecidos en la Comunidad y desde el momento en que llevan a cabo una competencia de precios para conseguir los pedidos de estos clientes, existe una competencia dentro del mercado común". De esta decisión no resulta difícil deducir varias consecuencias para nuestro estudio. En primer lugar, la domiciliación no comunitaria del cocontratante no debe obstar a la aplicación del Derecho comunitario de protección de los consumidores. *El dato determinante para la existencia de competencia en el mercado interior no viene dado por la domiciliación del cocontratante en este mercado, ni por el lugar de ejecución del contrato⁴¹⁶, sino por el hecho de ofrecer productos y servicios compitiendo con otras empresas que también ofrecen sus productos y sus servicios hacia el mercado interior⁴¹⁷*. Esta conclusión, como vamos a ver, ofrece el mayor interés para extraer pautas de interpretación del ámbito de aplicación en el espacio del Derecho comunitario de protección de los consumidores.

⁴¹⁵ As. 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85: "Ahlström osakeyhtiö y otros c Comisión", Rec. pág. 5193. La aplicación del Derecho de la competencia comunitario a empresas situadas fuera de la Comunidad ya había sido afirmada por la sentencia TJCE de 14 de julio de 1972, As. 48/69 a 57/69, Rec. 619 y ss, conocido como de las materias colorantes.

⁴¹⁶ El criterio que se propone se aparta así del seguido por el art. 5.4 CR, cuando excluye de la protección a los contratos de prestaciones de servicios cuando éstos deben tener lugar, de forma exclusiva, en un país distinto de aquél en el que tiene su residencia habitual el consumidor.

⁴¹⁷ 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 art. 5.2 o es ejecutado en un Estado miembro. S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 146-147.

De lo visto se desprende que la ubicación en la Comunidad del domicilio del empresario o del consumidor no han de determinar, de por sí, la aplicación obligatoria del Derecho comunitario de protección de los consumidores. Y por el contrario, la domiciliación no comunitaria del empresario, o del consumidor, tampoco ha de determinar, de suyo, la inexistencia de necesidad de aplicación de ese Derecho. El supuesto más sencillo se produce cuando el contrato se celebra entre un *consumidor que tiene su residencia habitual en un país comunitario y un empresario que tiene también su sede en uno de esos países, y que ofrece productos o servicios dentro de la Comunidad*. La aplicación del nivel comunitario de protección del consumidor es aquí requerida, pues de lo contrario podrían producirse distorsiones a la competencia, que favorecerían la posición comercial de aquellos oferentes no sometidos al estándar comunitario. Las mismas razones determinan la necesidad de aplicar el estándar comunitario de protección de los consumidores a los contratos celebrados entre un consumidor con residencia habitual en la Comunidad y un cocontratante con residencia fuera de la Comunidad, pero que ofrece productos hacia dicho territorio.

Sin embargo, también pueden darse situaciones en las que *Podrán darse también supuestos en los que no sea preciso garantizar el nivel de protección comunitario a los contratos celebrados entre un consumidor con residencia en la Comunidad y una empresa, también con sede en la Comunidad*⁴¹⁸. Cabe pensar en las situaciones en que una empresa de la Comunidad realiza ofertas de contratos a través de agencias o sucursales en países terceros, fuera de la Comunidad, sobre las que tiene interés un consumidor que tiene su residencia habitual en un país de la Comunidad. Supongamos que el consumidor se ha desplazado temporalmente fuera de la Comunidad, donde ha celebrado un contrato con una empresa cuya sede se encuentra en la Comunidad. En este caso difícilmente podrá darse alguna de las situaciones que describe el art. 5 CR por lo que no podría limitarse la posibilidad de una elección de ley aplicable por referencia a un país tercero, por ejemplo aquél en que fue concertado el contrato. La aplicación

⁴¹⁸ Para S. KREBBER, la mera residencia habitual en un Estado miembro del cocontratante no determinar, por sí misma, el vínculo estrecho exigido por el art. 6.2 de la Directiva 93/13. S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 147.

del Derecho comunitario no se justifica en este caso, en primer lugar, porque no está en juego la competencia en la Comunidad. Y tampoco se justifica, en segundo lugar, pues podría generar graves inconvenientes económicos para las empresas comunitarias⁴¹⁹. Por otra parte, la domiciliación comunitaria del consumidor resulta en este caso absolutamente irrelevante, y no sólo porque dicho consumidor haya de ser considerado como consumidor activo, que podría no serlo, sino porque al trasladarse fuera de la Comunidad, aunque sea de forma temporal, se sitúa en una esfera de ordenación del mercado distinta de la comunitaria⁴²⁰.

La existencia de competencia en el mercado interior puede plantear *problemas de identificación en algunos supuestos*. Los problemas pueden plantearse desde el lado de la oferta como desde el lado de la demanda. En primer lugar, en la actualidad pueden plantear problemas las 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 Comunidad, a través de un mensaje de correo electrónico, resultará fácil afirmar que estamos en presencia de una acción comercial dirigida hacia el mercado interior⁴²¹. 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

⁴¹⁹ Si tenemos en cuenta que el nivel de protección del consumidor es evaluable monetariamente, y que dicho coste será repercutido a los consumidores, en el momento de realizar sus ofertas cada empresa habrá integrado en el precio el coste correspondiente al nivel de protección del país al que dirige sus productos. La aplicación del nivel europeo cuando los productos no van dirigidos al Mercado Interior determinaría una exportación de la protección difícilmente justificable y con consecuencias perjudiciales para la competencia exterior de las empresas europeas.

⁴²⁰ Piénsese en un viaje de vacaciones a Nueva York durante una semana en la cual un español, con residencia habitual en España compra a una empresa francesa a través de su sucursal en ese país un curso de idiomas. El consumidor, haya sido captado o haya promovido activamente la contratación, no podrá invocar el derecho de rescisión del contrato establecido por la ley francesa, y quedará sometido al Derecho elegido a través del contrato.

⁴²¹ Al efecto de la aplicación del art. 13 a) CB, P.A. 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. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet, op. cit.*, pág. 405.

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 UE⁴²².

No obstante, el funcionamiento de esta presunción podría suscitar cierta dificultad cuando el lugar 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 implícita⁴²³. Si el consumidor contrata con una empresa situada fuera de la Comunidad, existiendo una advertencia en la página web de que su propósito comercial va dirigido a países concretos, entre los cuales no se incluye aquél en el que se encuentra el consumidor, dicha precisión podría servir para destruir la presunción favorable a la aplicación necesaria del nivel comunitario de protección⁴²⁴. Como se comprende, este análisis resulta en parcial divergencia

⁴²² Este es, precisamente, el punto de partida que, a efectos de la competencia judicial internacional, sigue el número 3 del nuevo art. 15 de la Propuesta de Reglamento sobre la competencia judicial internacional y sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones. Esta Propuesta de Reglamento extiende los beneficios de la sección a todos los contratos de consumo cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, *dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados*, incluido éste último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. Esta noción de *actividad en el, o dirigida al, Estado del domicilio del consumidor* tiene como finalidad dejar claro que el punto 3 se aplica al *contrato de consumo celebrado en un sitio Internet interactivo accesible en el Estado del domicilio del consumidor*. El punto de partida del nuevo art. 15 es que el contratante es quien crea el vínculo al dirigir sus actividades al Estado del consumidor. La doctrina no ha tardado en indicar que planteamientos de este tipo pueden llegar a ser excesivamente gravosos para empresas que deciden establecer un sitio web en el que anuncian sus actividades y productos, para darlos a conocer a través de un nuevo medio de comunicación. En este sentido, se afirma que para la existencia de *publicidad* en el Estado del domicilio del consumidor, mediante el establecimiento de un sitio web, no es suficiente el mero hecho de que sea accesible desde ese Estado, sino que debe considerarse relevante la configuración de las páginas web así como la actitud de la empresa titular. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet, op. cit.*, págs. 406-407.

⁴²³ 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. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet, op. cit.*, pág. 408.

⁴²⁴ 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. W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, págs. 290-291. Se trata de un tema que no queda aún

con el que puede tener lugar en el ámbito del art. 5 CR, de cuya letra (la celebración ha sido precedida por publicidad) cabe deducir que el consumidor pasivo con residencia habitual en un país de la UE también se verá protegido por el Derecho de ese país cuando allí haya tenido lugar la publicidad⁴²⁵. Esta reflexión sugiere la *necesidad de no imponer una interpretación del criterio de la vinculación estrecha que utilizan las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor por referencia a las mismas condiciones de aplicación espacial que establece el art. 5.2 CR*⁴²⁶.

En segundo lugar, las dudas pueden surgir en torno a la extensión del Derecho comunitario de protección de los consumidores a los *consumidores con residencia habitual fuera de la UE*. Para los defensores del principio de conciliación, entre las disposiciones del CR y de las directivas basta que el consumidor carezca de residencia habitual en un Estado miembro de la Comunidad para que la elección de ley por referencia a un tercer Estado sea permitida. En el esquema de análisis que hemos propuesto, cuando las sociedades de la UE ofrecen productos hacia terceros países, la aplicación del Derecho comunitario simplemente no procede. El ofrecimiento de bienes y servicios hacia el mercado interior es lo que determina que esté en juego la competencia en ese mercado, y la necesidad de aplicar la protección del Derecho comunitario. No obstante, en este segundo supuesto, puede plantear dudas la extensión de la protección comunitaria cuando el consumidor no tiene su residencia habitual en la Comunidad⁴²⁷. En principio, el hecho de que las ofertas sean realizadas hacia la

del todo resuelto. Con el fin de detectar mejor las consecuencias jurídicas y las necesidades del comercio electrónico, en particular, en lo referente a las cuestiones de competencia jurisdiccional y de determinación de la ley aplicable, derivadas del desarrollo económico y transfronterizo del comercio electrónico, la Comisión pensaba organizar para el otoño de 1999 una audiencia sobre dicho tema, con la participación de los reguladores, los legisladores, consumidores, el sector económico y otros grupos afectados.

⁴²⁵ D. MARTINY: "Europäisches Internationales Vertragsrecht - Ausbau und Konsolidierung", *ZEuP*, 1999, pág. 259, con ulteriores referencias.

⁴²⁶ Sobre la compatibilidad del art. 5 CR con los principios del Derecho comunitario, y especialmente con la regla de reconocimiento mutuo, *vid. infra* IV, 2.

⁴²⁷ Estamos pensando en el supuesto en que una persona física con residencia habitual en Canadá solicita de una empresa española la compra y envío de un ordenador de ciertas características. Se trataría de saber si, en este supuesto, el consumidor podrá exigir la protección que ofrece la Directiva 93/13/CEE contra las

Comunidad encajaría con la necesidad de establecer la aplicación obligatoria del Derecho comunitario. Sin embargo, al mismo tiempo, si exigimos ese nivel de protección, podría quedar perjudicada, sin razón real que lo justifique, la capacidad competitiva de las empresas europeas en el mercado de terceros países, que si bien no ofrecen productos allí, pueden recibir demandas, de forma pasiva, desde un país ajeno a la Comunidad. Ante el difícil equilibrio de estos elementos, lo ideal sería un pronunciamiento del legislador comunitario, quien estaría en buena situación para realizar una valoración ponderada de los intereses en presencia⁴²⁸.

En defecto de una valoración legislativa, la solución quizás podría pasar por distinguir diversas situaciones en la celebración de contratos de consumo por personas no residentes en la Comunidad. En primer lugar, cuando es el consumidor el que solicita, desde su país de origen, la celebración de un contrato con una empresa que realiza sus ofertas hacia la Comunidad, no existirá motivo alguno para hacer necesaria la aplicación del Derecho comunitario, pues resultará irrazonable que el Derecho comunitario de protección de los consumidores pueda ser utilizado, en estos casos, como arma arrojadiza contra las empresas de la Comunidad, en situaciones distantes de la Comunidad. Esta solución podría venir matizada cuando la persona no residente en la Comunidad que celebra el contrato de consumo se encuentra físicamente en el territorio de un Estado miembro en el momento de la celebración del contrato⁴²⁹. La aplicación obligatoria del Derecho comunitario de protección de los consumidores en estos casos podría ser vista en el hecho de que, de otro modo, se generaría una dualidad de regímenes jurídicos de DIPr para los contratos de consumo celebrados dentro de la UE, cuya administración conllevaría notable complejidad, al quedar

cláusulas abusivas en los contratos de consumidores.

⁴²⁸ Y en este sentido, la reciente propuesta de directiva relativa al comercio electrónico, condiciona la aplicación de la protección comunitaria a la existencia de residencia habitual en la Comunidad del consumidor.

⁴²⁹ Pensemos en el caso de un turista americano que disfruta de unas vacaciones en España, o un estudiante marroquí que realiza un curso de cuatro meses en nuestro país, sin que pueda considerarse que ninguno de los dos tiene su residencia habitual en España. En este sentido, aunque sin ofrecer mayores explicaciones, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ considera que "todo el que contrate en el mercado de un Estado de la UE se verá protegido" por la normativa unilateral de las directivas. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pág. 448.

basada en datos cuya apariencia podrá no constar al empresario en el momento de la celebración del contrato. Por otra parte, la dualidad de regímenes podría deparar, tras la experiencia de las empresas, la aparición dentro del territorio comunitario de mercados con condiciones distintas, y niveles de protección inferiores, para los consumidores que se hallen en la Comunidad pero que no tengan en ese territorio su residencia habitual, quedando defraudada la intención del legislador comunitario de establecer un nivel de protección equivalente en todo el territorio de la Comunidad. Dado que en las situaciones descritas el art. 5 CR no garantizará la aplicación de la protección comunitaria, será necesario dotar de imperatividad a las normas estatales mediante la elaboración de las correspondientes normas estatales de DIPr.

Como vamos a ver a continuación, a pesar de declarar objetivos relacionados con el Derecho de la competencia en sus preámbulos, las directivas comunitarias no siguen una concepción pura de ordenación del mercado en la regulación de la protección de los consumidores. Las impurezas aparecen, en primer lugar, cuando la aplicación del nivel de protección comunitario se condiciona a la ubicación en la Comunidad de la residencia habitual del consumidor, y ello en relación con todas las matizaciones que acabamos de realizar; en segundo lugar, cuando se emplean criterios para delimitar el ámbito de aplicación espacial que resultan extraños a las finalidades del Derecho de defensa de la competencia (*ad. ex.* lugar de situación del inmueble). En tercer lugar, en la medida en que la imperatividad del Derecho comunitario queda garantizada sólo cuando la exclusión del nivel de protección es el resultado de una elección de ley, pero no cuando tiene lugar a través de una localización objetiva del contrato. No es necesario insistir en la lejanía de la conexión objetiva del CR respecto de finalidades de ordenación de las condiciones de la competencia en el mercado, lo que hace aparecer cuando menos como arbitrario la aceptación del Derecho de un tercer país hallado a través de una localización objetiva del contrato, cuando, por ejemplo, el cocontratante ofrece productos en los países de la Comunidad. Esta circunstancia, que favorecería a los competidores instalados fuera de la Comunidad, es lo que ha llevado a cierta doctrina a indicar la posibilidad de aplicar a estos casos el Derecho comunitario, por vía analógica, al existir una

laguna de regulación⁴³⁰.

A la vista de la inexistencia de explicaciones, parece improbable pensar que la diferente formulación del ámbito de aplicación en el espacio de las directivas comunitarias quede fundada en la existencia de particularidades en cada uno de los sectores de la contratación de consumidores que ha sido objeto de regulación. Parece más bien que el legislador comunitario se encuentra sumido en un período de debate o reflexión en torno a la construcción coherente del sistema contractual de protección de los consumidores, período que aún no tiene visos de concluir⁴³¹. El titubeo del legislador comunitario parece revelar cierta tensión entre dos perspectivas de análisis posible. De un lado, si se toma en consideración una de las finalidades de este Derecho, cual sería proteger a los consumidores comunitarios, la residencia habitual fuera de la Comunidad del consumidor debería comportar la inaplicación del nivel de protección comunitario del consumidor. De otro, el ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario de protección de los consumidores aparece fuertemente condicionado por la existencia del mercado interior. Este concepto, cuya acuñación responde a la necesidad de crear un espacio económico donde las fronteras políticas dejan de ser un obstáculo a la libertad de movimiento de las mercancías y de los consumidores, sólo es compatible con una extensión de la protección comunitaria de los consumidores a todas las situaciones en que esté en juego la competencia en el mercado interior.

4. Análisis de las normas expresas de DIPr contenidas en algunas Directivas

A. El art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, el art. 12 de la Directiva 97/7/CE y el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE

⁴³⁰ S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 151.

⁴³¹ En este sentido, resulta de interés la propuesta de E.M. KIENINGER y S. LEIBLE, de crear un comité científico europeo para el Derecho privado, cuya misión sería introducir coherencia y realizar desarrollos sistemáticos en la regulación comunitaria que se dicte en el ámbito del Derecho privado. E.M. KIENINGER y S. LEIBLE: "Pläyoder fúr einen "Europäischen Wissenschaftlichen Ausschuß für Privatrecht", *EuZW*, 1999, págs. 37-40.

Dada la redacción muy similar entre ellas, analizaremos estas normas de forma paralela. El art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE dispone "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad"⁴³². El art. 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". Una disposición muy parecida es la que contiene el art. 7.2 de la reciente Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Según su 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".

La formulación de estas normas revela, como acabamos de señalar, la falta coherencia del legislador comunitario con el objetivo de conseguir una regulación similar de las condiciones de competencia en el mercado común. La extensión del Derecho comunitario sólo procederá cuando la privación de la protección comunitaria haya tenido lugar a través de una elección de ley, pero no cuando dicha privación sea el resultado de una determinación de ley

⁴³² La versión definitiva de la Directiva no haya retenido la solución contenida en la proposición modificada de la comisión y según la cual las cláusulas abusivas deberían ser prohibidas independientemente de la ley aplicable. Igualmente resulta significativo que el art. 6.2 de la directiva no haya tomado al consumidor como elemento de referencia para elegir por ejemplo la residencia habitual de este como criterio de conexión.

de carácter objetivo. Cuando la empresa y el consumidor tienen su sede y residencia habitual respectivamente en territorio de la UE, la norma cumple bastante bien su propósito. La determinación objetiva de ley aplicable, que entraría en juego en defecto de elección de ley, determinará la aplicación del estándar comunitario de protección. Sin embargo, cuando la sede de la sociedad cocontratante se encuentra fuera de la Comunidad, no será posible asegurar dicha protección al consumidor. Y los supuestos de ofertas recibidas en la Comunidad de empresas con sede fuera de la Comunidad no han de considerarse como al margen de lo posible. Puede pensarse en el caso en que un consumidor, teniendo su residencia habitual en un país de la Comunidad, se desplaza a otro y celebra allí un contrato de consumo. En esta situación resultará inaplicable el art. 5 CR, precepto que no puede garantizar a un consumidor la protección del país de su residencia habitual cuando el contrato se celebra en un país distinto. El nivel de protección comunitario no queda asegurado por dicho precepto. Si la sociedad cocontratante tiene su sede fuera de la Comunidad (por ejemplo se compra a través de una sucursal o por vía de un mecanismo de la sociedad de la información), la localización objetiva del contrato determinará la aplicación de la ley de ese Estado. En defecto de elección de ley, será de aplicación la de un Estado no parte en la Comunidad. La consecuencia no es otra que la de privar al consumidor de la protección de nivel comunitario por el hecho de haber contratado en un país comunitario distinto de aquél de su residencia habitual con una sociedad con sede fuera de la Comunidad que ofrece productos en territorio comunitario. Incluso a pesar de que dicho consumidor no pueda ser considerado como activo. El resultado es inadecuado no sólo por la desigualdad de trato que genera, donde el hecho de traspasar una frontera origina la pérdida de un estándar de protección. Sino también porque sitúa a las empresas comunitarias ante la necesidad de hacer frente a la fuerte competencia de empresas situadas fuera de la Comunidad, que se someten a estándares de protección del consumidor quizás inferiores. La consecuencia es que las condiciones de competencia de sociedades radicadas fuera de la Comunidad podrían ser jurídicamente más ventajosas que las condiciones a que quedan sometidas las empresas radicadas en la Comunidad. Este problema deriva de la estructuración del art. 5 y de todo el CR, que está pensando en países aislados, y no tiene en cuenta, por tanto, no sólo la movilidad de las empresas, sino también de los consumidores dentro del mercado común. A la vista de estas reflexiones resulta difícilmente explicable el

hecho de que la versión definitiva de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo haya modificado el tenor del art 6.2, que extendía la protección comunitaria también cuando no quedara garantizada a través de una localización objetiva del contrato⁴³³. De la diferencia entre "conexión con el territorio de un Estado miembro" o "de uno o varios Estados miembros" parece difícil extraer consecuencias jurídicas concretas, pues unas y otras expresiones no son más que manifestaciones del modo en que cabe acuñar el principio de proximidad en una norma.

B. El art. 9 de la Directiva 94/47/CE

La Directiva relativa a la protección de los adquirentes de time-sharing contiene una norma distinta a las que acabamos de analizar. El art. 9 de la Directiva indica "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". Al contrario de las anteriores, la Directiva excepciona tanto los supuestos de elección de ley por referencia al Derecho de un Estado tercero, como las situaciones en que la conexión objetiva remita al Derecho de un tercer Estado, cuando en ambos casos se excluya la protección al adquirente garantizada por la Directiva. En este aspecto, al menos, la Directiva sigue una posición más coherente con los objetivos del Derecho comunitario en orden a garantizar una ordenación de la competencia común en todos los Estados de la Comunidad.

Al contrario de las anteriores, el legislador comunitario utiliza un concepto fáctico, de fácil verificación, para determinar el ámbito de aplicación espacial de la Directiva. Para la interpretación de este precepto conviene tener en cuenta la modificación que sufrió durante el iter legislativo. La propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión contenía, en el

⁴³³ Según su tenor, "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, sea cual fuere la ley aplicable al contrato, y siempre que éste presente un estrecho vínculo con el territorio de los Estados miembros, el consumidor no se vea privado de la protección resultante de la presente Directiva".

art. 9, una regla de conflicto que aseguraba la protección de la directiva, cualquiera que fuere la ley aplicable al contrato, si el bien inmueble estuviere situado en un Estado miembro o si el adquirente tuviere su residencia habitual en un Estado miembro y si se cumplen ciertas condiciones, tomadas literalmente del art. 5.2 del convenio de Roma. En la propuesta modificada, este artículo 9 fue reemplazado por un texto que retomó la redacción del art. 16.2 de la proposición de directiva sobre los contratos negociados a distancia. Finalmente, la posición común adoptada por el Consejo, en virtud del art. 189 B del Tratado CEE, presentó una tercera versión del art. 9. El Consejo se percató de la ausencia de toda conexión territorial en la versión precedente y estimó que sería ilusorio y torpe pretender asegurar la protección del adquirente de forma universal, por lo que convendría limitar el alcance al territorio de los Estados miembros. El referente comunitario, que lleva asociada la protección que proporciona la directiva, queda definido por relación a la localización del inmueble dentro del territorio de uno de los Estados parte en la Unión Europea⁴³⁴. En esas situaciones, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, determinada según el CR por aplicación de los arts. 3, 4 ó 5, no podrá excluirse la aplicación de las disposiciones de la directiva cuando éstas reserven al consumidor una protección mayor que la establecida por la ley aplicable al contrato.

El elemento utilizado para definir el referente comunitario en esta directiva no resulta apropiado. En primer lugar, al margen de los supuestos en que el art. 5 CR determina la aplicación de la ley de un Estado miembro, la protección comunitaria no queda asegurada cuando el contrato ha sido celebrado por un consumidor que recibió en el mercado interior ofertas o publicidad de empresas, comunitarias o no comunitarias, relativas a la promoción de conjuntos inmobiliarios a tiempo compartido situados fuera de la UE⁴³⁵. Sin embargo, resulta

⁴³⁴ Según las explicaciones que se dieron, "el criterio de la situación del inmueble en el Mercado Común puede encontrar explicación en dos razones. Por una parte, en el valor del inmueble. Por otra, cuando el inmueble se encuentra en la Comunidad, el consumidor es siempre pasivo. Si el inmueble se encuentra fuera de la Comunidad, que el consumidor se atenga a las consecuencias. La competencia en el mercado común sólo queda afectada cuando el inmueble se encuentra en el mercado común".

⁴³⁵ Se trataría del caso de un timesharing turístico contratado por residente en España con empresa francesa, por ejemplo, en el Caribe o en la isla Margarita. Valorando críticamente el art. 9, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, págs. 448-449.

obvio que en muchos de estos casos la competencia en juego será la del mercado interior. Por ejemplo, para conseguir una posición mucho más competitiva en el mercado, a una empresa alemana que explota un conjunto inmobiliario de timesharing fuera de la Comunidad, supongamos en Marruecos, le bastaría con seguir la dinámica de captar a sus clientes durante sus vacaciones en las Islas Canarias. A través de este modo de proceder, el art. 5 CR se muestra incapaz de asegurar la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, con lo cual el empresario escapa lícitamente a la aplicación del Derecho comunitario. Como resultado, cabe augurar que la dinámica de las empresas pase pronto a explotar de forma intensiva esta deficiencia, en busca de condiciones contractuales económicamente más convenientes.

Como indica N. Downes, para evitar los efectos perversos de las estrategias de marketing sería preciso corregir la definición de mercado, ampliando el supuesto del desplazamiento a cargo del vendedor a todas las hipótesis en que el vendedor falsea las circunstancias geográficas del mercado⁴³⁶.

En segundo lugar, la conexión establecida tiene por efecto gravar de forma innecesaria a las empresas de la Comunidad que se abren camino en mercados extranjeros, con unas condiciones de competencia más onerosas que las establecidas en los países donde ofrecen sus productos de *timesharing*, aunque éstos estén situados en la Comunidad. Con la consecuencia de que partirán de una situación menos competitiva que las empresas de esos países. Esta afirmación resulta posible, pues es fácil pensar que, cuando el consumidor está domiciliado en USA, y la empresa que vende el producto tiene su sede en ese país, por regla general el litigio no se presentará ante los Tribunales de algún país de la Comunidad, siendo improbable, o al menos inseguro, que los tribunales americanos vayan a respetar el ámbito de aplicación establecido para sí mismo por el Derecho comunitario derivado.

C. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

⁴³⁶ N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, op. cit., pág. 270.

El art. 11.3 de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores dispone que "el consumidor no podrá verse privado de la protección concedida por la presente Directiva cuando la ley por la que se rija el contrato sea la de un país tercero, en la medida en que el consumidor tenga su residencia en el territorio de uno de los Estados miembros, por una parte, y el contrato posea un vínculo estrecho con la Comunidad, por otra". De la disposición cabe destacar, en primer lugar, el carácter adecuado del alcance de la directiva tanto a los supuestos de elección de ley como a aquellos en que la exclusión de la protección comunitaria tiene lugar a través de una localización objetiva del contrato. A nivel interpretativo, resulta posible mantener que existirá un vínculo estrecho con la Comunidad en iguales casos en que hemos mencionado poco más arriba, es decir, cuando esté en juego la competencia en la Comunidad. En este caso, la imperatividad del Derecho comunitario queda condicionada, además de a la existencia de un vínculo estrecho con la Comunidad, a la ubicación en territorio comunitario de la residencia habitual del consumidor. La Propuesta modificada de Directiva opta así por una definición más estricta de su ámbito de aplicación, que no se extiende a los contratos celebrados por personas que, bien no se encuentran en la Comunidad, o bien se encuentran en la Comunidad pero no tienen en ella su residencia habitual. En la medida en que el legislador comunitario haya estimado que cuando una persona no tiene su residencia en la Comunidad no está en juego la competencia en el mercado interior, la decisión del legislador comunitario puede considerarse acertada. No obstante, este sistema podrá originar, como dijimos, una dualidad de regímenes jurídicos de DIPr dentro del territorio de la Comunidad cuando el consumidor, no residente, se encuentra en la Comunidad en el momento de celebrar el contrato. Esta dualidad de regímenes, en nuestra opinión, debería ser evitada, quizás a través de una interpretación amplia del concepto de residencia utilizado por el Derecho comunitario.

5. Criterios de interpretación en defecto de norma expresa de DIPr

A. Directivas que no contienen un indicador expreso de su ámbito de aplicación en el espacio

La inexistencia en diversos textos de Derecho comunitario relativos a la protección contractual del consumidor, de una norma expresa que delimite su ámbito de aplicación en el espacio, puede suscitar cierta controversia en torno a la determinación de dicho ámbito. Antes de entrar en mayores disquisiciones, conviene advertir que el examen de la cuestión desde una perspectiva formal apenas suscita problemática. La inexistencia de normas de DIPr en las directivas comunitarias no genera ningún tipo de laguna de regulación, pues su ámbito de aplicación será determinado con arreglo a los criterios de solución previstos por las normas de DIPr en vigor en cada Estado, esto es, por el CR. La aplicación del Derecho comunitario de protección de los consumidores tendrá lugar, de este modo, cuando la ley aplicable a un contrato internacional de consumo sea la de un Estado miembro de la UE o del EEE⁴³⁷. No obstante, resulta obligado verificar si esta solución formal es congruente con las valoraciones generales que aparecen implícitas en las propias directivas, y compatible con el propio Derecho comunitario. En concreto, cabe plantear la duda de si es posible excluir la aplicación del Derecho armonizado mediante la mera selección del Derecho de un país no comunitario cuando el supuesto quede vinculado con la UE/EEE, solución que resultaría factible al amparo del CR. Del mismo modo, cabe cuestionar si la determinación objetiva de la ley aplicable podrá determinar, para el consumidor, la privación de la protección establecida por las directivas que no poseen dicho indicador espacial, en las situaciones vinculadas con el mercado interior.

A esta segunda solución parece oponerse el art. 20 CR que, en una lectura a *sensu contrario*, podría dar a entender que el CR posee preferencia aplicativa sobre el Derecho comunitario primario y secundario que no ha sido mencionado por dicho precepto, esto es, aquél en el que no se hayan incluido normas de conflicto de leyes de forma expresa⁴³⁸. Sin

⁴³⁷ Para L. IDOT, el hecho de que las directivas no contengan disposiciones sobre su ámbito de aplicación supone un reenvío implícito a las reglas habituales de DIPr. *Vid.* L. IDOT: "Le domaine spatial du droit communautaire des affaires", *Trav.com.fr.dr.int.pr.*, 1991-1992, 1992-1993, París, Pedone, 1994, pág. 165.

⁴³⁸ La problemática a que nos referimos apenas ha sido tratada por la doctrina que ha examinado el art. 20 CR. Entre ellos, *vid.* G. SACERDOTI: "Il coordinamento della convenzione di Roma con altre convenzioni e con il diritto comunitario", en G. Sacerdoti y M. Frigo: *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milán, Giuffrè, págs. 84-86. Como excepción, *vid.* S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 136-137.

embargo, esta visión debe ser descartada, pues no resulta compatible con el carácter constitucional del Derecho comunitario admitir que los Estados miembros puedan derogar o restringir en su eficacia el Derecho primario y secundario a través de un texto internacional. En contra de esta posibilidad se sitúa el principio de lealtad que consagra el art. 10 TCE, y especialmente el art. 48 (ex art. N) TUE⁴³⁹, que somete a un procedimiento especial, y ciertamente rígido, en el que intervienen los órganos de la Comunidad, la modificación de los Tratados sobre los que se funda la Unión. Ciertamente, el art. 48 TUE no excluye la posibilidad de que los Estados celebren entre ellos convenios internacionales, existiendo disposiciones en el propio TCE dirigidas a este efecto (art. 293). Sin embargo, este precepto habrá de ser tomado en consideración cuando la aplicabilidad de un convenio ponga en entredicho el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Derecho primario o por el Derecho secundario. Una situación de este tipo puede producirse, precisamente, cuando en una directiva relativa a la protección de los consumidores que no tenga un indicador espacial expreso que delimite su ámbito de aplicación, sea posible advertir una *exigencia de aplicabilidad en el espacio*, que no quede satisfecha si la ley aplicable resulta ser la de un Estado no miembro de la UE/EEE⁴⁴⁰.

De acuerdo con esta reflexión, la aplicabilidad internacional del Derecho estatal armonizado deberá ser decidida atendiendo a la posibilidad de descubrir exigencias particulares de aplicabilidad en el espacio en cada directiva. La diversa configuración de los textos aconseja un examen particularizado de cada directiva, en busca de elementos que permitan inferir una exigencia de ese tipo. En defecto de norma expresa de DIPr es posible partir de una *presunción favorable a la aplicación del Derecho armonizado cuando sea de*

⁴³⁹ Según su tenor: "El Gobierno de cualquier Estado miembro, o la Comisión, podrá presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión. Si el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo y, en su caso, a la Comisión, emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ésta será convocada por el presidente del Consejo, con el fin de que se aprueben de común acuerdo las modificaciones que deban introducirse en dichos Tratados. En el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, se consultará también al Consejo del Banco Central Europeo. Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales".

⁴⁴⁰ S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 136-137.

aplicación la ley de un Estado miembro de la Comunidad según el sistema de las normas de ley aplicable del CR. Esta presunción podrá ser destruida cuando del conjunto de circunstancias resulte que el legislador comunitario persigue unos objetivos cuyo cumplimiento no queda satisfecho a través de la mera armonización material de legislaciones. Sobre todo, será conveniente valorar si la actuación normal de las soluciones localizadoras del CR podría llegar a traicionar los objetivos perseguidos por el legislador comunitario, esto es, *la eficacia plena de la directiva*. Para llegar a una interpretación de este segundo tipo resulta adecuado hacer recurso a la letra del texto y a los objetivos que se hayan enunciado.

Un primer factor interpretativo que condiciona la posibilidad, y necesidad, de conceder un ámbito de aplicación específico a las directivas comunitarias que no poseen un indicador espacial expreso viene dado por lo que se ha venido en denominar el paradigma del "ius cogens"⁴⁴¹. Del articulado de algunos textos⁴⁴² se desprende la voluntad del legislador comunitario de prohibir las cláusulas contractuales que pudieran llegar a privar al consumidor de la protección concedida por cada regulación estatal. Si se combina este factor de imperatividad con los objetivos declarados que persiguen tales textos, esto es, la aproximación de legislaciones para excluir las distorsiones a la competencia y para permitir el buen funcionamiento del mercado interior, no resultará difícil concluir en la existencia, en esas directivas y de forma implícita, de una exigencia especial de aplicabilidad en el espacio. Este tipo de análisis resulta posible en relación 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 de 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 en este caso ha de derivar del *efecto útil* de tales textos, pues difícilmente podrán cumplir su objetivo de ordenar las condiciones de competencia en el mercado interior

⁴⁴¹ N. REICH: *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäische Union*, op. cit., págs. 31-32.

⁴⁴² Vid. art. 6 de la Directiva 85/577/CEE, art. 14.2 de la Directiva 87/102/CEE y art. 5.3 de la Directiva 90/314.

si a través de una mera designación voluntaria de ley aplicable es posible excluir la aplicación del Derecho comunitario. Por estas razones, es posible afirmar para tales directivas un ámbito de aplicación análogo al establecido para la Directiva 93/13/CEE⁴⁴³.

A una solución equivalente cabría llegar en relación con la directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990⁴⁴⁴, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. No obstante, en este caso la identificación de una exigencia de aplicabilidad en el espacio de sus disposiciones aparece facilitada por el propio tenor de su art. 1 que, al definir el propósito particular de esta directiva, declara que su intención es la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros relativas a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados *vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la Comunidad*⁴⁴⁵. En tales supuestos, el logro del objetivo perseguido pasará, necesariamente, por la aplicación del Derecho de un Estado miembro, lo que será preciso conseguir a pesar de que el CR no remita a la ley de un Estado de la UE o del EEE. De lo contrario, las soluciones del CR habrían de ser consideradas en contradicción con el Derecho comunitario secundario.

En otros situaciones no resulta posible realizar este tipo de análisis, pues el texto comunitario hace una expresa mención a la pervivencia del sistema conflictual. En esta situación se encuentra la propuesta de directiva del PE y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, presentada por la comisión el 23 de diciembre de 1998⁴⁴⁶. En lo que ahora interesa, la propia propuesta de Directiva

⁴⁴³ S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 152.

⁴⁴⁴ DO L 158, de 23 de junio.

⁴⁴⁵ A. CUARTERO RUBIO: "Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual", *REDI*, 1995, pág. 109; S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 142. Sobre el problema calificadorio e interpretativo de los términos *vendidos u ofrecidos a la venta*, *vid. ult. cit.*, pág. 143.

⁴⁴⁶ La exposición de motivos indica que: "el control de los servicios de la sociedad de la información debe hacerse en el origen de la actividad para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales y que,

declara que no es su objetivo fijar normas específicas de DIPr relativas a conflictos entre legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta directiva se entenderá sin perjuicio de los correspondientes convenios internacionales.

B. Aproximación de legislaciones al margen de la armonización comunitaria, creación del mercado interior y DIPr intracomunitario

Al margen de la existencia de una directiva comunitaria de armonización en el sector de la protección de los consumidores en principio el régimen de DIPr de los contratos de consumo vendrá determinado por el sistema constituido por el CR. La preferencia aplicativa que corresponde al rango convencional de este texto determina que sus soluciones prevalezcan sobre cualquier disposición estatal que las contradiga. Esta idea resulta especialmente relevante en relación con los contratos de consumo en los que, al no darse alguna de las situaciones previstas por el art. 5 CR, no existen en principio límites a la autonomía conflictual, aunque se trate de una situación intracomunitaria desde el punto de vista de su conexión con el mercado interior. Al margen de la armonización comunitaria, la aplicación de normas imperativas del foro o de un Estado tercero no contará con el respaldo del Derecho comunitario.

Sin embargo, la situación actual podría prestarse a una interpretación distinta, que podría derribar el formalismo que impera en la solución anterior. Para construir una solución diferente se muestran como elementos reveladores, de un lado, la emergencia del mercado interior, con las necesidades de adaptación de los ordenamientos estatales que conlleva, y de otro, las peculiaridades de la dinámica propia del proceso legislativo comunitario de

para ello, es necesario garantizar que la autoridad competente garantice dicha protección no sólo en el caso de los ciudadanos de su país sino en el de todos los ciudadanos de la Comunidad; que, además, y con el fin de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios y sus destinatarios, estos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen jurídico del Estado miembro en el que está establecido el prestador de servicios; que es indispensable precisar con claridad esta responsabilidad del Estado miembro de origen de los servicios para mejorar la confianza mutua entre los Estados miembros.

armonización. Desde el primer punto de vista, la creación del mercado interior implica la necesidad de alterar de forma sustancial el ámbito de aplicación en el espacio de las normas de protección de los consumidores, pues, en las situaciones intracomunitarias, la protección no puede alcanzar sólo a los consumidores pasivos, sino que también debe extenderse a los consumidores que puedan ser considerados como activos⁴⁴⁷. En atención al segundo elemento, no es necesario insistir en que el proceso legislativo comunitario, aunque ha dado numerosos frutos, no alcanza, ni alcanzará, a todos los aspectos conectados con la protección contractual del consumidor⁴⁴⁸. La vigencia del principio de subsidiariedad, asociada a la existencia de sectores donde, en mayor o menor grado, las desigualdades jurídicas entre las legislaciones de los Estados miembros no constituyen un escollo infranqueable para afirmar cierta equivalencia entre unas y otras, podrán cerrar el paso a una intervención legislativa del legislador comunitario, en la medida en que no sea estimada como necesaria⁴⁴⁹. La consecuencia será que, en esos sectores, no tendrá lugar la aparición de una norma de DIPr, análoga a la establecida por otras directivas, que asegure la aplicación del Derecho de los Estados miembros en las situaciones conectadas con el mercado interior. *El concepto de mercado interior podría así funcionar para establecer el marco de aplicación comunitario para*

⁴⁴⁷ Por esta razón, más arriba hemos mantenido que el art. 5 CR no es una norma apropiada para las necesidades de la protección de los consumidores en el nuevo mercado interior. *Vid. supra*.

⁴⁴⁸ Buena prueba de ello es el hecho de que la Directiva 93/13/CEE es el resultado de los sucesivos retrocesos en su ámbito material frente a la propuesta inicial de la Comisión. *Vid.* A. PINTO MONTEIRO: "El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *RDM*, 1996, 219, pág. 94.

⁴⁴⁹ Este postulado de base, según el cual la armonización tendría lugar, cuando venga impuesta por las necesidades de funcionamiento del mercado interior, es en la actualidad severamente criticado por su falta de coherencia y por su carácter completamente asistemático. Como indica D. STAUDENMEYER, esto tendría por consecuencia que el Derecho europeo de consumidor podría existir en tres distintos niveles: por una parte, en las directivas que se dictan para alcanzar el nivel mínimo de protección y en el Derecho nacional dictado para la transposición; en segundo lugar, en la regulación nacional establecida por los Estados para superar el nivel de protección establecido por cada directiva; y en último lugar la parte mayor de las regulaciones nacionales a las que no afectan los actos de la Comunidad. Entre estas tres regulaciones existirían solapamientos y relaciones de difícil resolución, lo que determinaría una falta absoluta de coherencia del sistema, y su carácter del todo asistemático. Por estas razones, el autor estima más apropiado que el Derecho comunitario de protección de los consumidores sea desarrollado como un Derecho especial, que podría conducir a la codificación de una parte general del Derecho privado del consumo. *Vid.* D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht...", *cit.*, págs. 736-737.

la regulación estatal que no ha sido objeto de armonización. Al menos, en principio, para autorizar determinados ámbitos de aplicación cuya sintonía con el CR no sería perfecta.

Estas ideas podrían sugerir la oportunidad de mantener una interpretación menos rígida en las relaciones entre el CR y las normativas estatales que puedan ser observadas como normas del mercado interior⁴⁵⁰. En efecto, cuando un contrato de consumo esté vinculado con el mercado interior y, sin embargo, no sea de aplicación la ley de un Estado miembro, las ideas anteriores podrían servir al juez para modificar el entendimiento del art. 7.1 CR a efectos de dar aplicación, como norma estatal pero de esencia comunitaria, a las normas imperativas de un Estado distinto a la *lex contractus* cuyo propósito sea servir a la construcción del mercado interior, estableciendo la aplicación de la legislación estatal de protección del consumidor en supuestos distintos de los establecidos por el art. 5 CR. A tal efecto cabría invocar la fuerza interpretativa que ha de desempeñar el concepto de mercado interior. Esta fuerza interpretativa podría respaldar no sólo la posibilidad de aplicar las normas de la ley española por vía del art. 7.2 CR, sino también las normas de otros países de la Comunidad que tengan una conexión razonable con la situación, a través del art. 7.1 CR.

La interpretación que proponemos podrá proporcionar resultados muy razonables para el funcionamiento adecuado del mercado interior cuando el proceso de armonización comunitario quede paralizado, y los Estados, por su cuenta, consigan llegar a una armonización de hecho de sus legislaciones. En esas situaciones, surgirá también la necesidad de procurar que, en las situaciones conectadas con el mercado interior, el sistema de DIPr no pueda ser utilizado para privar al consumidor de la protección equivalente establecida por las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad. La solución más adecuada pasaría, en la medida en que la aproximación de legislaciones vaya alcanzando, de hecho o a través de directivas, mayores logros, por la *elaboración de normas de DIPr generales, de fuente*

⁴⁵⁰ La interpretación rígida derivaría de un entendimiento estricto de la primacía de la normativa convencional sobre la normativa estatal. Para llegar a otra solución, sería necesario situar en primera línea los objetivos del Derecho comunitario, de donde podría deducirse la orientación comunitaria de ciertas alguna norma estatal de DIPr.

comunitaria, para el conjunto de las disposiciones de protección de los consumidores, y no para cada sector que haya sido objeto de armonización.

6. El referente comunitario como criterio hermenéutico privilegiado de los sistemas estatales de DIPr

Aunque el descubrimiento del referente comunitario en el caso concreto no determina, por sí mismo, el Derecho estatal aplicable, sí que posee importantes consecuencias interpretativas sobre el sistema de DIPr⁴⁵¹. En concreto, en una situación vinculada con el mercado interior los jueces estatales, a pesar de no tener una norma expresa de DIPr que les obligue a aplicar la protección que dispensa al consumidor una concreta directiva, estarán obligados a utilizar todos los recursos con que cuente el sistema para conseguir el resultado querido por la directiva, obligación que deriva del principio general de interpretación de las normas nacionales con arreglo al Derecho comunitario⁴⁵². Esta obligación conecta con la existencia de un verdadero orden público comunitario, que debe ser aplicado en su plenitud por nuestros tribunales y autoridades, siendo relevante aquí la vinculación de la situación privada con el ordenamiento comunitario. Sucede en muchas ocasiones que la adecuada inserción de una directiva comunitaria en el ordenamiento estatal no requiere tanto la adopción de una disposición legislativa como la realización de un cambio o establecimiento de una determinada interpretación. El único límite vendría representado por la imposibilidad de alcanzar un resultado *contra legem*. El sistema nacional o convencional de DIPr habrá de ser interpretado teniendo en cuenta los objetivos del Derecho comunitario en materia de protección de consumidores.

La necesidad de acudir al criterio hermenéutico que se propone podrá ser advertida, singularmente, cuando el supuesto de hecho fáctico, por ejemplo, no quede comprendido en

⁴⁵¹ P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 418.

⁴⁵² S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 149.

el ámbito de aplicación de la norma estatal unilateral que haya sido dictada para la transposición de la Directiva comunitaria correspondiente y pueda ser descubierto con claridad el referente comunitario. Los jueces estatales, en defecto de normativa expresa que les obligue a otorgar al consumidor la protección del mercado interior, estarán obligados a utilizar los recursos con que cuente el sistema para conseguir el resultado querido por la directiva. La incidencia interpretativa del Derecho comunitario en este caso aparecerá facilitada en la medida en que el sistema cuente con expedientes flexibles, que permitan integrar la aplicación obligatoria de la protección dispensada por las directivas.

La obligación de asegurar el nivel comunitario de protección al consumidor existirá sólo y en la medida en que pueda ser descubierto el referente comunitario, y no necesariamente cuando la normativa de un Estado miembro de la Comunidad reclame aplicación al supuesto. Resulta del mayor interés distinguir ambos supuestos, pues no siempre se producen al unísono. A veces, las normas de DIPr dictadas por un legislador estatal amplían el ámbito de aplicación de su normativa a situaciones que no están vinculadas con el mercado interior, superando así el mandato del legislador comunitario. La distinción entre los casos en que existe el referente comunitario y aquéllos en que éste no se da en el caso concreto, puede tener interés respecto al efecto interpretativo del Derecho comunitario. En defecto de vinculación con el mercado interior, el Derecho imperativo de un Estado extranjero no contará con el refuerzo que supone su consideración como normativa de transposición de una directiva comunitaria, dato que puede resultar del mayor interés como veremos en las páginas que siguen. Fundamentalmente, las normas extranjeras de protección de consumidores pasan a ser consideradas como normas de protección, quedando oscurecida su función de ordenación macroeconómica, lo que dificulta que puedan encontrar aplicación por la vía del art. 7.1 CR.

7. Cauce para la aplicación de las normativas estatales de protección al consumidor que no pertenezcan a la *lex contractus*: examen del art. 7 CR

Acabamos de ver que los artículos 3,4 y 5 CR no garantizan al consumidor el nivel de protección comunitario en todas las situaciones conectadas con el mercado interior, en el

modo definido por cada directiva. El cumplimiento de los objetivos del Derecho comunitario hace necesario averiguar cómo puede darse intervención a la ley de un Estado miembro sobre contratos sometidos al Derecho de un país ajeno a la Comunidad. La posibilidad de dar aplicación a normas imperativas de un país distinto al de la *lex contractus* aparece expresamente prevista por el art. 7 CR, que otorga un régimen diferenciado a las normas imperativas de la *lex fori* y a las normas de un tercer ordenamiento distinto a la *lex fori* y a la ley del contrato. En este sentido, para E. Jayme y Ch. Kohler, la imperatividad de las normas que contienen las directivas sobre protección de los consumidores podría conseguirse mediante la aplicación combinada de los arts. 5 y 7.1 CR. En primer lugar, cuando se den los presupuestos de aplicación del art. 5, la elección de ley aplicable no podría tener por efecto impedir la aplicación de las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor; cuando no se dieran las circunstancias a que se refiere el art. 5, podrían aplicarse aún por la vía del art. 7.1 CR⁴⁵³.

La viabilidad del recurso al art. 7 CR para la aplicación de las normas de protección de los consumidores ha venido suscitando diversas dudas en la doctrina, sobre todo por su incidencia sobre el art. 5 CR⁴⁵⁴. Por un lado, dar aplicación a las normas de protección del consumidor de la ley de la residencia habitual de éste por la vía del art. 7 CR supondría, en buena medida, socavar la intención reguladora completa que posee el art. 5 CR en relación con los contratos de consumo, donde la protección de esa ley sólo queda garantizada en los supuestos estrictos definidos por ese precepto. En segundo lugar, la función del art. 7 del CR

⁴⁵³ Vid. E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 20; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 553.

⁴⁵⁴ Sobre las relaciones entre el art. 5 CR y el art. 7 CR existen posiciones encontradas en la doctrina. En la exposición de W.R. ROTH, la polémica suscitada podría reducirse a tres posturas. La primera y más radical limitaría la protección de los consumidores al art. 5 CR, negando que la aplicación del art. 7 CR pueda justificarse para compensar situaciones individuales de desequilibrio contractual. Las dos posiciones restantes admiten la intervención de las normas imperativas del art. 7 CR para la protección de los consumidores y se diferencian en que para unos el prevalente es el art. 5, para otros es el art. 7. CR. Vid. W.H. ROTH: "Zum Verhältnis...", *cit.*, pág. 36.

guarda relación con un tipo de normas diferente a las de protección de los consumidores⁴⁵⁵. Para la aplicación del art. 7 CR es preciso distinguir entre dos tipos fundamentales de normas imperativas, a saber, las normas de protección, cuya finalidad es proteger a la parte débil dentro de una relación jurídica, y las normas ordopolíticas o de dirección, que persiguen objetivos de ordenación macroeconómica en un Estado o en una región supranacional. Ejemplo de las primeras serían las normas de protección en los contratos de consumo o de trabajo, mientras que como ejemplo de las segundas cabría citar a las normas de defensa de la competencia o a las normas de competencia desleal. En tercer lugar, el art. 7.1 CR no sólo establece un régimen facultativo, y no obligatorio, para la aplicación de las normas imperativas de un tercer país, sino que además ha sido objeto de una reserva por parte de algunos países de la Comunidad, a los cuales no vincula ese precepto. La averiguación del interés del art. 7 CR al efecto de la aplicación de las normas de protección de los consumidores pasa por la valoración de los argumentos señalados. En conjunto, la doctrina más autorizada indica que el art. 7 (art. 34 EGBGB) no es el lugar adecuado para la ejecución nacional de la política de protección a los consumidores⁴⁵⁶.

A. Aplicación de la ley del foro

Nos referiremos en primer lugar a la posibilidad de aplicar las normas imperativas de protección de los consumidores de la *lex fori* cuando no se dan los requisitos de vinculación con el mercado establecidos en el art. 5 CR. El art. 7.2 CR no añade nada nuevo, y podría ser considerado como un precepto casi lógico, habida cuenta de lo natural que resulta que cada juez aplique las normas internacionalmente imperativas de su ordenamiento que reclamen aplicación al supuesto. El único obstáculo a esta aplicación vendría representado por la existencia del art. 5 CR, norma de conflicto que tendría una vocación reguladora completa

⁴⁵⁵ Vid. M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5 Cc", *cit.*, pág. 675.

⁴⁵⁶ Vid. W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 295, y la doctrina allí citada.

respecto de las normas imperativas en materia de protección de los consumidores. Sin embargo, algunas razones impiden dotar de excesivo rigor a este argumento. Por una parte, como ha señalado W.H. Roth, el art. 5 CR no puede ser considerada como una norma cerrada, que excluya la aplicación de normas imperativas de protección de consumidores en supuestos distintos de los previstos por ese precepto⁴⁵⁷. Por otra, como vimos con anterioridad, no es posible considerar incluidas en el art. 5 CR las necesidades de la protección de los consumidores que derivan de la existencia del mercado interior⁴⁵⁸, al perseguir este precepto finalidades no del todo coincidentes con las propias de las directivas comunitarias dictadas para la protección del consumidor. Además, el objetivo del Derecho estatal dictado para la transposición de las directivas comunitarias va más allá de una mera finalidad tuitiva y conecta con las funciones de ordenación macroeconómica del mercado interior, lo que inserta a estas normas en el grupo de aquéllas cuya aplicación puede tener lugar por la vía del art. 7 CR. La aplicación de las normas imperativas de la *lex fori* podrá solucionar los problemas de DIPr que

⁴⁵⁷ Este carácter no cerrado puede ser inferido de diversos elementos: el origen del precepto y su condición de norma de compromiso; las evidentes lagunas que encierra y el reconocimiento expreso por parte de sus redactores de que las mismas no responden a una voluntad manifiesta de exclusión; y por último el hecho de que el contenido del precepto no permita deducir que los tipos contractuales no incluidos en el mismo no gozan de la protección que pudiera hacerse efectiva a través del art. 7 CR. Por otra parte, las indicaciones del informe explicativo que acompaña al CR autorizan la interpretación amplia del art. 7 CR, y reconocen el carácter incompleto del art. 5 CR. Y además, la distinción entre intereses generales e individuales no siempre es fácilmente realizable. Todas estas razones, a juicio del autor, son contrarias a la complitud del art. 5 CR. *Vid.* W.H. ROTH: "Zum Verhältnis von Art. 7 Abs 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention", en A.K. SCHNYDER, H. HEISS y B. RUDISH: *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facildes*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, pág. 36. En nuestra doctrina, M. VIRGÓS SORIANO coincide en señalar el carácter incompleto del art. 5 CR y excluye que en todos los casos no subsumibles en el precepto entren a regir automáticamente las normas generales del sistema de los art. 3 y 4 CR, por una razón de coherencia valorativa que, en todo caso, habrá que tratar de reestablecer. Esta finalidad se conseguiría bien a través del art. 7.2 CR, por aplicación analógica del art. 5 o por extensión del mismo por vía legislativa cumpliendo las condiciones del art. 23 CR. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10 apartado 5", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, t. I, vol. 2, págs. 668 y ss. El informe explicativo del convenio admite la posibilidad de utilizar el art. 7.2 CR para la aplicación de las normas de protección de los consumidores. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 27 y ss. En este mismo sentido, *vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", *cit.*, pág. 297.

⁴⁵⁸ En la doctrina alemana las opiniones están divididas sobre en qué medida las disposiciones de las leyes alemanas de protección de los consumidores, si desbordan el margen del art. 29 EGBGB, deben considerarse como disposiciones imperativas en el sentido del art. 34. No obstante, indicando la necesidad de contemplar a las normas de transposición de las directivas en materia de protección de los consumidores como normas de ordenación político-social relacionadas con la construcción del mercado interior, *vid.* P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", *cit.*, pág. 416.

presentan las directivas comunitarias cuando el ámbito de aplicación de las normas dictadas por el Estado del juez que esté conociendo del asunto tengan un ámbito de aplicación suficientemente amplio⁴⁵⁹.

La aplicación del Derecho del foro de protección de los consumidores puede revestir cierta problemática cuando, al contrario de la situación anterior, se cumplen los requisitos de vinculación al mercado de la residencia habitual del consumidor establecidos por el art. 5 CR. En estas situaciones, afirma W.H. Roth, los Estados parte no pueden desvirtuar la pretensión de uniformidad de la norma de conflicto haciendo efectivas, de forma unilateral, otras normas imperativas de su propio ordenamiento. El art. 5 CR sería de aplicación prevalente respecto del art. 7 CR, y sólo cabría considerar la aplicación de las normas imperativas al margen del estatuto contractual en aquellos contratos con consumidores no comprendidos en el art. 5 CR⁴⁶⁰. Esta interpretación, sin embargo, no consigue proporcionar una respuesta satisfactoria para la regulación de los contratos celebrados por consumidores sin residencia habitual en la Comunidad, pero comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario derivado. Aunque lo más frecuente será la coincidencia entre el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y las situaciones en que el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la Comunidad, este resultado no se produce en todas las situaciones. Por ejemplo, con arreglo a lo establecido por el Derecho derivado, cabe pensar en un adquirente de time-sharing con residencia habitual en USA, siempre que el inmueble a utilizar esté situado en el territorio de la Comunidad (*vid.* art. 9 de la Directiva 47/94/CE). Sin perjuicio de la valoración que cabe hacer del criterio empleado por las directivas para definir su ámbito espacial⁴⁶¹, la aplicación por vía del art. 5 CR de la ley de un tercer país no podría tener por resultado privar al consumidor de la protección establecida por el Derecho comunitario. La incorporación de la variable comunitaria al análisis de estas situaciones aconsejaría la aplicabilidad del Derecho de

⁴⁵⁹ Sobre la resolución de los conflictos positivos, entre la *lex fori* y otra leyes, cuando ambas reclaman aplicación al caso, *vid. infra* este capítulo, IV.

⁴⁶⁰ *Vid.* W.H. ROTH: "Zum Verhältnis...", *cit.*, pág. 36.

⁴⁶¹ *Vid. supra.*

protección de los consumidores del foro -si éste reclama aplicación al supuesto- por vía del art. 7.2, a pesar de que el art. 5 CR haya conducido a la aplicación del Derecho de un Estado ajeno a la Comunidad.

El problema se presenta distinto cuando el consumidor tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad y queda asegurada la aplicación del Derecho de ese Estado a través del art. 5 CR. El carácter incompleto de la unificación jurídica realizada por las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor podrá determinar que un Estado pretenda aplicar imperativamente las disposiciones de su ordenamiento, cuando prevean niveles de protección superiores a los establecidos por la ley de la residencia habitual del consumidor, y reclamen su aplicabilidad al caso. Habida cuenta que, en este caso, el art. 5 CR y el art. 7 determinarán la aplicación de las leyes de Estados distintos de la Comunidad, el problema será abordado en el epígrafe siguiente relativo a la dimensión interna del sistema europeo de DIPr de protección de los consumidores⁴⁶².

B. Aplicación de la ley de un Estado distinto al de la *lex fori* y al de la *lex contractus*

Para la aplicación de las normas imperativas de un país distinto al de la *lex contractus* y al de la *lex fori*, cabe en este momento reproducir algunas de las conclusiones que acabamos de alcanzar en relación con la aplicación de la ley del foro, sobre todo en lo relativo a las relaciones del art. 7 con el art. 5 CR. Sin embargo, es necesario introducir nuevas matizaciones. Como dijimos, el carácter facultativo de la disposición, que no obliga a la aplicación de estas normas, así como la reserva efectuada por algunos países podrían hacer aparecer como inapropiada la vía que habilita ese precepto para la aplicación de las normas imperativas de protección de los consumidores. Para valorar estos argumentos conviene realizar algunas precisiones sobre el carácter del art. 7.1 CR así como sobre el mandato que las directivas comunitarias dirigen a los Estados. La obligación comunitaria de garantizar el nivel de protección mínimo en las situaciones vinculadas con el mercado interior debe quedar asumida

⁴⁶² *Vid. infra*, este capítulo, epígrafe IV.

por los Estados al margen de la eventual aplicabilidad del art. 7.1 CR. Por esta razón, como indican E. Jayme y Ch. Kohler, para cumplir con el Derecho comunitario los Estados que han realizado la reserva al art. 7.1 CR no tendrían necesidad de retirarla, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22.3 CR, bastando con que doten a sus jueces de la posibilidad de aplicar las disposiciones imperativas de otro Estado miembro⁴⁶³. Esta posibilidad podría tener lugar a través de una modulación de la jurisprudencia, que tuviera en cuenta los objetivos especiales del Derecho comunitario. Por otra parte, en los países donde rige el art. 7.1 CR, la obligación comunitaria asumida por los Estados miembros de garantizar al consumidor un nivel concreto de protección obliga a introducir ciertas modulaciones en los parámetros que el precepto establece para determinar la aplicación de las normas imperativas de terceros ordenamientos. En efecto, el art. 7.1 CR es una norma principal, de carácter flexible, que establece las pautas generales de aplicación, o toma en consideración, para normas internacionalmente imperativas de muy distinto tipo. Este carácter abierto, sin embargo, presta un marco favorable a la introducción de modulaciones y variables que permitan tener debidamente en cuenta todos los factores con incidencia sobre la aplicabilidad de normas imperativas de terceros ordenamientos. Entre estas variables, habrá que contar, especialmente, con la obligación establecida por las directivas de asegurar la protección comunitaria, así como con el carácter comunitario que se predica del Derecho estatal dictado para realizar la correspondiente transposición⁴⁶⁴.

La primera y más importante de las modulaciones consiste en la sustitución del régimen facultativo en la aplicación de las normas imperativas de protección, que deriva de la expresión "podrá darse efecto", por uno de carácter obligatorio. Para dar aplicación a la normativa de un tercer Estado comunitario será preciso, únicamente, que la regulación de ese Estado reclame aplicación al caso y que la situación presente un vínculo estrecho con ese país. Ni la naturaleza

⁴⁶³ E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, págs. 1 y ss.

⁴⁶⁴ Aunque al hilo de otro discurso, indicando que el art. 7 CR ha de operar con distinto alcance según que se proyecte sobre relaciones intracomunitarias -en cuyo caso está subordinado a las exigencias del interés general- o en relaciones vinculadas con el mercado mundial, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 164.

de estas disposiciones, ni su objeto podrán originar el rechazo a la aplicación de esas disposiciones, habida cuenta que se trata de normas de carácter civil cuyo objeto es la protección de los consumidores, finalidad compartida y avalada por los países miembros de la Comunidad. En cambio, la valoración de la existencia del vínculo estrecho, sin llegar a suponer el establecimiento de una conexión única, supondrá la no aplicación de aquellas normativas internacionalmente imperativas, que establezcan ámbitos de aplicación desmesurados, y cuya aplicabilidad al caso no esté fundada en un lazo razonable con el país, como podría ser la residencia habitual del consumidor en ese país, el hecho de que el contrato se haya celebrado en ese territorio, o exista un elemento objetivo del contrato situado en ese territorio, como por ejemplo un inmueble en el caso de la aplicación de la Directiva de protección de los adquirentes de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁴⁶⁵. Más difícil será aceptar, en principio, la aplicación de aquellas normativas que posean un ámbito de aplicación que se extienda sobre todos los supuestos conectados con la Comunidad. Por último, respecto a la valoración de las consecuencias de la aplicación de dichas normas, o de su inaplicación, podrá tenerse en cuenta, por ejemplo, si el hecho de que deje de aplicarse esa normativa comporta o no que se prive al consumidor del nivel de protección comunitario en situaciones vinculadas con el mercado interior.

Las normas de protección de consumidores de los países miembros de la Comunidad no siempre son el resultado de la armonización comunitaria, por lo que cabría discutir si el sistema que se acaba de proponer debería o no ser aplicado para dar cumplimiento a las normas estatales dictadas al margen de las directivas comunitarias. Cabe afirmar sin dificultad, en primer lugar, que cuando una medida estatal haya sido habilitada o autorizada por el Derecho comunitario la correspondiente disposición nacional disfrutará del rango comunitario, por lo que la aplicación de estas normas imperativas, cuando forman parte de la *lex fori* o de un Estado tercero, podrán ser aplicadas siguiendo el esquema que hemos trazado en las líneas

⁴⁶⁵ P. LIMMER: P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, págs. 415 y ss.

anteriores. En segundo lugar, las disposiciones estatales de protección de los consumidores dictadas por los Estados fuera del ámbito de las directivas⁴⁶⁶ no gozan de carácter comunitario por lo que no se benefician de ese carácter para reforzar su imperatividad. Esta matización no resulta relevante cuando las disposiciones en cuestión pertenecen a la *lex fori*, pero sí podría resultar trascendente cuando se trata de la aplicación de las disposiciones de un tercer ordenamiento, cuya imperatividad no ha pretendido ser asegurada por las normas de DIPr contenidas en las directivas comunitarias⁴⁶⁷. Esta afirmación no conlleva que se niegue la posibilidad de dar aplicación a este tipo de normas de un Estado comunitario. Ahora bien, en este caso, las modulaciones que comentamos poco más arriba, que se producen para el Derecho imperativo comunitario y que derivan del efecto indirecto de las directivas, no tienen ahora lugar, permitiéndose una mayor libertad al intérprete para valorar cada uno de los parámetros mencionados. Cabrá valorar, por ejemplo, si las normas en cuestión tienen una mera función de protección, o si están dictadas para una función de ordenación del mercado de ese país, o si su no aplicación comporta que no quede satisfecho el interés regulatorio de un legislador estatal en su propio mercado, donde existen determinadas circunstancias económicas o sociales que justifican a esa regulación. En estas situaciones, podrá también ser de utilidad el concepto de mercado interior, sobre todo cuando se trate de aplicar la legislación de un Estado miembro de la Comunidad dictada en un ámbito no armonizado, cuando las condiciones de protección establecidas por las leyes de los Estados miembros de la Comunidad sean suficientemente equivalentes. En estas situaciones, normalmente, no aparecerá la necesidad de elaborar una directiva comunitaria. Sin embargo, el el funcionamiento correcto

⁴⁶⁶ Cabe pensar en todos los casos en que el legislador estatal ha ampliado de forma unilateral el ámbito de aplicación material de una directiva al proceder a su transposición mediante una ley estatal.

⁴⁶⁷ Este supuesto puede ser ilustrado con la normativa alemana relativa a la protección de los adquirentes de inmuebles por turnos. El legislador alemán ha procedido a extender, de forma unilateral, el ámbito de aplicación de su ley, en situaciones que no gozan de relevancia para el Derecho comunitario, esto es, distintas de aquellas en que el inmueble se encuentra en la UE. Cuando un juez español esté conociendo en relación con un contrato de *time-sharing* en que no sea de aplicación la ley española, el bien inmueble se encuentre en Canadá, y el consumidor tenga su residencia habitual en Alemania, la situación habrá de ser considerada como extracomunitaria, pues el bien inmueble se encuentra fuera de la UE/EEE. Esta calificación comportará la inexistencia de una obligación comunitaria, para el juez español, de aplicar el Derecho alemán cuando dicho Derecho no sea aplicable en conformidad con el art. 5 CR.

del mercado interior exigiría que el DIPr no pudiera ser utilizado por las empresas para escapar a las reglas equivalentes, aunque no objeto de armonización, vigentes en los diferentes Estados de la Comunidad.

IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE CONSUMO TRANSFRONTERIZOS VINCULADOS AL MERCADO INTERIOR EUROPEO

1. Introducción

Las normas de DIPr que contienen las directivas que estamos analizando no indican qué Derecho estatal deberá recibir aplicación en un supuesto concreto. Y la doctrina apenas se ha ocupado de los problemas relacionados con la determinación del ordenamiento estatal armonizado que deberá recibir aplicación⁴⁶⁸, lo cual encontraría explicación en la desaparición, o relativización, de los problemas de DIPr como consecuencia de la armonización comunitaria material⁴⁶⁹. Por supuesto que la falta de normas de DIPr que determinen cuál ha de ser el Derecho aplicable a una situación conectada con la UE no resultará muy grave respecto de aquellos textos de Derecho comunitario que establecen una unificación completa, sin dejar margen de apreciación a los Estados para proceder a la correspondiente transposición⁴⁷⁰. La aplicación de la ley de cualquier Estado miembro de la

⁴⁶⁸ Vid. B. VON HOFFMANN: "Richtlinien...", *cit.*, pág. 48.

⁴⁶⁹ Como indica N. REICH, conflictualmente no es que sea superfluo, sin embargo se relativiza el problema, en la medida en que el Derecho comunitario establece un estándar mínimo y los Estados miembros han transpuesto este estándar. Vid. N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 121. También vid. W.R. ROTH: "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das IPR", *cit.*, pág. 639; P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración...", *cit.*, pág. 414, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *RIE*, 1990, págs. 785-786; L. IDOT: "Le domaine spatial...", *cit.*, pág. 165. Aludiendo a la existencia de un "falso conflicto de leyes", vid. M. FALLON: "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *cit.*, pág. 186.

⁴⁷⁰ Tal es el caso de la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores presentada por la Comisión el 19 de noviembre de 1998. En su considerando 9º indica: "habida cuenta el elevado nivel de protección de los consumidores que establece la presente Directiva, los Estados miembros, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros, no pueden prever otras disposiciones distintas de las establecidas en la presente Directiva para los ámbitos armonizados por ésta". Esta redacción tampoco ha sido alterada por la Propuesta modificada de Directiva

Comunidad, unida a la interpretación que corresponde al TJCE del Derecho comunitario, producen la disolución de las contradicciones normativas, perdiendo interés la elección del Derecho aplicable al desaparecer el presupuesto del DIPr. Sin embargo, esta situación no es la más frecuente. La lectura de las directivas comunitarias permite observar que los márgenes que se dejan a la desigualdad jurídica son más que numerosos. El objetivo enunciado por las directivas es establecer unas condiciones equivalentes de protección, a fin de que no se produzcan distorsiones a la competencia en el mercado interior. El cumplimiento de este objetivo no presupone, según se deduce de su texto, una unificación jurídica completa. El funcionamiento del mercado interior es compatible con la existencia de normas distintas, que incorporen mayores dosis de protección, siempre que no resulten en contradicción con otras disposiciones del TCE⁴⁷¹. La existencia de contradicciones normativas en el seno de las legislaciones estatales armonizadas determina la pervivencia de los problemas de ley aplicable relativos a la averiguación de la legislación estatal que habrá de ser objeto de aplicación, cuya solución con seguridad podrá ser relevante para las partes⁴⁷².

La existencia de problemas de ley aplicable en el interior de la UE no ha llevado al legislador comunitario a la elaboración de normas uniformes de DIPr para las relaciones de consumo vinculadas con el mercado interior. A falta de estas normas, la gestión del sistema se ha dejado a cada uno de los Estados miembros de la UE, que cuentan únicamente con la

de 23 de julio de 1999.

⁴⁷¹ *Vid.* art. 8 de 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 mercantiles; art. 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; art. 15 de 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; art. 11 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo 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; art. 14 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; art. 8 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁴⁷² S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 127-128.

ayuda del CR, cuyas soluciones, como vimos en páginas anteriores, plantean problemas al no conectar bien con las necesidades de la protección de los consumidores en el mercado interior, y con la legislación que pueda dictar cada legislador estatal. Por tanto, existen tantos sistemas de ley aplicable a las situaciones de consumo conectadas con la UE como Estados miembros tiene ésta. Ante la insuficiencia de las soluciones del CR, la distribución de la competencia legislativa entre estos Estados será realizada por cada uno de ellos⁴⁷³, pudiendo dictar, al efecto, normas de conflicto bilaterales, normas de conflicto unilaterales, y establecer, en uno y otro caso, las conexiones que estime más adecuadas, teniendo en cuenta su particular idea de la justicia, dentro del marco, muy amplio, definido por los textos comunitarios⁴⁷⁴. En muchas ocasiones, las normas dictadas por cada Estado ofrecen soluciones fragmentarias, e insuficientes para cumplir los objetivos señalados por el Derecho comunitario. Cuando ocurra una situación de este tipo, no cabrá más posibilidad que acudir a los recursos técnicos o interpretativos que arbitre cada sistema jurídico, a los cauces de aplicación generales establecidos por el Derecho convencional, teniendo en cuenta la guía que supone la primacía del Derecho comunitario y el efecto indirecto o interpretativo de las directivas que ha sido afirmado en reiteradas ocasiones por el TJCE⁴⁷⁵.

El carácter descentralizado de este sistema de DIPr puede generar, como veremos, problemas de *legeforismo* y, como consecuencia, de *forum shopping*, sobre todo cuando la trasposición de las directivas tiene lugar mediante la inserción en el ordenamiento jurídico de una norma unilateral que delimita el ámbito de aplicación en el espacio de la ley estatal armonizada. En tales casos, igualmente pueden producirse situaciones de conflictos positivos de leyes, de conflictos negativos, problemas con la funcionalidad del reenvío, necesidad de dar cauce a la aplicación de soluciones imperativas de Estados terceros, etc., cuestiones, todas

⁴⁷³ Vid. P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 433.

⁴⁷⁴ Estas normas, como revela la práctica legislativa de los Estados, no siempre coinciden. A juicio de N. DOWNES, este resultado sería contrario al que se debería aspirar. Vid. N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, *op. cit.*, pág. 269.

⁴⁷⁵ Vid. *supra* capítulo primero.

ellas, que requieren un análisis detenido. Para advertir la calidad de los problemas que presenta la actuación de este sistema realizaremos un breve repaso de las normas que han sido dictadas por algunos Estados de la UE para la transposición de las normas de DIPr de las directivas comunitarias, prestando especial atención al Derecho español. Antes de dar paso a ese examen, en sendos epígrafes, analizaremos la utilidad que puede prestar aun el CR en la solución de los problemas de ley aplicable que surgen cuando los contratos de consumo poseen una vinculación estrecha con el mercado interior, así como la incidencia que posee la regla comunitaria de reconocimiento mutuo sobre la construcción del entero sistema.

2. Aplicabilidad del art. 7 CR a los contratos internacionales de consumo y modulaciones que ha de recibir esta norma en los supuestos vinculados con el mercado interior europeo

La aplicación de los artículos 3,4 y 5 CR no garantiza la aplicación del estándar de protección comunitario de los consumidores en todas las situaciones conectadas con el mercado interior, en el modo definido por cada directiva. Para lograr dicho objetivo es preciso acudir a otros expedientes, entre los cuales resulta de especial interés el que presta el art. 7 CR, que permite la aplicación a un contrato de normas imperativas de un Estado distinto de aquél cuyo Derecho es de aplicación al contrato. En este sentido, dicho precepto permitiría aplicar a un contrato de consumo, sometido por las partes al Derecho de Argentina, las normas imperativas de protección del consumidor bien de la ley del foro español, en caso de que conozca un juez español, o bien de un tercer ordenamiento distinto del argentino y del español. La viabilidad del recurso al art. 7 CR para la aplicar normas de protección de los consumidores no es del todo pacífica. La principal duda que genera la posible aplicación de este precepto respecto de los contratos de consumo es que, si ya existe una norma específica aplicable a esta clase de contratos (art. 5 CR), la aplicación de normas de ese tipo en supuestos diferentes estaría quebrando el carácter uniforme de las soluciones que prevé este precepto⁴⁷⁶. Se dice,

⁴⁷⁶ Sobre las relaciones entre el art. 5 CR y el art. 7 CR existen posiciones encontradas en la doctrina. En la exposición de W.R. ROTH, la polémica suscitada podría reducirse a tres posturas. La primera y más radical limitaría la protección de los consumidores al art. 5 CR, negando que la aplicación del art. 7 CR pueda justificarse

por ejemplo, que dar aplicación a las normas de protección de la ley de la residencia habitual del consumidor por la vía del art. 7 CR supondría, en buena medida, socavar la intención reguladora completa que posee el art. 5 CR en relación con los contratos de consumo, donde la protección de esa ley sólo queda garantizada en los supuestos que define ese precepto. Por otra parte, la función del art. 7 del CR guarda relación con un tipo de normas diferente a las de protección de los consumidores⁴⁷⁷. Para la aplicación del art. 7 CR es preciso distinguir entre dos tipos fundamentales de normas imperativas, a saber, las normas de protección, cuya finalidad es proteger a la parte débil dentro de una relación jurídica, y las normas ordopolíticas o de dirección, que persiguen objetivos de ordenación macroeconómica en un Estado o en una región supranacional. Ejemplo de las primeras serían las normas de protección en los contratos de consumo o de trabajo, mientras que como ejemplo de las segundas cabría citar a las normas de defensa de la competencia o a las de control de cambios. Además, el art. 7.1 CR no sólo establece un régimen facultativo, y no obligatorio, para la aplicación de las normas imperativas de un tercer país, sino que ha sido objeto de una reserva por parte de algunos países de la Comunidad, a los cuales no vincula ese precepto. Gran parte de la doctrina indica que el art. 7 CR no es el lugar adecuado para la ejecución nacional de la política de protección a los consumidores⁴⁷⁸. Frente a esta posición, sin embargo, otros autores como E. Jayme y Ch. Kohler, afirman que la imperatividad de las normas que contienen las directivas sobre protección de los consumidores podría conseguirse mediante la aplicación combinada de los arts. 5 y 7.1 CR⁴⁷⁹.

Respecto a la supuesta intención reguladora completa del art. 5 CR en el ámbito de los

para compensar situaciones individuales de desequilibrio contractual. Las dos posiciones restantes admiten la intervención de las normas imperativas del art. 7 CR para la protección de los consumidores y se diferencian en que para unos el prevalente es el art. 5, para otros es el art. 7. CR. *Vid.* W.H. ROTH: "Zum Verhältnis...", *cit.*, pág. 36.

⁴⁷⁷ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5 Cc", *cit.*, pág. 675.

⁴⁷⁸ *Vid.* W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 295, y la doctrina allí citada.

⁴⁷⁹ *Vid.* E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 20; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 553.

contratos internacionales de consumo es preciso hacer las siguientes matizaciones. Por una parte, como ha señalado W.H. Roth, el art. 5 CR no puede ser considerada como una norma cerrada, que excluya la aplicación de normas imperativas de protección de consumidores en supuestos distintos de los previstos por ese precepto⁴⁸⁰. Por otra, no es posible considerar incluidas en el art. 5 CR las necesidades de la protección de los consumidores que derivan de la existencia del mercado interior⁴⁸¹, al perseguir este precepto finalidades no del todo coincidentes con las propias de las directivas comunitarias. Además, el objetivo del Derecho estatal dictado para la transposición de las directivas comunitarias va más allá de una mera finalidad tuitiva y conecta con las funciones de ordenación macroeconómica del mercado interior, lo que inserta a estas normas en el grupo de aquéllas cuya aplicación puede tener lugar por la vía del art. 7 CR. Teniendo en cuenta estos argumentos, no deberían existir excesivos problemas para aplicar las normas de consumo de la *lex fori*, ex art. 7.2 CR, cuando

⁴⁸⁰ Este carácter no cerrado puede ser inferido de diversos elementos: el origen del precepto y su condición de norma de compromiso; las evidentes lagunas que encierra y el reconocimiento expreso por parte de sus redactores de que las mismas no responden a una voluntad manifiesta de exclusión; y por último el hecho de que el contenido del precepto no permita deducir que los tipos contractuales no incluidos en el mismo no gozan de la protección que pudiera hacerse efectiva a través del art. 7 CR. Por otra parte, las indicaciones del informe explicativo que acompaña al CR autorizan la interpretación amplia del art. 7 CR, y reconocen el carácter incompleto del art. 5 CR. Y además, la distinción entre intereses generales e individuales no siempre es fácilmente realizable. Todas estas razones, a juicio del autor, son contrarias a la complitud del art. 5 CR. *Vid.* W.H. ROTH: "Zum Verhältnis von Art. 7 Abs 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention", en A.K. SCHNYDER, H. HEISS y B. RUDISH: *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facildes*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, pág. 36. En nuestra doctrina, M. VIRGÓS SORIANO coincide en señalar el carácter incompleto del art. 5 CR y excluye que en todos los casos no subsumibles en el precepto entren a regir automáticamente las normas generales del sistema de los art. 3 y 4 CR, por una razón de coherencia valorativa que, en todo caso, habrá que tratar de reestablecer. Esta finalidad se conseguiría bien a través del art. 7.2 CR, por aplicación analógica del art. 5 o por extensión del mismo por vía legislativa cumpliendo las condiciones del art. 23 CR. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10 apartado 5", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, t. I, vol. 2, págs. 668 y ss. El informe explicativo del convenio admite la posibilidad de utilizar el art. 7.2 CR para la aplicación de las normas de protección de los consumidores. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 27 y ss. En este mismo sentido, *vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", *cit.*, pág. 297.

⁴⁸¹ En la doctrina alemana las opiniones están divididas sobre en qué medida las disposiciones de las leyes alemanas de protección de los consumidores, si desbordan el margen del art. 29 EGBGB, deben considerarse como disposiciones imperativas en el sentido del art. 34. No obstante, indicando la necesidad de contemplar a las normas de transposición de las directivas en materia de protección de los consumidores como normas de ordenación político-social relacionadas con la construcción del mercado interior, *vid.* P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", *cit.*, pág. 416.

el supuesto quede comprendido en su ámbito de aplicación⁴⁸².

La aplicación del Derecho de consumo del foro a través del art. 7 CR puede revestir cierta problemática en los supuestos en los que, al reunirse las condiciones del art. 5 CR, dicho precepto ordena el respeto de las normas imperativas de protección del país de la residencia habitual del consumidor. Cabe pensar en un supuesto en el que un consumidor pasivo con residencia habitual en Japón contrate con una empresa española la adquisición de una embarcación en Marbella, otorgando el Derecho español al consumidor una protección distinta y superior a la establecida por el Derecho de aquel país. En este tipo de situaciones W.H. Roth afirma que los Estados miembros de la UE no pueden desvirtuar la pretensión de uniformidad del art. 5 CR haciendo efectivas, de forma unilateral, normas de su propio ordenamiento. El art. 5 CR sería de aplicación prevalente respecto del art. 7 CR, y sólo cabría aplicar las normas imperativas del foro en presencia de contratos que no reuniesen los requisitos exigidos por el art. 5 CR⁴⁸³. Esta solución, sin embargo, no resulta satisfactoria, por ejemplo, para los contratos celebrados por consumidores sin residencia habitual en la UE, en los que quepa identificar una vinculación del contrato con el mercado interior europeo. Aunque lo más frecuente será que vayan de la mano la residencia en la UE del consumidor y la vinculación del contrato con el mercado interior europeo, este resultado no se produce siempre. Por ejemplo, cabe pensar en el caso de un adquirente "pasivo" de time-sharing con residencia habitual en Estados Unidos cuyo inmueble a disfrutar por turnos esté situado en la isla de Gran Canaria (*vid.* art. 9 de la Directiva 47/94/CE). Sin perjuicio de la valoración que cabe hacer del criterio empleado por las directivas para definir su ámbito de aplicación en el espacio⁴⁸⁴, la aplicación por vía del art. 5 CR de la ley de un tercer país no podría tener por resultado privar al consumidor de la protección establecida por el Derecho comunitario. La

⁴⁸² Sobre la resolución de los conflictos positivos, entre la *lex fori* y otra leyes, cuando ambas reclaman aplicación al caso, *vid. infra* este capítulo, IV.

⁴⁸³ *Vid.* W.H. ROTH: "Zum Verhältnis...", *cit.*, pág. 36.

⁴⁸⁴ *Vid. supra.*

conexión de un contrato de consumo con el mercado interior debe ejercer una influencia muy importante sobre la interpretación del entero sistema de DIPr⁴⁸⁵. En concreto, los jueces estatales quedarán obligados a utilizar todos los recursos con que cuente el sistema para conseguir el resultado marcado por la directiva, obligación que deriva del principio general de interpretación de las normas nacionales con arreglo al Derecho comunitario⁴⁸⁶. Esta obligación conecta con la existencia de un verdadero orden público comunitario, que debe ser aplicado en su plenitud por jueces y demás autoridades. El límite vendría representado por la imposibilidad de alcanzar un resultado *contra legem*. Por tanto, en ese tipo de situaciones, la incorporación de la variable comunitaria podrá determinar la aplicabilidad del Derecho de protección de los consumidores del foro -si éste reclama aplicación al supuesto- por vía del art. 7.2, a pesar de que el art. 5 CR haya conducido a la aplicación del Derecho de un Estado ajeno a la Comunidad.

Este mismo problema se plantea un poco diferente cuando el consumidor tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad y la aplicación del Derecho de este país queda garantizada a través del art. 5 CR. Se trataría del supuesto en el que un consumidor pasivo con residencia habitual en Grecia adquiere una lancha fuera borda a una empresa española, estableciendo el Derecho español ciertas singularidades de protección que no son conocidas por el Derecho griego. El carácter incompleto de la unificación jurídica realizada por las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor podrá determinar que un Estado pretenda aplicar imperativamente las disposiciones de su ordenamiento, cuando prevean niveles de protección superiores a los establecidos por la ley de la residencia habitual del consumidor. Dado que en este caso concurren las leyes de dos países de la UE, y que podrá tener cierta incidencia la regla de reconocimiento mutuo, su estudio lo abordaremos en el epígrafe siguiente.

⁴⁸⁶ S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 149.

Respecto de la posibilidad de aplicar a un contrato de consumo un Derecho distinto a la ley del foro y a la *lex contractus*, cabe en este momento reproducir algunas de las conclusiones que acabamos de alcanzar en relación con la aplicación de la ley del foro, sobre todo en lo relativo a las relaciones del art. 7 con el art. 5 CR. Sin embargo, es necesario introducir nuevas matizaciones relevantes. El carácter facultativo con que se configura el art. 7.1 CR, así como la reserva efectuada por algunos países a dicha disposición, podrían hacer aparecer como inapropiada la vía que habilita ese precepto para la aplicación de las normas imperativas de consumo. Para valorar estos argumentos conviene realizar algunas precisiones sobre el carácter del art. 7.1 CR así como sobre el mandato que las directivas comunitarias dirigen a los Estados. La obligación comunitaria de garantizar el nivel de protección mínimo en las situaciones vinculadas con el mercado interior debe quedar asumida por los Estados al margen de la eventual aplicabilidad del art. 7.1 CR. Por esta razón, como indican E. Jayme y Ch. Kohler, para cumplir con el Derecho comunitario los Estados que han realizado la reserva al art. 7.1 CR no tendrían necesidad de retirarla, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22.3 CR, bastando con que doten a sus jueces de la posibilidad de aplicar las disposiciones imperativas de otro Estado miembro⁴⁸⁷. Esta posibilidad podría tener lugar a través de una modulación de la jurisprudencia, que tuviera en cuenta los objetivos especiales perseguidos por el Derecho comunitario. Por otra parte, en los países donde rige el art. 7.1 CR, la obligación comunitaria asumida por los Estados miembros de garantizar al consumidor un nivel concreto de protección obliga a introducir ciertas modulaciones en los parámetros que el precepto establece para determinar la aplicación de las normas imperativas de terceros ordenamientos. En efecto, el art. 7.1 CR es una norma principal, de carácter flexible, que establece las pautas generales de aplicación, o toma en consideración, para normas internacionalmente imperativas de muy distinto tipo. Este carácter abierto, sin embargo, presta un marco favorable a la introducción de modulaciones y variables que permitan tener debidamente en cuenta todos los factores con incidencia sobre la aplicabilidad de las normas imperativas. Entre estas variables, habrá que contar, especialmente, con la obligación establecida por las directivas de asegurar la aplicación del estándar comunitario de protección en las situaciones vinculadas con

⁴⁸⁷ E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, págs. 1 y ss.

el mercado interior europeo, así como con el carácter comunitario que se predica del Derecho estatal dictado para realizar la correspondiente transposición⁴⁸⁸.

La primera y más importante de las modulaciones consiste en la sustitución del régimen facultativo en la aplicación de las normas imperativas de protección, que deriva de la expresión "podrá darse efecto", por uno de carácter obligatorio. Para dar aplicación a la normativa de un tercer Estado comunitario será preciso, únicamente, que la regulación de ese Estado reclame aplicación al caso y que la situación presente un vínculo estrecho con ese país. Ni la naturaleza de estas disposiciones, ni su objeto podrán originar el rechazo a la aplicación de esas disposiciones, habida cuenta que se trata de normas de carácter civil cuyo objeto es la protección de los consumidores, finalidad compartida y avalada por los países miembros de la UE. En cambio, la valoración de la existencia del vínculo estrecho, sin llegar a suponer el establecimiento de una conexión única, supondrá la no aplicación de aquellas normativas que establezcan ámbitos de aplicación desmesurados, y cuya aplicabilidad al caso no esté fundada en un lazo razonable con el país, como podría ser la residencia habitual del consumidor en ese país, el hecho de que el contrato se haya celebrado en ese territorio, o exista un elemento objetivo del contrato situado en ese territorio, como por ejemplo un inmueble en el caso de la aplicación de la directiva de protección de los adquirentes de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁴⁸⁹. Más difícil será aceptar, en principio, la aplicación de aquellas normativas que posean un ámbito de aplicación que se extienda sobre todos los supuestos conectados con la UE. Por último, respecto a la valoración de las consecuencias de la aplicación de dichas normas, o de su inaplicación, podrá tenerse en cuenta, por ejemplo, si el hecho de que deje de aplicarse esa normativa comporta o no que se prive al consumidor del nivel de protección comunitario en situaciones vinculadas con el mercado interior.

⁴⁸⁸ Aunque al hilo de otro discurso, indicando que el art. 7 CR ha de operar con distinto alcance según que se proyecte sobre relaciones intracomunitarias -en cuyo caso está subordinado a las exigencias del interés general- o en relaciones vinculadas con el mercado mundial, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 164.

⁴⁸⁹ P. LIMMER: P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, págs. 415 y ss.

Las normas de protección de consumidores de los países miembros de la Comunidad no siempre son el resultado de la armonización comunitaria, por lo que cabe discutir si el sistema que se acaba de proponer debería o no ser aplicado para dar cumplimiento a las normas estatales dictadas al margen de las directivas comunitarias. Cabe afirmar sin dificultad, en primer lugar, que cuando una medida estatal haya sido habilitada o autorizada por el Derecho comunitario la correspondiente disposición nacional disfrutará del rango comunitario, por lo que la aplicación de estas normas imperativas, cuando forman parte de la *lex fori* o de un Estado tercero, podrán ser aplicadas siguiendo el esquema que hemos trazado en las líneas anteriores. En segundo lugar, las disposiciones estatales de protección de los consumidores dictadas por los Estados al margen del ámbito material de las directivas⁴⁹⁰ no gozan de carácter comunitario por lo que no se benefician de ese carácter para reforzar su imperatividad. Esta matización no resulta muy relevante cuando las disposiciones en cuestión pertenecen a la *lex fori*, pues el juez del país que conoce del caso probablemente aplicará sin más sus propias normas imperativas. Sin embargo, la distinción sí que puede resultar trascendente cuando está en juego la aplicación de las disposiciones de un tercer ordenamiento. Este supuesto puede ser ilustrado con la normativa alemana relativa a la protección de los adquirentes de inmuebles por turnos. El legislador alemán ha procedido a extender, de forma unilateral, el ámbito de aplicación de su ley, en situaciones que no gozan de relevancia para el Derecho comunitario, esto es, distintas de aquellas en las que el inmueble se encuentra en la UE. Cuando un juez español esté conociendo en relación con un contrato de *time-sharing* en donde no sea de aplicación la ley española, el bien inmueble se encuentre en Canadá, y el consumidor tenga su residencia habitual en Alemania, la situación habrá de ser considerada como extracomunitaria. Esta calificación comportará la inexistencia de una obligación comunitaria, para el juez español, de aplicar el Derecho alemán cuando dicho Derecho no sea aplicable en conformidad con el art. 5 CR. Aunque tampoco supone que haya de negarse dicha aplicación. Ahora bien, en este caso, las modulaciones que comentamos poco

⁴⁹⁰ Cabe pensar en todos los casos en que el legislador estatal ha ampliado de forma unilateral el ámbito de aplicación material de una directiva al proceder a su transposición mediante una ley estatal.

más arriba respecto del art. 7.1 CR, que se producen para el Derecho imperativo comunitario y que derivan del efecto indirecto de las directivas, no tienen ahora lugar, permitiéndose una mayor libertad al intérprete para valorar cada uno de los parámetros mencionados. Cabrá valorar, por ejemplo, si las normas en cuestión tienen una mera función de protección, o si están dictadas para una función de ordenación del mercado de ese país, o si su no aplicación comporta que no quede satisfecho el interés de un legislador estatal en su propio mercado, donde existen determinadas circunstancias económicas o sociales que justifican esa regulación.

En estas situaciones podrá también ser de utilidad el concepto de mercado interior, sobre todo cuando se trate de aplicar la legislación de un Estado miembro de la Comunidad dictada en un ámbito no armonizado, cuando las condiciones de protección establecidas por las leyes de los Estados miembros de la Comunidad sean suficientemente equivalentes. En estas situaciones, normalmente, no aparecerá la necesidad de elaborar una directiva comunitaria. Sin embargo, el funcionamiento correcto del mercado interior exigirá que el sistema de DIPr no sea utilizado por las empresas para escapar a las reglas no armonizadas pero “equivalentes”, vigentes en los diferentes Estados de la Comunidad.

3. Incidencia de la regla de reconocimiento mutuo sobre las normas de DIPr. en el sector de la contratación de consumidores

A. Planteamiento

Un primer factor que ha de ser tomado en consideración para la construcción del sistema es la eventual incidencia que puede tener la regla de reconocimiento mutuo sobre las soluciones de DIPr en el sector de la protección contractual del consumidor. Los principios del Derecho comunitario que contemplan la eliminación de los obstáculos perturbadores de las

libertades de circulación debidas a la diferencia de legislaciones nacionales⁴⁹¹ no sólo afectan a las reglamentaciones de Derecho público, sino igualmente a las de Derecho privado⁴⁹². La aplicación de una ley distinta a la del país de origen puede obligar, eventualmente, a una *adaptación* de las mercancías importadas o exportadas a otras condiciones jurídicas, lo que puede generar costes y ser motivo de restricción del comercio intracomunitario⁴⁹³. Si la regla de reconocimiento mutuo tuviera la categoría de norma de conflicto de DIPr el problema habría quedado ya resuelto, por obra del principio de primacía del Derecho comunitario, siendo siempre de aplicación la ley del Estado de origen⁴⁹⁴. Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que el alcance de la regla de reconocimiento mutuo, al igual que en el resto de los sectores, tampoco es absoluto en el ámbito de la determinación de la ley aplicable a los contratos, pues no cabe afirmar la existencia de una obligación de aplicar la ley del Estado de origen siempre y en todo caso⁴⁹⁵. La intervención de la regla de reconocimiento mutuo es

⁴⁹¹ Sobre el concepto de obstáculo *vid.* M. LOPEZ ESCUDERO: *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Granada, Editorial de la Universidad, pág. 48.

⁴⁹² *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, págs. 92. Afirmando, concretamente, la proyección de la regla de reconocimiento mutuo sobre la regulación de Derecho privado en la 2ª Directiva Bancaria, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, págs. 153 y ss. Para la autora, diversas razones avalarían que, una vez que el país de origen concede la autorización, la ley de dicho país se extienda a la dimensión jurídico privada, al menos en libre prestación de servicios. Entre ellas, aun cuando la materia armonizada es la referente al control y vigilancia de las entidades, en la lógica estaría pensar que la sumisión a control por el país de origen depende en buena medida del régimen en que se desarrolle la actividad. Así, tendencialmente, la apertura de establecimiento secundario conlleva la sumisión de la actividad a las exigencias del país de destino, mientras que en régimen de Libre prestación de servicios los operadores aspirarán a que su actividad se desarrolle conforme al patrón legal del país de origen. No obstante, la autora no niega la posibilidad de dar aplicación a las normas imperativas del país de destino.

⁴⁹³ *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 156.

⁴⁹⁴ En este sentido, se afirma que de los arts. 30 y 59 TCE y de la interpretación de los mismos en la jurisprudencia del TJCE resulta que el principio de reconocimiento mutuo se configura como una norma de conflicto que impone la aplicación de la ley del país de origen de las mercancías y servicios. Existiría así una regla de conflicto oculta en el Derecho originario. Por estas razones, se destaca la similitud entre las excepciones por motivos de interés general previstas a la operatividad de la regla de conflicto implícita, y la reserva de orden público propia del DIPr. *Vid.* J. BASEDOW: "Das kollisionsrechtliche Gehalt...", *cit.*, págs. 12-15. En un sentido parcialmente diferente, *vid.* M. FALLON: "Les conflits de lois...", *cit.*, pág. 436.

⁴⁹⁵ Como indica N. REICH, el principio del reconocimiento recíproco no soluciona el problema de aplicación jurídica en DIPr. *Vid.* N. REICH: "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *cit.*, págs. 206. Para L. RADICATI DI BROZOLO, la aplicación sistemática de la ley del país de origen ni siquiera es garantizada en el contexto más restringido de las actividades tomadas en consideración por las directivas sobre el mercado único, habida cuenta que la obligación de reconocimiento mutuo se circunscribe a ciertos aspectos de la reglamentación de Derecho

menos drástica, actuando como principio estructural del Derecho Comunitario que se erige en parámetro de control de conformidad de la norma de DIPr, en la medida en que ésta puede constituir un obstáculo a la libertad de circulación⁴⁹⁶. La novedad que introduce la regla de reconocimiento mutuo consiste en que la solución de ciertos de los conflictos intracomunitarios podrá ser influida por el Derecho comunitario. Dicha influencia se manifiesta en la introducción de limitaciones a la invocabilidad de la reserva de orden público internacional e interno⁴⁹⁷, o a la aplicabilidad de normas internacionalmente imperativas de un Estado distinto al de origen⁴⁹⁸. La regla de reconocimiento mutuo, cuya filosofía resulta de fácil inserción en las soluciones que ofrece el CR⁴⁹⁹, también puede repercutir sobre el proceso

público. La regla de reconocimiento mutuo no resuelve, pues, el problema de la determinación del Derecho aplicable. Los conflictos de leyes en el interior de la Comunidad continuarán existiendo, y para su solución habrá que hacer recurso a las normas de conflicto del CR. *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation...", *cit.*, pág. 102. Entre nosotros, descartando también que la regla de reconocimiento mutuo pueda ser considerada como una regla de conflicto que derogue a las soluciones del CR, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 155. Por su parte, para P.A.DE MIGUEL ASENSIO, afirmando el carácter restringido de la eficacia de la regla de reconocimiento mutuo, que se limita a excluir la aplicación de las normas contrarias al Derecho comunitario, y a sustituirlas por las reglas del país de origen. *Vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, págs. 437-438.

⁴⁹⁶ *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 155. Sobre el control comunitario de las normas de conflicto, *vid.* M. FALLON: "Les conflits de lois et de juridictions...", *cit.*, págs. 119-148.

⁴⁹⁷ *Vid.* sentencia TJCE de 24 de octubre de 1978, ya citada. Sobre las consecuencias de la regla de reconocimiento mutuo para la aplicación del orden público negativo, *vid.* W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, págs. 297 y ss. En general sobre la repercusión del fenómeno comunitario sobre la operatividad de la reserva de orden público, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 443.

⁴⁹⁸ L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, págs. 93; N. REICH: "EG-Richtlinien und internationale Privatrecht", *cit.*, pág. 123; W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 286 y págs. 293 y ss.

⁴⁹⁹ Respecto a la determinación objetiva de la ley aplicable al contrato, M. VIRGÓS SORIANO indica que existiría una cierta identidad de razón entre el criterio de la ley del establecimiento principal del prestador característico y la referencia a la ley de origen, y ello sería especialmente cierto en aquellos contratos ejecutados en el ejercicio de actividades, como las bancarias, en que existe una fuerte interrelación entre los elementos de Derecho público o de carácter intervencionista y los de Derecho privado. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", Tratado de Derecho Comunitario Europeo, tomo I, Dirigido por E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado, Madrid, Civitas, 1986, pág. 784). Sobre las interrelaciones entre el reconocimiento mutuo y el CR, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", *cit.*, pág. 166; M. GARDEÑES SANTIAGO: "La aplicación...", *cit.*, pág. 38. Del mismo modo, la admisión amplia de la autonomía conflictual permitiría seleccionar la legislación del Estado de origen del producto o servicio.

de localización objetiva del contrato, incorporando un reforzamiento adicional de la presunción de máxima proximidad que establece el art. 4.2 CR en favor de la aplicación de la ley del prestador característico del contrato⁵⁰⁰.

Antes de continuar conviene averiguar cuál ha de ser considerado como el Estado de origen. En el capítulo anterior vimos que la determinación de este Estado era relevante para la determinación de las condiciones que debe cumplir una mercancía, o el prestador de un servicio. Sin embargo, por ser distinta la finalidad, este modo de proceder no tiene porqué coincidir con la averiguación del Estado de origen a efectos de determinar a qué Derecho estatal correspondería regular con carácter preferente un contrato internacional. En estos casos el origen vendrá determinado, sin distinción para la libre circulación mercancías y para la libertad de prestación de servicios, por el Estado miembro cuyo Derecho sea utilizado normalmente por el vendedor o por el prestador de servicios para la celebración de sus contratos. Esta regla, en los supuestos típicos, conllevará la consideración como Estado de origen al país miembro de la Comunidad donde esté establecido el empresario o la sociedad, pues normalmente, si se trata de una sociedad que realiza su actividad en ese país, estará sometida, en todo caso, a la ley de ese país al amparo del art. 3.3 CR. Cabe sin embargo la posibilidad de que una sociedad establecida en un Estado miembro de la Comunidad se dedique sólo al comercio exterior designando, de forma habitual, al régimen jurídico de un Estado miembro distinto. En estos casos, a nuestro modo de ver, como referente de origen no

⁵⁰⁰ Aunque la presunción del párrafo 2 del art. 4 CR puede ser destruida cuando el contrato presente vínculos más estrechos con otro país, cabría mantener -dice L. RADICATI DI BROZOLO- que esta presunción sería incluso más fuerte tratándose de relaciones intracomunitarias: en estos casos existiría un elemento suplementario de conexión entre el contrato y la ley del país del prestatario característico, a saber el hecho de que es la ley que permite conservar intacto el contenido del servicio y que permite así la circulación de acuerdo con las finalidades del Derecho comunitario. El hecho de que esta perspectiva sea diferente de aquella que estaba en la base del convenio de Roma con ocasión de su redacción no podría invocarse en contra de esta solución, a la vista de los vínculos que existen entre el CR y el Derecho comunitario. A juicio del autor, esta regla no supone violación al principio de base del convenio que preve la misma reglamentación de conflictos para las relaciones intracomunitarias y las otras. Comporta sólo una apreciación particular de puntos de vista de uno de los elementos que conecta la relación jurídica con los sistemas jurídicos en presencia - en el caso el sistema del país del prestador del servicio- lo que parece totalmente compatible con la filosofía del art. 4 que conduce a la aplicación en cada caso la ley que presenta los vínculos más estrechos con la relación en cuestión. *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation...", *cit.*, pág. 96.

podría tenerse en cuenta la ley del país del establecimiento de la sociedad, sino la señalada normalmente en la práctica contractual establecida.

El funcionamiento ordinario del sistema de normas de conflicto establecido por el CR no garantiza, sin embargo, la aplicación de la ley del Estado que de origen a las prestaciones de servicios intracomunitarias, o al menos no se persigue este objetivo de forma sistemática. Precisamente, en su art. 5 el CR incorpora normas específicas, aplicables a algunas situaciones de contratos de consumidores, cuya finalidad es, de un lado, garantizar que el consumidor no quede privado a través de una elección de ley de la protección establecida por la ley de su residencia habitual en ciertas situaciones. Y de otro, establece la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor en defecto de una elección de ley aplicable. Por otra parte, en los supuestos no amparados por el art. 5 CR, a pesar de que una elección de ley aplicable a través del art. 3 CR, o una localización objetiva del contrato que tenga lugar mediante el art. 4 CR, podría conducir a una localización del contrato en el Estado de origen, la aplicación de la ley de este Estado, a título de *lex causae*, no garantiza la aplicación de sus disposiciones. Estas reglas no serán de aplicación si se consideran contrarias al orden público internacional, o si existen reglas de aplicación inmediata que tengan voluntad de aplicación en el caso. El art. 7 CR, que se refiere a la aplicación de las normas internacionalmente imperativas, podría deparar la aplicación de la legislación del foro o la de un tercer Estado distinto al de la *lex contractus* a los contratos de consumo no comprendidos en el ámbito del art. 5 CR⁵⁰¹. A través de esas normas se da lugar a que el servicio no pueda ser prestado, o la mercancía no pueda ser vendida, en las mismas condiciones en que lo hace en el Estado de origen, generándose así una restricción al comercio intracomunitario⁵⁰².

⁵⁰¹ Sobre la viabilidad de utilizar el cauce del art. 7 CR para dar aplicación a las normas de protección de los consumidores en los supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 5 CR, *vid. supra*. La cuestión no se planteará, normalmente, cuando la competencia judicial internacional corresponda al Estado de origen. No obstante, también podrá plantearse cuando la competencia corresponda al Estado de origen, en el caso en que se den las condiciones de aplicación de una regla imperativa o de aplicación inmediata de un país tercero en el sentido del art. 5.2 o del art. 7.1 del CR. *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation...", *cit.*, pág. 97.

⁵⁰² *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 160; W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 288.

La elaboración del CR, o de otros textos de Derecho derivado, por los países miembros de la UE o por los órganos legislativos institucionales, que introduzcan o mantengan restricciones al comercio intracomunitario podría ser entendido como manifestación de la voluntad del legislador comunitario, en uno y otro formato, de establecer ciertas derogaciones parciales a los principios generales del Derecho comunitario, que no regirían, por tanto, en los ámbitos regulados de forma especial. Esta conclusión, sin embargo, no puede ser mantenida porque *los principios generales del Derecho comunitario en materia de libre circulación priman sobre el Derecho derivado y sobre el Derecho convencional*, lo que supone que las normas de conflicto contenidas en las Directivas y las normas establecidas por el CR deben pasar el examen de compatibilidad con los principios generales⁵⁰³. El origen comunitario del CR no excluye la necesidad de verificar la compatibilidad de sus normas con los principios del Derecho comunitario. Esta afirmación cobra especial sentido cuando se verifica que el CR no considera la especificidad de las relaciones intracomunitarias, y especialmente de aquellas ligadas al ejercicio de las libertades fundamentales que derivan del Tratado de Roma⁵⁰⁴. En relación con las normas de protección de los consumidores, cuando se elabora el CR la política comunitaria dirigida a la instauración de marcos de protección equivalentes en los diferentes países de la Comunidad, al efecto de crear el mercado interior, se encontraba en estado embrionario. El cambio operado en el panorama legislativo, unido a la operatividad general de la regla de reconocimiento mutuo, impone, por tanto, la necesidad de averiguar si las soluciones que ofrece el CR a los problemas de ley aplicable que suscita la contratación internacional de

⁵⁰³ Afirmando la necesidad de este examen, *vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation...", *cit.*, pág. 95. Este argumento ha sido acogido por la doctrina posterior que ha abordado el tema. *Vid.* W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 287. Como indica este autor, el Derecho comunitario primario y derivado realiza también su presión sobre los diferentes convenios internacionales concluidos por los Estados miembros, y por tanto sobre el CR.

⁵⁰⁴ A juicio de L. RADICATI DI BROZOLO, estas afirmaciones pueden también mantenerse en relación con las reglas de conflicto especiales contenidas en las Directivas que liberalizan la actividad de los seguros en la Comunidad. Aunque aplicables esencialmente a las relaciones intracomunitarias, estas reglas se fundan también sobre concepciones tradicionales, en cuanto que las soluciones que se ofrecen a los problemas de determinación de la ley aplicable no están específicamente inspiradas por la finalidad de facilitar la circulación intracomunitaria. *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, pág. 92.

consumidores resultan congruentes con el Derecho comunitario. Al objeto de nuestro estudio interesa examinar dos extremos: la compatibilidad con el Derecho comunitario de la aplicación de las medidas de protección de los consumidores a través del art. 5 CR (B) y a través del art. 7 CR (C).

B. Aplicación del Derecho de protección de los consumidores a través del art. 5 CR

Tanto la restricción que realiza a la autonomía conflictual, como la conexión objetiva que establece el art. 5 CR pueden ser consideradas como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones o como un obstáculo a la libertad de circulación de servicios⁵⁰⁵. Ahora bien, es necesario verificar si los objetivos que persigue el art. 5 CR pueden ser tenidos en cuenta por el Derecho comunitario para determinar el carácter justificado de la restricción.

Como se sabe, los límites a la elección de ley aplicable que establece el CR en los contratos de consumo encuentran explicación en la necesidad de coordinar las normas de DIPr con los valores presentes en el Derecho sustantivo⁵⁰⁶: si en dicho Derecho el valor es la necesidad de restaurar el equilibrio entre las partes contratantes, en DIPr este objetivo se consigue rechazando que una designación de ley aplicable pueda conducir a privar al consumidor de la protección que le garantice el Derecho de su residencia habitual⁵⁰⁷. Ahora

⁵⁰⁵ En el caso de la conexión objetiva la restricción sólo sería potencial. Como indica W. DRASCH, como consecuencia de la conexión objetiva utilizada, los productos de un fabricante podrían quedar sometidos a quince estándares de regulación, lo que supondrá un considerable aumento de costes. La consecuencia es que existe al menos una exclusión potencial del acceso de mercancías y servicios a los otros Estados miembros, suficiente para poder considerar su incompatibilidad con el Derecho comunitario. W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, op. cit., pág. 301.

⁵⁰⁶ Sobre la congruencia entre las normas materiales y de DIPr en el sector de la protección de los consumidores, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª edic., Madrid, 1995, pág. 167.

⁵⁰⁷ Como indica D. MARTINY, sería inconsecuente limitar la libertad contractual en Derecho material pero permitir a las partes escapar de esas normas en su totalidad mediante la elección de una ley distinta como reguladora del contrato. El interés de la empresa en adoptar su propio Derecho y en la unificación jurídica ha de

bien, para que la solución no sea inequitativa, el apartamiento de la regla general de admisibilidad de la autonomía conflictual sólo procede cuando las circunstancias de celebración del contrato no justifiquen que se grave al consumidor con la aplicación completa de la ley designada, lo que ocurre singularmente cuando el consumidor puede ser calificado como *activo*⁵⁰⁸. Esa misma misión de justicia particular encuentra reflejo en el ámbito de la conexión objetiva: la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor encuentra fundamento en la valoración de la posición social del consumidor en sus relaciones con el vendedor⁵⁰⁹. En efecto, la aplicación de la ley del país del entorno jurídico habitual del consumidor favorece su posición habida cuenta que le permite conocer con facilidad, sin costos de información excesivos, sus derechos, y verificar también fácilmente el grado de

situarse detrás de la protección del consumidor. *Vid.* D. MARTINY: "Verbraucherverträge", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, pág. 611. También *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Obligaciones contractuales", *op. cit.*, pág. 169; J.G. SAUVEPLANE: "Consumer Protection in Private International Law", *NILR*, 1985, págs. 102-105; M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe...", *cit.*, pág. 21; E. ZABALO ESCUDERO: "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor contratante en Derecho internacional privado", *REDI*, 1985, págs. 125 y ss.

⁵⁰⁸ En este sentido, se habla de "condiciones de vinculación con el mercado doméstico", en alusión al carácter pasivo del consumidor a quien se confiere la protección establecida por el CR. La protección únicamente se dispensa, según el criterio del convenio, al consumidor que es captado en su mercado doméstico por un empresario extranjero. El consumidor "activo", el que se dirige a (o actúa en) un mercado extranjero para adquirir bienes o servicios, no puede esperar que le proteja su Derecho nacional. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Obligaciones contractuales", *op. cit.*, pág. 168. También *vid.* D. MARTINY: "Europäisches Internationales Vertragsrecht...", *cit.*, pág. 121. Estas consideraciones deben entenderse sin perjuicio del debate en torno a la definición de consumidor activo y pasivo, a la vista de las nuevas estrategias comerciales de captación de clientes. El diverso tratamiento del consumidor activo y pasivo encuentra también una buena explicación desde una perspectiva de análisis económico del Derecho: los riesgos que supone la aplicación de un Derecho distinto al del entorno jurídico habitual deberán ser soportados por aquél que los haya podido prever, siendo ésta la situación del que se desplaza desde su mercado a un mercado extranjero.

⁵⁰⁹ Como indica J.G. SAUVEPLANE, aquí también se refleja la función social del Derecho de consumo en DIPr. *Vid.* J.G. SAUVEPLANE: "Consumer Protection...", *cit.*, pág. 106. Cabría dudar, como indica el autor, si, al igual que sucede en el caso de la elección de ley aplicable, también en el ámbito de la conexión objetiva sería preciso introducir un test de mayor favorabilidad para el consumidor de la ley de su residencia habitual. Esta solución no sólo genera graves problemas en la práctica (necesidad de elegir de entre varias leyes la que sea más favorable), sino que perturbaría el equilibrio entre las partes. Una regla que diera al consumidor la máxima protección tendría el riesgo de perturbar el equilibrio entre las partes, en detrimento del vendedor. El objetivo de la protección del consumidor no es convertir al consumidor en la parte fuerte del contrato, sino en reequilibrar la balanza de intereses entre ellos. Para realizar este objetivo basta, por tanto, con asegurar la aplicación del régimen de protección del sistema legal al cual el consumidor pertenece, en todas aquellas situaciones en que el consumidor podría confiar en su aplicación. *Vid.* J.G. SAUVEPLANE: "Consumer Protection...", *cit.*, págs. 105-106.

cumplimiento del contrato por su contraparte⁵¹⁰. En suma, las excepciones que el art. 5 CR establece al régimen general de los arts. 3 y 4 CR pretenden asegurar al consumidor concreto los niveles de amparo reconocidos por la legislación del Estado con el cual se encuentre especialmente vinculado, *midiéndose dicha vinculación a través de la protección esperable por el consumidor*⁵¹¹, que a su vez queda relacionada con los términos de la conclusión del contrato de consumo⁵¹².

Ahora bien, al Derecho comunitario no le basta afirmar, con carácter general, la existencia de un objetivo de protección de los consumidores para que, directamente, sea posible afirmar la compatibilidad de la medida. Hemos visto con anterioridad que el TJCE se detiene, normalmente, en analizar si el objetivo concreto de protección de los consumidores que es proclamado, puede ser asumido y compartido por las concepciones del Derecho comunitario. La admisibilidad de restricciones a las libertades comunitarias exige que el objetivo concreto de protección del consumidor perseguido por una medida, estatal o

⁵¹⁰ Vid. M. VIRGÓS SORIANO: "Obligaciones contractuales", *op. cit.*, pág. 169. Junto a estas razones, la presencia de un número importante de normas imperativas entre las reguladoras del contrato hace conveniente someter el conjunto contractual a un único ordenamiento. Estamos en presencia de uno de los llamados contratos integrados, por oposición a los contratos comerciales, categorías contractuales a las que se refiere F. VISCHER: "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Rec. des Cours*, t. 142, 1974-II, págs. 1-70.

⁵¹¹ Esta justificación explica los términos del art. 5.4 CR. Por no resultar esperable la protección en este caso, y a pesar de poder ser considerado como consumidor pasivo, el art. 5 CR no es de aplicación a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto a aquél en que tenga su residencia habitual.

⁵¹² Como indica LIMMER, cuando existen las referidas condiciones de conclusión del contrato de consumo, el consumidor puede esperar la misma protección a la que sería acreedor en los contratos meramente internos. Vid. P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, pág. 393. Vid. W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 290; I. GUARDANS CAMBÓ: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, págs. 323-324. Estas consideraciones no excluyen la posibilidad de que, a través del art. 4 CR, se pueda llegar a la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor. En relación con un contrato de *timesharing*, no siendo de aplicación el art. 5 CR, en la sentencia LG Koblenz de 23 de mayo de 1995, el tribunal alemán pasó a destruir la presunción del art. 4.3 CR, que determinaba la aplicación del Derecho español como lugar de situación del inmueble, en atención al medio social en que se había celebrado el contrato (la lengua utilizada en la negociación y en la redacción del contrato fue el alemán, la moneda de pago era el marco alemán, etc). A la vista de todos los indicios que ligaban tan estrechamente el contrato al lugar de la residencia habitual del demandado (el adquirente) estaba ampliamente justificada su expectativa de que éste se rigiera por la ley alemana. *IPRspr*, 1995, pág. 46-47.

convencional, sea compartible o asumible por el Derecho comunitario⁵¹³. Sin perjuicio de otras valoraciones, creemos que el análisis del TJCE podría discurrir a través de los argumentos siguientes.

La presencia del objetivo de protección aparece clara cuando el contrato se celebra en el país de la residencia habitual del consumidor como consecuencia de una oferta que le ha sido especialmente dirigida, o el encargo se recibe en ese país⁵¹⁴. En esta situación, *el principio de apariencia juega a favor de la identificación de una necesidad fuerte de protección del consumidor, que resulta atendible en el marco del Derecho comunitario*. En efecto, dado que el empresario extiende su actividad comercial sobre el país del consumidor con la finalidad de concluir contratos, se deja reconocer hacia el exterior, de forma muy amplia, la sujeción de éste a las condiciones y al marco jurídico del Estado de destino. Esta apariencia que se genera en el consumidor, sin embargo, podría ser desvirtuada por una elección de ley aplicable. Por ello, la necesidad de dotar al consumidor de la protección ofrecida por la ley de su residencia habitual resulta como consecuencia de la posición negocial débil que ostenta el consumidor pasivo⁵¹⁵, que podría llevarle con facilidad a ser privado de la protección de la ley del país con respecto a la cual se ha generado una determinada apariencia.

Identificado de este modo el objetivo de protección, la extensión de la protección no se justifica, por el contrario, si el contrato, aun celebrado en el país de la residencia habitual del consumidor, lo ha sido por la sola iniciativa del consumidor, y el prestador de servicios o vendedor se desplaza al país de la residencia habitual de aquél para concluir el contrato. A la espera de pronunciamientos del TJCE sobre esta cuestión, parece razonable entender que, en defecto de una apariencia que haya podido ser generada sobre la aplicación del régimen

⁵¹³ *Vid. supra* el análisis realizado en torno al interés general estatal que el TJCE ha tenido en cuenta para permitir restricciones legítimas a la libre circulación de mercancías y a la libre circulación de servicios.

⁵¹⁴ La doctrina más autorizada mantiene que la solución debería ser diferente que el servicio sea ofrecido en el Estado del beneficiario o bien en aquel del prestatario. *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation...", *cit.*, pág. 97.

⁵¹⁵ W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 267.

jurídico de la ley de su residencia habitual, no existirá un motivo de protección de los consumidores atendible desde el punto de vista del Derecho comunitario⁵¹⁶. Estas afirmaciones, claro está, deben entenderse sin perjuicio de que el consumidor no pueda ser privado de la protección establecida por las directivas, cuando el contrato de consumo esté vinculado con el mercado interior, lo que conecta con la dimensión externa del sistema, a la que nos hemos referido en el epígrafe tercero de este capítulo.

El argumento de la apariencia y de la necesidad de protección permite encontrar justificación comunitaria al supuesto a que se refiere el inciso tercero del art. 5.2 CR. Este precepto extiende la aplicación imperativa de la ley de la residencia habitual del consumidor cuando el contrato ha sido celebrado en un país distinto al de la residencia habitual del consumidor, cuando el encargo del consumidor se ha realizado en ese país, siempre que el viaje haya sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir la venta. Esta circunstancia fáctica produce el desplazamiento de la sede de la transacción, y por tanto del mercado relevante⁵¹⁷.

Algo más compleja puede ser la valoración de otras situaciones que determinan también, según el art. 5 CR, la imposibilidad de derogar la protección establecida por la ley de la residencia habitual del consumidor. Teniendo en cuenta que la protección deriva del hecho de que en el consumidor ha sido generada una determinada apariencia en relación con el sometimiento del contrato a un concreto régimen jurídico, ha de valorarse si para ello servirá una mera publicidad en los medios de comunicación de masas (*ad. ex.* por televisión), no existiendo ningún tipo de contacto directo entre la empresa que publicita sus productos y el consumidor. En estos casos, a juicio de W. Drasch, una publicidad de un producto extranjero

⁵¹⁶ W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 268.

⁵¹⁷ No obstante, la regla sólo se justifica cuando el viaje ha sido organizado por el vendedor con el propósito único de celebrar el contrato. *Vid.* W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 289. Por esta razón, dice el autor, no podría estimarse válida la aplicación analógica que realizan los órganos jurisdiccionales alemanes del art. 5.2, regla 3 CR, cuando los consumidores se desplazan voluntariamente a otro país, y allí se organiza la excursión (*Kaffefahrt*) con un propósito de venta.

no dirigida especialmente a un consumidor no permite a éste tener la expectativa legítima de que el Derecho del país de su residencia habitual le prestará la protección, cuando en razón de esta publicidad ha entrado en negociación a distancia con un fabricante extranjero. Por su parte, el prestador de servicios o el vendedor no contará con que una publicidad general realizada en los medios de difusión masivos determine la aplicación imperativa del Derecho del consumidor del Estado de destino, habida cuenta de que dicho empresario en ningún momento desplazó su actividad comercial al ámbito de otros Estados miembros, como habría sido si él mismo hubiera contactado con el consumidor⁵¹⁸. Esta propuesta resulta quizás demasiado rígida, y se presta a la introducción de matizaciones, que permitan tener en cuenta, por ejemplo, el hecho de que la publicidad tenga lugar en un canal de televisión cuya difusión tiene por referencia a un país concreto⁵¹⁹. Por ejemplo, la publicidad realizada en los diferentes canales españoles (Televisión Española, Tele Cinco, Antena Tres), resultará claro que generarán en el consumidor que reciba la señal en España la apariencia favorable a la aplicación del Derecho de protección de este país. Por el contrario, si la publicidad se recibe por televisión, vía satélite, resultará difícil llegar a la misma conclusión. Igualmente, una publicidad realizada a través de internet difícilmente determinará en el consumidor la convicción de poder quedar sometido al Derecho de su residencia habitual. En los supuestos mencionados en último lugar faltan factores de conexión sustanciales con el Estado del consumidor que legitimen la aplicación de las normas imperativas del Derecho de su residencia habitual. *La falta de necesidad de protección determinará el no acogimiento del motivo, al no poder obtener amparo en el Derecho comunitario una protección del consumidor de esas características.*

En relación con la conexión objetiva en materia de contratos de consumo, que

⁵¹⁸ W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, op. cit., págs. 290-292. Por esta razón, el § 12 de la ley alemana sobre condiciones generales de la contratación, en la medida en que establece la imperatividad de la ley por el sólo hecho de que exista una publicidad dirigida al público en general (öffentliche Werbung), sería siempre contrario a las libertades de circulación comunitarias.

⁵¹⁹ Por su analogía, cabe aquí reproducir parte de las reflexiones que hicimos en este capítulo (III, 3) al objeto de determinar cuándo existe un vínculo estrecho con un Estado miembro de la Unión Europea, en el sentido del criterio establecido por las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor para establecer su ámbito de aplicación en el espacio.

determina la aplicación de la ley del Estado de destino, la mayoría de la doctrina no pone en duda su compatibilidad con las libertades de circulación comunitarias. El objetivo de protección de los consumidores que incorpora el cambio en la conexión objetiva determinaría, entre otras razones, que la competencia legislativa corresponda, de forma compatible con el Derecho comunitario, a la ley del Estado de destino⁵²⁰. La existencia de exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores no basta para afirmar la compatibilidad de la medida con el Derecho comunitario, siendo también preciso comprobar su adecuación objetiva y su proporcionalidad. Estos dos elementos serán analizados, de forma conjunta, en el epígrafe siguiente.

C. Aplicación de las normas de protección de los consumidores a través del art. 7 CR.

La situación se presenta de otro modo cuando el consumidor no puede ser considerado de "pasivo", en cuyo caso la ley aplicable al contrato queda determinada de acuerdo con lo establecido por los artículos 3 o 4 CR. La aplicación de las normas imperativas de protección de los consumidores de un país distinto al de la *lex contractus* supone una restricción a la libertades de circulación, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario es preciso averiguar.

El examen en este caso habrá de tener lugar norma por norma, no sólo verificando su contenido material, sino también su ámbito de aplicación. A este respecto, la reciente sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1999 ha ilustrado de nuevo la aptitud de los principios del Derecho comunitario para limitar la aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas⁵²¹, existiendo, no obstante, la posibilidad de seguir aplicando

⁵²⁰ En un reciente trabajo, W.DRASCH examina el tema de forma minuciosa. En sus conclusiones, que no quedan cerradas, el autor se decanta por considerar que cuando las partes disponen de la posibilidad de elegir la ley aplicable al contrato, no parece que pueda estimarse como incompatible con el Derecho comunitario que la conexión objetiva determine la aplicación del Derecho del Estado de destino. A esta conclusión llega el autor señalando, entre otras, razones relacionadas con la protección del consumidor, con la previsibilidad de la regulación contractual, y con la satisfacción del interés del consumidor cuando se aplica el Derecho de su medio ambiente jurídico. *Vid.* W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, págs. 301-309.

⁵²¹ Un comentario a esta decisión puede verse en M. GARDEÑES: "Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea", *La Ley, Unión Europea*, en prensa. En relación con la invocabilidad de la excepción de orden público, *vid.* sentencia TJCE de 24 de octubre de 1978, As. 15/78: "Société

esas normas imperativas cuando exista una especial justificación. Como recuerda la decisión, "a falta de armonización en la materia, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido"⁵²².

Para valorar la compatibilidad de cada norma será preciso seguir el esquema de análisis, establecido de forma reiterada por el TJCE. En primer lugar, es preciso comprobar si la medida se impone o no de manera discriminatoria. En principio, en la medida en que la aplicación de las normas de protección de los consumidores quede fundada en un criterio objetivo distinto del de la nacionalidad de las partes en el contrato, será difícil afirmar su carácter discriminatorio⁵²³. En segundo lugar, será preciso enjuiciar también el concreto

générale alsacienne de banque SA c Koestler", Rec. págs. 1971-1988. En este caso el Tribunal afirmó que la compatibilidad de la excepción de orden público con el Derecho comunitario sólo sería posible cuando no produjera discriminación de hecho o de Derecho. *Vid.* P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", *cit.*, págs. 370-373.

⁵²² Apartado 34.

⁵²³ El hecho de dar cauce a la protección de los consumidores a través de normas distintas, con diferente estructura y alcance, podría ser apreciado, por sí mismo, como una situación de discriminación en el tratamiento no fundada en una desigualdad de trato de los supuestos. En efecto, mientras el art. 5 CR posee un alcance obligatorio muy claro, en el caso del art. 7 CR, en lo que se refiere a las normas internacionalmente imperativas de un Estado tercero, el precepto únicamente faculta al juez para dar efecto a dicha legislación, lo que conlleva no sólo el carácter no obligatorio de la disposición, sino también la posibilidad de articular efectos distintos de la aplicación propiamente dicha. Y esto sin tener en cuenta que algunos países han hecho una reserva a este segundo precepto, por la cual declaran que no les vincula. Como consecuencia, dos situaciones reguladas de modo igual por las directivas comunitarias podrían quedar sometidas a regímenes distintos por la utilización de cauces diferentes de DIPr para la aplicación de las normas de protección de los consumidores. Sin embargo, estas afirmaciones no resultan totalmente concluyentes. De un lado, la vía que habilita el art. 7.1 CR aparece apta, precisamente, para excluir la discriminación que se produciría si, mediante la aplicación exclusiva del art. 5 CR se otorgara un tratamiento distinto a situaciones que han de recibir una respuesta análoga a la vista del ámbito material cubierto por las Directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor. Por otra parte, el instrumentario hermenéutico que proporciona también el Derecho comunitario resulta muy apto para reconducir el carácter abierto de la formulación del art. 7.1 CR hacia soluciones más precisas, tal y como ha mantenido la doctrina. De modo que, a través de uno u otro cauce, la protección que merezca el consumidor sea análoga cualquiera que sea el cauce a través del cual se haya llegado a dicha aplicación.

objetivo de protección de los consumidores perseguido, y averiguar si dicho objetivo material puede ser asumido como propio por el Derecho comunitario⁵²⁴. En este terreno, será preciso tener en cuenta las valoraciones que, de forma anticipada, hayan sido realizadas en las propias directivas⁵²⁵.

La adecuación objetiva de la medida al fin perseguido conecta, en cierto modo, con el carácter relativamente imperativo de las normas de protección de los consumidores. Una norma de DIPr que obligara a la aplicación, sin más, de la ley de la residencia habitual del consumidor no sería adecuada al objetivo de la protección de los consumidores cuando la ley aplicable al contrato, elegida por las partes, otorgara un nivel de protección superior al establecido por la primera. La formulación abierta del art. 7 CR permitirá al juez optar por una interpretación del mismo que sea consistente con el Derecho comunitario, no dando efecto a las disposiciones imperativas del foro, o de un Estado tercero, cuando el nivel de protección establecido para los consumidores por la ley aplicable al contrato -ley del país de origen- sea superior al que provee la ley del foro, o la del tercer Estado, que reclama aplicación imperativa al supuesto.

Por último, será preciso establecer el carácter proporcional de la medida y que no exista una regulación equivalente proporcionada por la ley elegida⁵²⁶. Cuando la ley aplicable al contrato de consumo es la de un Estado parte de la UE, queda garantizado el nivel de protección equivalente establecido por las directivas comunitarias. En principio cabría afirmar que la aplicación de una ley distinta a la del lugar de origen de las mercancías o servicios no sería necesaria, habida cuenta de que la protección establecida por esa ley estaría ya

⁵²⁴ *Vid. supra* capítulo segundo.

⁵²⁵ Por ejemplo, el art. 14 de la Directiva 97/7/CE, que habilita medidas estatales de protección adicionales, dispone que "si ha lugar, dichas disposiciones incluirán la prohibición, por razones de interés general y en cumplimiento del Tratado, de la comercialización en sus territorios, mediante contratos celebrados a distancia, de determinados bienes o servicios, en especial de medicamentos".

⁵²⁶ Cabe pensar en normas imperativas relativas a la celebración del contrato que, a diferencia de la licitud establecida por la ley del país de origen, prohíben determinada forma de celebración o establecen un determinado contenido para el contrato.

garantizada a través de la aplicación de la ley elegida. No obstante, la resolución de esta cuestión aparece dificultada pues las directivas, al establecer un nivel de protección equivalente para los consumidores en el mercado interior, también permiten que los Estados, teniendo en cuenta sus circunstancias económicas o sociales, puedan establecer niveles mayores de protección, compatibles con la existencia de un margen razonable de equivalencia⁵²⁷. Dentro de ese ámbito, los Estados miembros pueden perseguir objetivos no compartidos por todos los países de la UE, estableciendo previsiones de protección que solamente existirán en unos países y no en otros.

Esta dialéctica es lo que lleva a J. Basedow a distinguir entre las normas de DIPr del mercado interior perfecto o acabado, y la normas de DIPr del mercado interior imperfecto o inacabado. En el mercado interior acabado sólo habría lugar para la aplicación de la ley del Estado de origen, lo que determinaría que las empresas quedasen sometidas exclusivamente a las condiciones de competencia de su Estado de origen, y conllevaría cierta competencia entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En cambio, en el mercado interior inacabado la Comunidad permite a los Estados miembros aplicar sus propios estándares de competencia en razón de exigencias imperativas de interés general, según un principio de territorialidad, a empresas de otros Estados miembros. En el mercado inacabado es necesario que la Comunidad garantice que los Estados miembros, tras la armonización jurídica, estén preparados para reconocer como equivalentes a los Derechos de otros Estados miembros que puedan ser distintos del Derecho local. Por ello, deberían establecerse límites a la posibilidad de los Estados de rechazar el reconocimiento de una reglamentación extranjera mediante la invocación de las exigencias imperativas del interés general⁵²⁸. Por estas razones, en la

⁵²⁷ *Vid. supra.*

⁵²⁸ *Vid. J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", cit., págs. 18 y ss.* A juicio del autor, las normas de DIPr de este segundo tipo tienen un carácter pasajero o interino, y deberán desaparecer en la medida en que avance el proceso de integración. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la restricción a la autonomía conflictual que establece el art. 5 CR no podría ser considerada de interina. Señalando también la repercusión de las imperfecciones del mercado comunitario sobre la regulación del crédito por ventas a plazos, S. SÁNCHEZ LORENZO: "Alcance de la reforma del Art. 4.5º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos", *Revista Jurídica de Asturias*, 1991, págs. 8-9.

situación actual del mercado interior, cuando exista una divergencia de regulación, basada en una concreta necesidad relevante para un legislador estatal, no podría considerarse como desproporcionada la aplicación de una ley internacionalmente imperativa del foro o de un tercer Estado que tenga una conexión razonable con el supuesto, siempre que ese objetivo o necesidad particulares puedan ser acogidos por el Derecho comunitario⁵²⁹.

Para determinar la aplicabilidad de estas normas el primer dato a verificar será si la disposición estatal persigue una *finalidad concreta que pueda ser acogida en el seno del Derecho comunitario*, esto es, que pueda tener cabida en el texto del Derecho comunitario o bien, de forma más general, en el acervo comunitario. Como vimos en el capítulo anterior, a pesar de que los Estados tienen competencia para establecer grados de protección de los consumidores más elevados, algunas normas de protección estatales no han sido admitidas por el TJCE, al ser considerado su objetivo como no asumible por el Derecho comunitario.

En segundo lugar, la aplicabilidad de esa normativa sólo podrá tener lugar cuando *el ámbito de aplicación establecido para la misma resulte adecuado para conseguir la finalidad que persigue, y no vaya más allá de lo necesario a tal efecto*. Una normativa estatal que reclame aplicación en supuestos no conectados con el mercado nacional no es adecuada para satisfacer el objetivo de ordenación de ese mercado, o de protección en ese mercado, y resultará desproporcionada en relación con su objetivo. Por ejemplo, si algún Estado miembro de la Unión Europea decide, en virtud de lo establecido por el art. 14 de la Directiva 97/7/CE, prohibir la comercialización a distancia, en su territorio, de determinados bienes y servicios, resultará apropiado que la correspondiente normativa estatal de ley aplicable se configure de forma coherente para el cumplimiento de este objetivo, por ejemplo, estableciendo que la ley

⁵²⁹ Sobre la necesidad de interpretar la protección del consumidor desde la propia óptica del Derecho comunitario, *vid. supra* capítulo segundo. En relación con estas afirmaciones, J. BASEDOW considera que, a falta de necesidad de unificación, la armonización tiene por objetivo no establecer condiciones iguales de competencia en los Estados miembros, sino aproximar esas condiciones, de forma que los Estados miembros estén en situación de ejercitar su tolerancia hacia las condiciones de competencia desiguales de otros Estados miembros. *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 18.

de este país será de aplicación siempre que el consumidor (con residencia o sin residencia habitual en ese Estado) haya de recibir en él el producto o servicio, sin que sea necesario que deban reunirse las circunstancias de aplicación del art. 5 CR. En cambio, por su carácter desproporcionado, resultaría incompatible con el TCE, al constituir una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones (art. 30 TCE), una legislación estatal que, para la misma regulación, afirme su aplicación obligatoria a todos los contratos celebrados por empresas establecidas en ese país, cualquiera que sea el destino de los bienes y servicios. En general, cabe pensar en la vocación aplicativa legítima que pueden tener las normas imperativas de protección de la ley del país de la residencia habitual del consumidor, cuando éste pueda ser considerado como "pasivo" pero no se trate de ninguno de los contratos a los que se refiere el art. 5 CR⁵³⁰, pues en estos casos dicha medida será proporcional al objetivo de protección que surge cuando en el consumidor se genera cierta apariencia en torno a la aplicación de la ley de su residencia habitual⁵³¹. La dificultad de prever, con antelación, si una regla estatal de DIPr será considerada compatible con los principios comunitarios, supone un riesgo de incertidumbre que podría ser considerado como inaceptable en relación con la regulación de los contratos relativos a prestaciones de servicios intracomunitarios⁵³². En esta situación cabría pedir el establecimiento de criterios jurisprudenciales uniformes y claros, así como la elaboración de directrices en los textos de Derecho derivado⁵³³.

3. Sistemas de transposición al Derecho estatal de las normas de DIPr contenidas en las Directivas relativas a la protección contractual del consumidor

⁵³⁰ Esto ocurre, por ejemplo, cuando se trate de contratos que queden excluidos del ámbito material del art. 5 CR, como ocurre con los contratos de *timesharing*, cuya inserción en el art. 5 CR resulta problemática (N. DOWNES: *Los contratos...*, *op. cit.*, págs. 250-254).

⁵³¹ *Vid.* W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 296. Cuando es el consumidor quien se desplaza al país del establecimiento del empresario, sin que haya mediado oferta en el país de la residencia del primero, la ley del Estado de origen se aplicará en todos sus términos y no existirá razón para otorgar la protección. M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 162.

⁵³² *Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, pág. 95.

⁵³³ L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation...", *cit.*, pág. 101.

Como consecuencia del mandato contenido en las normas de DIPr de las Directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a establecer en sus ordenamientos disposiciones que sirvan a las finalidades señaladas por el Derecho comunitario. En la terminología utilizada por K.F. Kreuzer, las normas que dicten los Estados a este efecto pueden ser denominadas como *regles de rattachement des États membres communautarisées spéciales (accessoires)*, con lo que se quiere subrayar que, aunque formalmente se trata de normas estatales, materialmente son de origen comunitario, por lo que modifican en todo caso al sistema estatal de DIPr, ya venga constituido por normas de procedencia estatal o por reglas de origen convencional⁵³⁴.

La experiencia legislativa habida hasta ahora en los Estados miembros de la Comunidad revela la existencia de muy variados procedimientos para articular el mandato que contienen las normas de DIPr de las directivas relativas a la protección contractual del consumidor. Tales procedimientos se han ido concretando en la adopción de muy diferentes técnicas normativas, así como en la utilización de diversos criterios de conexión. Incluso un mismo legislador puede utilizar técnicas diferentes para proceder a la incorporación de distintos textos comunitarios, de lo cual es ejemplo la propia legislación española. Los procedimientos van desde la no realización de ningún cambio en el sistema estatal de DIPr, hasta la introducción de una norma de conflicto bilateral, con muy diferentes configuraciones, pasando por la articulación de una disposición que delimite el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho estatal armonizado, o de una que copie, simplemente, el texto de la norma de DIPr contenido en la directiva.

Cada uno de los procedimientos adoptados pretende satisfacer el objetivo de garantizar la aplicación del nivel de protección comunitario en las situaciones conectadas con el mercado interior. Para no ser caprichosa o arbitraria, la selección de un determinado sistema o modelo de transposición debería poder quedar justificada, y hacer recaer la opción sobre la

⁵³⁴ K.F. KREUZER: "La communautarisation du droit international privé -les acquis et les perspectives-", *trabajo en prensa*.

técnica normativa que mejor satisfaga los intereses de reglamentación en presencia. En este sentido, las opciones deberían ser examinadas no solamente desde el punto de vista de su eficacia, sino también teniendo en cuenta su eficiencia. Es decir, debería ser valorada la mayor o menor facilidad con que cada una de las opciones cumplen con los objetivos generales del Derecho comunitario, examinando, por ejemplo, si hacen recaer sobre el juez o intérprete una carga desmedida en la administración del sistema, o si, al contrario, facilitan la labor del intérprete. A continuación pasaremos revista a cada uno de los sistemas de transposición que han sido utilizados, valorando sus ventajas e inconvenientes.

A. Falta de necesidad de transposición: la solución interpretativa

Para el sector doctrinal que mantiene la vigencia del principio de conciliación material entre las Directivas comunitarias y el Derecho convencional de contratos, no sería preciso proceder a una transposición específica a los Derechos estatales de las normas de DIPr contenidas en las directivas comunitarias. En el espacio comunitario ya existirían normas suficientes de DIPr para los contratos de consumidores. Cuando no se diesen las condiciones de aplicación del art. 5 CR, la elección de la ley de un tercer Estado que determinara una protección de nivel inferior al establecido por el Derecho comunitario, podría encontrar corrección mediante las disposiciones imperativas aplicables *ex art. 7.2 CR* o incluso *ex art. 7.1 CR*. Como mucho, podría ocurrir que los Estados que han reservado la aplicación del art. 7.1 CR tuvieran que retirar dicha reserva para los casos en que la garantía de protección venga impuesta por las normas imperativas de un Estado parte distinto de aquél del foro⁵³⁵. A través de una *nueva interpretación del sistema* quedarían satisfechas las necesidades de regulación de la directiva. Esta solución ha sido mantenida para el caso de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores⁵³⁶ y, en la medida en que no incorporan normas especiales de DIPr, es la seguida por la ley francesa nº 95-96, de 1 de febrero de 1995,

⁵³⁵ Vid. E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", cit., pág. 22-23.

⁵³⁶ E. JAYME y Ch. KOHLER: "Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien", *IPRax*, 1993, págs. 357-371.

sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos y control de diversas actividades de orden económico y comercial.

Este procedimiento proporciona resultados muy satisfactorios cuando el supuesto queda comprendido en el ámbito de aplicación del art. 5 CR, a través del cual se consigue la aplicación imperativa de las normas de protección de consumidores dictadas por el país de la residencia habitual del consumidor para la transposición de la correspondiente directiva, a pesar de que el contrato quede regido por una ley distinta. Para cierta doctrina, la vulnerabilidad de esta solución podría ser observada en la sobrecarga que produce del art. 7 CR, cuya función para menesteres tales como la protección de los consumidores nunca ha sido pacíficamente aceptada⁵³⁷. De conformidad con las ideas que se mantienen en este trabajo, este argumento no resulta asumible, pues el Derecho comunitario de protección de consumidores podría encontrar buen cauce de aplicación a través del art. 7 CR habida cuenta que sus objetivos trascienden a la mera protección del consumidor, y aparecen relacionados con la ordenación del mercado interior. A pesar de que, en nuestra opinión, puede resultar factible dar aplicación a las normas de protección de los consumidores a través del art. 7 CR, la operatividad de ese precepto queda muy dificultada cuando la normativa nacional carece de un indicador espacial de aplicación. El art. 7 CR parte del carácter internacionalmente imperativo de las disposiciones del foro o de un tercer ordenamiento. Sin perjuicio de que la imperatividad internacional de una disposición puede ser también deducida de forma implícita⁵³⁸, desde el punto de vista de la mejor técnica legislativa, y las exigencias de

⁵³⁷ Vid. P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", *cit.*, págs. 413-415. Como indica el autor, cabe plantear la problemática de saber si en las situaciones que quedan fuera del art. 5 CR, es posible calificar a las normas imperativas de la ley como disposiciones aplicables a través del art. 7 CR. A raíz de los pronunciamientos del *BGH* podrán contarse quizás las disposiciones de la ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos entre las disposiciones internacionalmente imperativas, dado que en ellas reside también una finalidad de protección política social y no sólo el objetivo de la equiparación de determinados intereses particulares en una relación contractual. Sin embargo, a causa de la primacía de la disposición especial, la aplicación del art. 34 EGBGB se limita sólo a los casos en que de antemano no es de aplicación el art. 29 EGBGB. Para una síntesis de las diferentes posturas doctrinales respecto a la relación entre los artículos 5 y 7 CR. vid W.H. ROTH: "Angleichung...", *cit.*, págs. 169 y ss.

⁵³⁸ Como indica A. BONOMI, en defecto de una norma expresa, el intérprete podrá valorar la imperatividad internacional de la normativa dictada al objeto de la transposición teniendo en cuenta los elementos que deriven de la directiva, como su finalidad, su *ratio*, y las condiciones para asegurar la plena

corrección estructural del ordenamiento relacionadas con la seguridad jurídica, resultaría recomendable que el legislador de cada Estado miembro de la Comunidad afirme, de forma expresa, la imperatividad internacional de estas normas así como su ámbito de aplicación. De otro modo, se grava al juez, del foro o extranjero, con la carga interpretativa de descubrir, en el caso concreto, si una norma, del foro o extranjera, posee vocación aplicativa en el supuesto a pesar de que el juego de las normas de conflicto no determine la aplicación de la ley de un Estado miembro de la Comunidad.

Por otra parte, para delimitar ese ámbito de aplicación presta escasa ayuda el indicador espacial de aplicación contenido en la correspondiente Directiva. Esta norma determina el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, pero resulta incapaz de delimitar el de la normativa estatal armonizada, pudiendo poseer vocación aplicativa en el caso normas de diferentes países en virtud de títulos distintos⁵³⁹. Habida cuenta de la existencia de diferencias legislativas en los Derechos estatales armonizados, el sistema que ahora analizamos escasamente coadyuva a la finalidad de la generación de seguridad jurídica para los justiciables. Sin dudar del buen quehacer de los órganos jurisdiccionales, no resulta recomendable confiar los problemas que suscita la aplicabilidad internacional del Derecho comunitario de protección de los consumidores a una compleja labor hermenéutica, sobre todo cuando no resulta gravoso para el legislador ofrecer pautas expresas que faciliten la tarea judicial.

B. Utilización de normas que extienden el ámbito de aplicación de la ley del foro

a. Diversidad de posibilidades: ámbitos de aplicación exorbitantes. Ámbitos de aplicación razonables. Exclusión de los supuestos regulados por la legislación de otros Estados Miembros de la UE

realización del Derecho comunitario. A. BONOMI: *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zúrich, Schulthess polygraphischer Verlag, 1998, pág. 125.

⁵³⁹ Por ejemplo, por ser el país de celebración del contrato, por ser el país del domicilio del consumidor, por ser el país de la ubicación de un inmueble, etc.

El procedimiento que se ha seguido más frecuentemente para la trasposición de las normas de DIPr contenidas en las directivas que ahora examinamos ha sido la introducción de una norma unilateral de ley aplicable, cuyo objetivo es determinar el ámbito de aplicación en el espacio de las normativas armonizadas. Los legisladores estatales, sin embargo, no han seguido los mismos parámetros para la elaboración de estas normas, lo que ha conducido a que, hoy en día, la visión de conjunto de los sistemas de DIPr en este sector manifieste un panorama muy variopinto. Las diferencias afectan, de un lado, al grado de extensión del ámbito de aplicación en el espacio de estas normativas. Mientras unas normativas estatales poseen un ámbito de aplicación tendencialmente exorbitante, otras limitan su aplicación a las situaciones que aparecen conectadas con el propio Estado, utilizando para establecer esta vinculación criterios de conexión más o menos razonables.

En el extremo de las primeras se sitúan aquellas *normas de protección de consumidores cuya voluntad aplicativa alcanza a todos los supuestos conectados con la Unión Europea*, cualquiera que sea el país con el que se produzca dicha conexión. Este es el caso de la regulación portuguesa dictada para la trasposición del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE en materia de cláusulas abusivas en los contratos de consumidores⁵⁴⁰, o de la alemana dictada al objeto de la trasposición de la Directiva relativa a la protección de los adquirentes de inmuebles en tiempo compartido⁵⁴¹. A estas normas se aproximan mucho aquéllas otras que,

⁵⁴⁰ Se trata del Decreto-ley de Portugal, de 31 de agosto de 1995, que modifica el Decreto-ley sobre condiciones generales en los contratos al objeto de incorporar la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. El texto del art. 23 dispone: "*Limitação do efeito da escolha da lei: Independentemente da lei que as partes hajam escolhido para reger o contrato, as normas desta secção aplicam-se sempre que o mesmo apresente ligação estreita ao território dos Estados membros da União Europeia*". La ley puede verse en *RDM*, 1996, 219, págs. 103-115.

⁵⁴¹ La ley alemana de 20 de diciembre de 1996 (*Teilzeit-Wohnrechtgesetz*), prevé en su § 8 la aplicación del Derecho alemán, aunque la *lex contractus* sea una ley extranjera, cuando el inmueble esté situado en un Estado parte de la UE o en un Estado parte del EEE; o bien cuando el contrato sea resultado de la actividad desarrollada por el oferente en un Estado parte o cuando el adquirente, en el momento de prestar su consentimiento, tenga su residencia habitual en un Estado parte. Es preciso advertir que el legislador alemán ha procedido a extender, de forma unilateral, el ámbito de aplicación de su ley, en situaciones que no gozan de relevancia para el Derecho comunitario. Ello se produce, por ejemplo, cuando el bien inmueble se encuentra fuera de la UE.

a pesar de no establecerse la aplicabilidad de la propia ley en todas las situaciones conectadas con la Comunidad, por la configuración y número de los criterios empleados para definir la vinculación con el país es posible afirmar sin dificultad que atribuyen a dicha regulación un ámbito de aplicación exorbitante. Este es el caso de la regulación británica dictada en materia de protección de los consumidores en los contratos de *time-share*⁵⁴².

En otras ocasiones, *la definición del vínculo con el país, al efecto de determinar la aplicación de la ley imperativa estatal de protección de los consumidores, que configurada en términos razonables o de proximidad con el país*. Por ejemplo, el § 12 de la AGBG⁵⁴³, que parece ser la norma alemana de transposición al Derecho alemán el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE, establece la aplicación de la legislación alemana cuando se encuentra en territorio alemán la residencia habitual o domicilio de la parte a proteger y han tenido lugar en Alemania las actividades de publicidad que han dado lugar a la celebración del contrato⁵⁴⁴, términos

⁵⁴² El apartado 7 de la sección 1ª de la ley de 1992 declara aplicable sus preceptos cuando el contrato de *timeshare* o el relativo a su financiación se rijan por la legislación del Reino Unido o alguna de sus regiones; o cuando una o ambas partes se encuentren en el Reino Unido al celebrar el contrato. Por otra parte, se introduce un apartado 7A por el cual la ley también resulta aplicable cuando los alojamientos objeto del contrato se encuentren situados en el Reino Unido; o cuando, en el momento de su celebración el adquirente sea residente habitual en el Reino Unido y el alojamiento esté situado en otro Estado del EEE. El apartado 7 B de la misma sección contribuye a ampliar aún más el ámbito. Según dicho apartado, la referencia a alojamientos debe entenderse hecha también a todos o a alguno de los alojamientos en los contratos en que se ofrece la utilización de múltiples destinos turísticos. En consecuencia, si uno de esos destinos incluye un alojamiento en el Reino Unido, el contrato quedará sometido a las previsiones de la ley británica.

⁵⁴³ Para proceder a la transposición de la directiva 93/13/CEE, el legislador alemán ha modificado este precepto mediante ley de 19 de julio de 1996. Según la nueva literalidad del precepto, las disposiciones de la ley alemana de condiciones generales de la contratación ya no serán sólo "consideradas" sino aplicadas. *Vid.* Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 321, nota 6.

⁵⁴⁴ El texto de la norma es el siguiente. Segunda sección. Derecho internacional privado. Art. 12. Ambito de aplicación internacional. Aun cuando un contrato esté sometido al Derecho extranjero, se aplicarán las disposiciones de la presente Ley siempre que el contrato esté estrechamente relacionado con el territorio de la República Federal de Alemania. Se presumirá esa estrecha relación especialmente cuando: 1. el contrato se suscriba con base en una oferta o anuncio público o una actividad comercial similar desarrollada por el aplicador en el área de validez de la presente ley, y 2. en el momento de emitir su declaración dirigida a la suscripción, la otra parte contratante tenga su domicilio o residencia habitual en el área de validez de la presente ley y emita su declaración de voluntad en el área de validez de la presente ley. Se trata de la traducción propuesta por L.Mª CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998, págs. 37-38.

análogos a los establecidos por el art. 5 CR⁵⁴⁵. Por su parte, la sección 27.2 de la *Unfair Contract Terms Act* del Reino Unido de 1977 establece que esta ley será de aplicación "si la elección de ley persigue defraudar el propósito de la ley, o cuando el consumidor tiene su residencia habitual en Gran Bretaña y allí fueron realizados los pasos necesarios para la celebración del contrato".

De los dos tipos que se acaban de indicar se distancian las *normativas que sólo establecen la aplicación imperativa de la ley del foro cuando el Derecho aplicable al contrato es el de un Estado no miembro de la Unión Europea, y el contrato presenta un vínculo con ese ámbito territorial*. A este esquema responde la transposición francesa del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. Según el art. L 135-1 del Código del Consumo, introducido por la ley 95-96 de 1 de enero de 1995, las disposiciones del art. L 132-1 serán de aplicación cuando la ley que rija el contrato sea la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea, el consumidor o el no profesional tenga su domicilio sobre el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea y el contrato sea allí propuesto, concluido o celebrado⁵⁴⁶. En una situación parecida se encuentra la normativa italiana dictada para la transposición del mencionado art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. Según el nuevo art. 1469-quinquies, párrafo 4º del *Codice Civile*: "será ineficaz toda cláusula contractual que, previendo la aplicabilidad al contrato de una legislación de un país extracomunitario, tenga el efecto de privar al consumidor de la protección asegurada por el presente artículo, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea"⁵⁴⁷. A este mismo patrón responde la

⁵⁴⁵ La doctrina alemana duda si el § 12 establece un régimen relativamente imperativo, cuya aplicación se condiciona a la verificación de que el Derecho extranjero elegido no proporcione una protección igual o superior a la establecida por la ley alemana. Vid. P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", *cit.*, pág. 412.

⁵⁴⁶ Vid. *Rev. crit. dr. int. pr.* 84, (2), 1995. Según la disposición "*Nonobstant toute stipulation contraire les dispositions de l'article 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union Européenne et que el contrat y est proposé, conclu ou exécuté*".

⁵⁴⁷ A. BONOMI: *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. op. cit.*, pág. 124; H.W. MICKLITZ y F. BRUNETTA D'USSEAU: "Die Umsetzung der Richtlinie 93/13 in das italienische Recht", *ZEuP*, 1998, pág. 105.

regulación alemana en proyecto contenida en el *Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*⁵⁴⁸. El art. 2 de este proyecto de ley, además de derogar el § 12 AGBG y el § 8 TzWrG, tiene el propósito de modificar la ley de introducción al Código Civil alemán (EGBGB), incorporando un nuevo art. 29a que ordena la aplicación de las distintas leyes alemanas de protección de los consumidores sobre los contratos de consumidores que tengan un vínculo con uno o varios Estados miembros de la UE o del EEE, cuando la ley elegida por las partes no sea la de uno de esos países. En el segundo párrafo, el precepto establece algunos ejemplos de situaciones en las que se apreciará que existe el vínculo estrecho exigido para la aplicación del apartado primero⁵⁴⁹. El ámbito de aplicación exorbitante de las leyes francesa e italiana, y del proyecto alemán, sólo hace aparición cuando el funcionamiento normal de las normas de conflicto no conduce a la aplicación de la ley de un Estado miembro de la Unión Europea.

⁵⁴⁸ Proyecto de Ley sobre los contratos celebrados a distancia y otras cuestiones del Derecho de consumidores así como sobre la incorporación de las disposiciones del Euro. Aprobada por el Ministerio de Justicia alemán el 31 de mayo de 1999. Un comentario a la regulación proyectada puede verse en A. STAUDINGER: "Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz", *IPRax*, 1999, 6, págs. 414-420; B. ROTH y G. SCHULZE: "Verbraucherschutz im Electronic Commerce", *RfW*, 1999, págs. 929-933.

⁵⁴⁹ Por su interés, reproducimos la disposición:

(1) Unterliegt ein Vertrag einer Rechtswahl nicht dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, sondern sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes, des Fernabsatzgesetzes, des Fernunterrichtsschutzgesetzes und des Teilzeit-Wohnrechtgesetzes gleichwohl anzuwenden, wenn der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder anderen Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes aufweist. Ein enger Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn

1. *der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen geschäftlichen Tätigkeit zustandekommt, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum entfaltet wird, und*
2. *der andere Teil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat.*

(2) Das Teilzeit-Wohnrechtgesetz ist auf einen Vertrag, der nicht dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraums unterliegt, auch anzuwenden, wenn das Wohngebäude im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten liegt."

b. Valoración

a' Incidencia del principio de primacía y de la regla de reconocimiento mutuo

La valoración de estas normas puede ser realizada desde una diversidad de puntos de vista. Conviene comenzar verificando el amparo que presta a estas regulaciones unilaterales el principio de primacía del Derecho comunitario. Con anterioridad hemos advertido que este principio únicamente cubre a las legislaciones nacionales dictadas dentro del marco autorizado por un texto comunitario, y no a aquéllas que traspasan ese límite. Las directivas que ahora analizamos pretenden garantizar la aplicación del Derecho comunitario cuando el funcionamiento de las normas de conflicto no satisfaga ese objetivo. Consecuentemente, *las normas unilaterales que se han citado disfrutaban de la primacía del Derecho comunitario sólo cuando la lex contractus es la de un Estado no miembro de la Unión Europea*. Por ello, las normativas de los grupos primero y segundo, en la medida en que no tienen cuenta este factor, no gozan del amparo comunitario, siendo meras normas de rango estatal, en los casos en que el contrato, según lo establecido por el CR, queda regido por la ley de un país de la UE/EEE⁵⁵⁰.

La atribución o no atribución de amparo comunitario a las normas estatales unilaterales posee consecuencias jurídicas que determinan procedimientos de aplicación distintos: *cuando la ley aplicable al contrato es la de un Estado tercero* (elegida por las partes o determinadas objetivamente) el efecto útil e interpretativo que deriva del Derecho comunitario determinará la necesidad de reinterpretar las disposiciones del CR para dar satisfacción a los objetivos del Derecho comunitario mediante la aplicación obligatoria de las disposiciones estatales unilaterales. En el ámbito cubierto por la directiva no será difícil dar cauce a la aplicación de las normas estatales extranjeras por la vía del art. 7 CR, en la medida en que esas normas cumplen objetivos macroeconómicos de ordenación del mercado interior; *cuando la ley*

⁵⁵⁰ Indicando esta idea en relación con el § 12 AGBG, *cit.* Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 323.

elegida por las partes es la de un Estado miembro de la UE o del EEE, la aplicación de las normas imperativas de otro país miembro tendrá lugar, fundamentalmente, sólo cuando la situación quede comprendida en los márgenes estrechos del art. 5 CR. Cuando no sea el caso, cabría mantener la incompatibilidad con el TCE de la aplicación de estas normas, en la medida en que limitan la posibilidad de seleccionar la ley armonizada de otro Estado miembro⁵⁵¹. A nuestro modo de ver, sin embargo, la persistencia de *imperfecciones del mercado*⁵⁵², incluso tras la armonización, y la eventual necesidad de los Estados de establecer ámbitos de aplicación especiales para el Derecho imperativo de protección de los consumidores, impide descartar, con carácter absoluto, esa posibilidad. Ahora bien, esa aplicación habrá de tener presente la *regla de reconocimiento mutuo*, siendo preciso valorar la legitimidad de la restricción a la libre circulación de mercancías o de servicios que se produce como consecuencia de la aplicación de normas imperativas de una ley distinta a la del Estado de origen. En esta valoración cobrará relieve el examen de los objetivos perseguidos por la concreta medida de protección de que se trate, así como la verificación de que esa normativa posee un ámbito de aplicación razonable, esto es, adecuado y proporcional al objetivo perseguido, admitiéndose, por

⁵⁵¹ Cierta doctrina alemana mantiene que tras la transposición de la Directiva 93/13/CEE ya no cabría afirmar para el § 12 de la ley alemana sobre condiciones generales (AGBG) un ámbito de aplicación legítimo en aquellos casos en que el Derecho de un Estado miembro es llamado como legislación aplicable al contrato, teniendo en cuenta que a través de la Directiva se ha producido la armonización de los Derechos de los países miembros de la Comunidad (W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip...*, *op. cit.*, pág. 287). La incompatibilidad de esta disposición y del § 8 de la ley alemana sobre multipropiedad ha sido fundada en la existencia de una discriminación encubierta o indirecta, contraria al art. 12 TCE, habida cuenta de que en la mayoría de los casos las empresas de otros Estados miembros se verían perjudicadas al estar limitada su elección de ley y verse sometidas, obligatoriamente, al Derecho alemán. La incompatibilidad se produciría también con las libertades de circulación de mercancías y de servicios, al no constituir el control de contenido de las cláusulas generales de la contratación una mera *modalidad de venta*, en el sentido establecido por la sentencia *Keck*, poseyendo por el contrario un efecto sobre la regulación de la producción. Incluso en los supuestos en que las directivas establecen la posibilidad de que los Estados dicten normas más protectoras que las configuradas por el Derecho comunitario (*ad. ex.* art. 8 Directiva 93/13/CEE), esta posibilidad sólo quedaría abierta en relación con las normas materiales, y no con las normas de DIPr, en la medida en que dichas disposiciones de DIPr no podrían considerarse como disposiciones *más estrictas* sino como modificativas del tenor del Derecho comunitario (art. 6.2 Directiva 93/13/CEE). *Vid.* A. STAUDINGER: "Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz", *cit.*, págs. 414-415. La derogación de uno y otro precepto que tiene lugar en el proyecto de ley que se ha mencionado responde a estas mismas ideas.

⁵⁵² *Vid.* epígrafe anterior.

ejemplo, cuando venga determinado por la residencia habitual del consumidor⁵⁵³. Dicha aplicación tendría lugar siguiendo las pautas generales que establece el art. 7.1 CR. Para la aplicación de estas normas, en este caso no será posible imponer sobre el art. 7.1 CR los parámetros interpretativos que con anterioridad vimos que adquieren relevancia cuando se trata de conseguir el efecto útil del Derecho comunitario.

Cuando se reúnen las condiciones del art. 5 CR, y este precepto determina la aplicación de las normas de protección de los consumidores de la ley de un Estado miembro de la UE o del EEE, a nuestro modo de ver tampoco cabría descartar, de forma absoluta, la posibilidad de dar aplicación a normas imperativas de un Estado distinto⁵⁵⁴. Sin embargo, la aplicabilidad de estas normas estará sometida, por fuerza, a un régimen aún más restrictivo. Para decidir en sentido afirmativo sería preciso demostrar que un Estado miembro distinto al de la residencia habitual del consumidor tiene interés legítimo en la regulación del supuesto y que ese interés puede ser asumido por el Derecho comunitario, en el doble sentido de que la necesidad material goza de amparo en el Derecho comunitario y se establece para esa normativa un ámbito de aplicación razonable para conseguir ese fin. Únicamente de este modo podría justificarse la restricción que, en este caso, supone la aplicación de la ley de un país distinto al de la residencia habitual del consumidor. Teniendo en cuenta que uno de los índices fundamentales que manifiestan el interés estatal de regulación es la residencia habitual del consumidor en el país, será difícil encontrar supuestos donde quede justificada la aplicación de las leyes de otros países. Por esta razón, en esas situaciones resultará difícil que un juez español pueda aplicar la Disposición adicional segunda de la ley española relativa a la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido, que declara su aplicación imperativa cuando el inmueble esté situado en España.

⁵⁵³ Sobre la admisibilidad de esta clase de medidas de protección, *vid supra*.

⁵⁵⁴ La posibilidad formal de aplicar normas imperativas a través del art. 7, cuando se reúnen los requisitos de aplicación del art. 5 CR es una cuestión controvertida en el nivel doctrinal. Por ejemplo, para W.H. ROTH, esta posibilidad no existiría. *Vid.* W.H. ROTH: "Zum Verhältnis...", *cit.* págs. 11-34.

b' El principio de aplicación de la ley del foro

Dado que las directivas únicamente obligan a garantizar la protección comunitaria en las situaciones conectadas con el mercado interior, y no a establecer un ámbito concreto de aplicación para el Derecho nacional armonizado, no es posible considerar como contrario a las exigencias del Derecho comunitario el establecimiento, por un Estado, de un ámbito de aplicación exorbitante que alcance a todas las situaciones conectadas con el mercado interior. El objetivo de las directivas de otorgar una protección mínima al consumidor quedará bien cumplido, siendo la solución, al mismo tiempo, practicable por los jueces y quedando favorecida la economía procesal, al no quedar sometido el proceso a la necesidad de averiguar el contenido de un Derecho extranjero⁵⁵⁵. Sin embargo, la aplicación en todos los supuestos del Derecho del foro no resulta congruente con las exigencias que derivan del principio de justicia en un ordenamiento jurídico. Si este principio significa tratar de forma desigual las situaciones desiguales, y las legislaciones de los Estados miembros muestran diferencias más que relevantes, al haberse producido sólo una armonización de mínimos, las exigencias de la justicia no quedan satisfechas si siempre se aplica la legislación del foro, con independencia de cuál sea el grado de proximidad del supuesto con ese país: *la aplicación de la ley del foro en todas las situaciones conectadas con el mercado interior no deja margen al juez para tener en cuenta que, a la vista de las circunstancias, y a pesar de que la competencia judicial internacional puede corresponder a los jueces del foro, podrá ser más apropiado aplicar el Derecho de otro Estado de la UE/EEE, a la vista de la escasa proximidad del supuesto con el foro o de su mayor vinculación con ese Estado*⁵⁵⁶.

La existencia de un ámbito de aplicación razonable o exorbitante para la ley del foro

⁵⁵⁵ Estas son las explicaciones que se realizan en el Referenten Entwurf en relación con la introducción de un nuevo art. 29a en el EGBGB. *Vid.* A. STAUDINGER: "Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz", *cit.*, pág. 416.

⁵⁵⁶ Valorando críticamente la solución consistente en la aplicación del Derecho del foro, *vid.* Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *R/W*, 1999, 5, págs. 321-326; P.DE VAREILLES-SOMMIÈRES: "Un droit international privé européen?", *cit.*, págs. 145-147.

podrá ser tenido en cuenta para decidir, en caso de conflicto positivo de legislaciones, la aplicación de aquella que posee un ámbito espacial razonable, frente a otra que posea uno exorbitante⁵⁵⁷. Las regulaciones estatales que, de forma unilateral, establecen un ámbito de aplicación razonable para la ley del foro, esto es, basado en el principio de proximidad, no satisfacen del todo las exigencias que derivan de las directivas, que pretenden garantizar la protección mínima siempre que la situación esté conectada con el mercado interior, y no sólo con un concreto país. Sin embargo, esta configuración normativa no debe conducir, por necesidad, a afirmar la existencia de una transposición defectuosa⁵⁵⁸. El legislador estatal podría haber partido, para la aplicación del Derecho extranjero, del método unilateral universalista, método que parte del respeto al ámbito de aplicación establecido para ella misma por parte de una legislación extranjera (tesis de la extensión analógica del proyecto de regulación unilateral de la norma española)⁵⁵⁹. La adopción del método unilateral no significa que no quepa dar aplicación a las regulaciones imperativas extranjeras. Únicamente supone que, *cuando no sea de aplicación la ley del foro, habrá que ver cuál es el Estado de la Comunidad cuya legislación tiene vocación de aplicabilidad al caso, modo en que quedarán satisfechas las exigencias de regulación de cada directiva.*

La utilización frecuente por los Estados miembros de la técnica unilateral, empleando un criterio de conexión razonable, unida a la falta de coincidencia de los criterios empleados, conllevará el surgimiento de supuestos de conflictos positivos o negativos de competencias legislativas. Ambas situaciones, que no pueden ser consideradas como contrarias al Derecho comunitario, originarán sin embargo la necesidad de integrar la laguna, y de resolver los

⁵⁵⁷ Sobre este supuesto, *vid. infra*.

⁵⁵⁸ No obstante, señalando esta idea en relación con el § 12 AGBG, *vid. Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", cit., pág. 323.*

⁵⁵⁹ M.A. AMORES CONRADI: "Obligaciones no contractuales", en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, parte especial, op. cit.*, págs. 216-218; P. RODRÍGUEZ MATEOS: "Libre competencia (Derecho internacional privado)", *cit.*, pág. 4092; M. VIRGÓS SORIANO: "en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, pág. 179. En el ámbito de la competencia desleal, *vid. M. VIRGÓS SORIANO: El comercio internacional..., op. cit.*, págs. 34-37, 130.

conflictos, utilizando los recursos hermenéuticos con que cuente el sistema de DIPr⁵⁶⁰.

c' Intercambiabilidad de los Derechos estatales armonizados

Al margen de la bondad formal de esta solución, la opción por el método unilateral es producto de una determinada filosofía de regulación cuya compatibilidad con el marco de la integración europea es necesario averiguar. La opción por el método de regulación unilateral universalista toma como premisa que los objetivos de regulación perseguidos por cada Estado no necesariamente son idénticos. Estas desigualdades no sólo se manifiestan en el orden material, sino a veces también en la necesidad de establecer ámbitos de aplicación especiales que tengan en cuenta las particularidades de cada Estado. La opción por el método unilateral tiene como fundamento el carácter no intercambiable de las normas ordopolíticas. Cuando se trata de aplicar este tipo de normas el interés no radica en hallar la sede de la relación jurídica sino, sólo y exclusivamente, en saber si las propias normas de intervención son o no aplicables a un supuesto internacional⁵⁶¹. De acuerdo con esta filosofía, no sería posible establecer una norma de conflicto bilateral, pues de ese modo se podría estar delimitando el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho extranjero. La adopción del método bilateral también debería descartarse cuando en un sector no se predicara la vigencia del principio de igualdad entre el Derecho del foro y cualquier Derecho extranjero, presupuesto de la universalización

⁵⁶⁰ El análisis de estos problemas se aborda *infra*.

⁵⁶¹ Cada normativa lleva implícita la referencia a un concreto Estado en cuanto estas normas sirven a la configuración y conformación de una sociedad determinada y de una concreta economía, y pueden diferir de un Estado a otro. No tienen igual valor y no son, por tanto, intercambiables. Consecuentemente, el método de reglamentación indirecto o bilateral debe descartarse. Una bilateralización no sería posible dado que la aplicación de un Derecho extranjero no podría partir del ámbito de aplicación atribuido a nuestras propias normas, y ello justificaría la utilización del método unilateral o estatutario. Vid. J. BASEDOW: "Wirtschaftskollisionsrecht...", *cit.*, págs. 8-9, pág. 19. Como indica P. PICONE, "las legislaciones sobre la competencia aparecen como legislaciones unilaterales en sentido estricto, las cuales llevan, por así decirlo, materialmente incardinada la referencia a un determinado mercado y al correspondiente Estado, y no son entre ellas en ningún caso intercambiables dado que tienen por objeto la tutela de mercados distintos". Vid. P. PICONE: "L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza...", *cit.*, pág. 197. Respecto de la competencia desleal vid. M. VIRGÓS SORIANO: *El comercio internacional...*, *op. cit.*, pág. 128. Por nuestra parte, en el ámbito del *antitrust*, vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho internacional privado", *RDP*, 1996, págs. 832 y ss.

del punto de conexión⁵⁶². Esta situación cuadraría con el hecho de que numerosos Estados de la UE han elaborado normas unilaterales que delimitan el ámbito de aplicación en el espacio de las normativas de protección de los consumidores. Para la aplicación del Derecho extranjero se partiría del método unilateral y de la aplicación amistosa del Derecho extranjero⁵⁶³.

A la vista de estas breves reflexiones, el enjuiciamiento de las normas unilaterales que utilicen un criterio de conexión razonable dependerá de que las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad dictadas para la transposición de las directivas puedan o no ser consideradas como intercambiables. La no intercambiabilidad de estas normativas vendrá dada por dos datos: por la existencia de intereses de protección de los consumidores especiales en un concreto Estado miembro, y por la necesidad de establecer un ámbito de aplicación determinado, de carácter amplio, para garantizar el cumplimiento de esos objetivos. Sin embargo, la configuración actual de los Derechos estatales de la Comunidad se compadece mal con la existencia de tales elementos, al menos en términos generales. Por un lado, la equivalencia de las medidas estatales dictadas para la transposición de las directivas hace emerger una presunción desfavorable a la existencia de especiales objetivos de protección en cada uno de los Estados miembros, que no sean cumplidos por las legislaciones del resto de los Estados⁵⁶⁴. Por otro, de producirse esta descoordinación esencial entre las legislaciones de los Estados miembros, el método unilateral universalista presupone que los ámbitos de vigencia, necesarios para cada regulación, vengán definidos de manera distinta. Este factor, en cierto modo, queda asociado al anterior, habida cuenta que en la medida en que las legislaciones estatales se consideren equivalentes, los Estados no tendrán problemas para establecer una distribución simétrica del ámbito de aplicación de cada uno de ellos, teniendo en cuenta el mismo criterio de justicia a través de una norma de conflicto bilateral. Podrá

⁵⁶² Vid. J. BASEDOW: "Entwicklungslinien...", *cit.*, pág. 633. Entre nosotros, *vid.* M.A. AMORES CONRADI: "Obligaciones no contractuales", en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, parte especial, op. cit.*, págs. 217-218.

⁵⁶³ J. BASEDOW: "Wirtschaftskollisionsrecht", *cit.*, pág. 34.

⁵⁶⁴ Lo que no supone que se descarte por completo. *Vid supra* sobre la incidencia de la regla de reconocimiento mutuo.

ocurrir también que, a pesar de que la divergencia normativa se considere relevante, el Estado no vea la necesidad de establecer un ámbito especial de aplicación tendencialmente amplio. En este caso, tampoco existirá obstáculo para la elaboración de normas de conflicto de carácter bilateral. Por último, no cabría descartar la existencia acumulada de una divergencia normativa, que sea considerada por el Estado como básica para la protección de un objetivo de protección particular, y la necesidad de establecer un ámbito de aplicación especial para cumplir tales objetivos de protección. Sólo en estas últimas situaciones cabría afirmar la existencia de los presupuestos básicos que determinarían la formulación del método unilateral universalista. Dado que estas situaciones deben ser, por necesidad, de carácter excepcional dentro de la Unión Europea, y de que, en su caso, existirían otros modos para dar satisfacción a tales objetivos, creemos que, *sin perjuicio de un caso concreto, cabe afirmar la intercambiabilidad general entre las regulaciones de los Estados miembros de la Comunidad dictadas para la transposición de las directivas comunitarias*. No se dan, al menos no de forma general, los presupuestos que están en la base de la adopción del método de reglamentación unilateral universalista. En su defecto, el interés se concretará en hallar la mejor sede de la relación jurídica, siguiendo, como no podría ser de otro modo, un criterio de justicia bilateralizado. *Esta regla, no obstante, podría ser modulada, cuando fuera necesario, mediante el establecimiento de normas unilaterales que establecieran un ámbito de aplicación especial para alguna norma.*

C. Utilización de normas de conflicto bilaterales

a. Desigualdad entre las normas dictadas

La imperatividad del Derecho comunitario en las situaciones vinculadas con el mercado interior también puede ser garantizada mediante el empleo de la técnica de remisión, oportunamente adaptada al objeto de conseguir la aplicación del Derecho de un Estado miembro de la Comunidad en esas situaciones. Por ejemplo, en Austria, el § 11 de la *Teilzeitnutzungsgesetz*, se configura como una norma de conflicto bilateral materialmente orientada a la aplicación del Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea o del EEE.

Dicho precepto prevé correcciones para el caso de que la elección o la determinación objetiva de ley no tenga por resultado la aplicación del ordenamiento de alguno de esos Estados. En primer lugar, en consonancia con el § 41 IPRG y 5 CR será aplicable el Derecho del país de formación del contrato. Si dicho Estado no pertenece a la UE, será preciso efectuar una segunda corrección, actuando la conexión subsidiaria de la ley del país de situación del inmueble. Se introduce asimismo una previsión complementaria para el caso en que el proceso de formación del contrato hubiera tenido lugar en Austria, aunque el inmueble estuviera situado fuera de la UE. En esta hipótesis, el consumidor es igualmente acreedor de la protección establecida por la ley austriaca.

Como ejemplo modélico de norma bilateral dictada para la transposición del art. 9 de la Directiva 94/47/CE, es preciso citar la norma elaborada por el legislador francés a través de la ley nº 98-566, de 8 de julio de 1998⁵⁶⁵, que ha introducido un nuevo artículo L 121-74, de orden público según el artículo L 121-76, en el libro primero del Código del Consumo. Según su tenor "*Lorsque le bien ou l'un des biens est situé sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne, et lorsque la loi qui régit le contrat ne comporte pas des règles conformes à la directive 94/47/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temp partiel de biens immobiliers, il sera fait impérativement application des dispositions mises en vigueur, pour respecter ladite directive, par l'Etat sur le territoire duquel est situé ce bien, ou, à défaut, des dispositions de la présente section*". Como indica N. Downes, se trata de una norma correctamente formulada que contempla varias opciones posibles, incluido el caso de que el Estado Miembro de situación del inmueble no llegara a realizar la debida transposición de la directiva en tiempo y forma⁵⁶⁶.

b. Valoración

⁵⁶⁵ JORF de 9 de julio de 1998, pág. 10486.

⁵⁶⁶ N. DOWNES: "El proceso de transposición de la Directiva 94/47/CE sobre Derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y sus resultados prácticos", *cit.*, pág. 13.

El formato bilateral adoptado por la norma estatal de transposición de la norma de DIPr contenida en una directiva encuentra justificación en buenas razones⁵⁶⁷. Las normas de este tipo no generan lagunas de regulación, y dan completa satisfacción, sin necesidad de recurrir a interpretaciones a veces forzadas, al mandato de aplicación de la directiva comunitaria en las situaciones conectadas con el mercado interior, en los términos definidos por el Derecho comunitario. Por otra parte, la configuración bilateral de la norma resulta congruente con la realización de un reparto de competencias legislativas entre los Estados miembros de la Comunidad, al efecto de lograr una completa satisfacción del objetivo de la norma de DIPr contenida en la directiva.

Igualmente, el establecimiento de una norma bilateral lleva tras de sí una consideración positiva de la intercambiabilidad de las regulaciones de los Estados miembros de la Comunidad, que resulta congruente, como hemos visto en las páginas anteriores, con la equivalencia entre las legislaciones de los diferentes países de la Comunidad, y la inexistencia, aunque pueda ser sólo en términos generales, de intereses de regulación especiales y distintos en cada Estado, que justifiquen la definición de ámbitos de aplicación muy distintos para las normas de cada Estado. *El método de reglamentación bilateral es coherente con la regla de reconocimiento mutuo*, pues no impone la aplicación obligatoria del Derecho de ningún Estado miembro. En presencia de equivalencia entre los Derechos estatales, el problema del DIPr es hallar la sede de la relación jurídica, y no, por el contrario, preservar los distintos ámbitos de aplicación espaciales de cada normativa. La opción por una norma bilateral resulta congruente con una consideración de los criterios de conexión que aparece informada por el principio de igualdad, lo que genera una situación de equilibrio entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Favorable al método de reglamentación bilateral, *vid.* Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 323. También *vid.* B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, pág. 49.

⁵⁶⁸ No obstante, mostrando cierto escepticismo respecto a la posibilidad de dictar normas bilaterales en este ámbito, A. STAUDINGER: "Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz", *cit.*, pág. 417. Para el autor, sobre todo en el comercio electrónico podría ser problemática la localización del contrato, y la determinación de la ley que presenta los vínculos más estrechos. Si para el juez ya resultaría problemático determinar la vinculación del contrato con el mercado interior, una vez establecido esto debería volver a

D. Recepción directa de la norma de DIPr contenida en la Directiva comunitaria

Algún sistema se limita a recibir, tal cual, la norma comunitaria, sin fijar cuál ha de ser la legislación aplicable. En los Países Bajos, una enmienda al Código Civil tiene por objeto la transcripción del art. 9 de la Directiva relativa a la protección de los adquirentes de *time-share* al texto del art. 7.1.10A.7 del Cc, en el sentido de que "cuando el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro de la UE, el adquirente no puede ser privado de la protección que le otorga la Directiva, cualquiera que sea la ley aplicable a la adquisición". Es decir, se mantiene intacta la posibilidad de determinar la ley que rija la relación por aplicación de las normas de DIPr, que sólo se verían desplazadas en caso de que condujesen a un resultado desventajoso para el adquirente⁵⁶⁹. Pero la norma no resuelve el problema de DIPr consistente en determinar qué regulación de los países de la Comunidad deberá ser aplicada en el caso concreto.

E. Regulación española dictada para la transposición de las normas de DIPr que contienen las Directivas

a. El artículo 10.bis 3 LGDCU y el número 28 de la disposición adicional primera LGDCU

El legislador español ha procedido a la transposición de diversas normas de DIPr contenidas en las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor en el ámbito contractual. La transposición española de la Directiva 93/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, ha tenido lugar mediante la introducción en la

determinar cuál es el Derecho aplicable, lo cual puede ser considerado como contrario a la previsibilidad del resultado y a la seguridad jurídica. *Vid.* A. STAUDINGER: "Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz", *cit.*, pág. 417. Según el autor, para evitar los problemas de legeforismo el juez podría aplicar sólo el estándar de protección de la directiva, no considerando el reforzamiento de la protección producido por el Derecho estatal, lo que determinaría que no se produjeran problemas de *forum shopping*.

⁵⁶⁹ *Vid.* N. DOWNES: *Los contratos...*, *op. cit.*, pág. 276.

LGDCU de nuevas disposiciones, tanto materiales como de DIPr, colmándose así la falta de normas de este segundo tipo de que adolecía la ley⁵⁷⁰. La Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, introduce en la LGDCU de 1984 un nuevo art. 10 bis, cuyo apartado tercero dispone "*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*". La norma no delimita el ámbito de aplicación de la LGDCU sino únicamente el de dos de sus disposiciones: el artículo 10 bis y la Disposición adicional primera⁵⁷¹. Asimismo se añade una disposición adicional primera a la citada ley en la que se establece un catálogo de cláusulas abusivas entre las que se encuentra la siguiente: "la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza". El hecho de que esta disposición influya sobre las posibilidades de la elección de ley podría modificar, en cierta medida, la regulación establecida por el art. 5 CR. El DIPr español parecería contar con dos regulaciones relativas a las cláusulas abusivas. Y sin embargo, la aplicación simultánea de ambas disposiciones no resulta posible. En efecto, mientras que el art. 5 CR no limita las posibilidades de la elección de ley aplicable, sin perjuicio de la imperatividad relativa de las normas del domicilio del consumidor en ciertas situaciones, el número 28 de la disposición adicional primera de la

⁵⁷⁰ En defecto de una norma expresa delimitadora del ámbito de aplicación de la LGDCU, la doctrina española había alcanzado soluciones más que razonables para la interpretación del precepto. Por ejemplo, a juicio de M. GARDEÑES, del análisis de la Ley 26/1984 podría deducirse claramente la voluntad del legislador de proteger al consumidor en el mercado español. A su juicio, serían especialmente significativas al respecto las referencias a las disposiciones relativas a nuestra Constitución Económica (arts. 38, 51, 128 y 139), contenidas en la Exposición de Motivos y en el art. 1.1 de la ley, referencias que revelarían una clara relación entre el ámbito de protección pretendido y el mercado español. El hecho de que la ley no haya incluido una referencia explícita al respecto debe atribuirse únicamente a un descuido o imperfección técnica del texto. *Vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO: "La aplicación...", *cit.*, pág. 116. Por contra, afirmando la imposibilidad de admitir normas de extensión o de delimitación implícitas, complementarias de las normas materiales imperativas, encargadas de determinar su ámbito de aplicación espacial, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción...*, *cit.*, págs. 261-263.

⁵⁷¹ Como indican B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO, se trata de una opción lógica, ya que el ámbito de aplicación del conjunto de disposiciones en materia de contrato de consumo viene determinada por el CR. *Vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", *cit.*, pág. 300.

LGDCU pone cortapisas a la autonomía conflictual. Como vamos a ver, la antinomía es sólo aparente.

Para averiguar la coordinación interna entre ambas disposiciones conviene poner de relieve el régimen jurídico de las cláusulas abusivas en nuestro sistema de Derecho material. El art. 10 bis LGDCU dispone que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley". La definición de las cláusulas abusivas depende de la consideración que haya realizado cada Estado miembro de la Comunidad. Por ello, la consideración de una cláusula como abusiva presupone que la cláusula tenga ese carácter según la ley que sea de aplicación. Para determinar esta ley, nuestro sistema remite al art. 5 CR. Y esta conclusión no queda desmentida por el número 28 de la disposición adicional primera de la LGDCU, que no hace ninguna referencia a la existencia de un ámbito de aplicación espacial para dicha cláusula distinto del establecido para la ley con carácter general. En otras palabras, la disposición en examen sólo encontrará aplicación cuando la legislación española sea aplicable a las cláusulas abusivas, en virtud de lo dispuesto por el art. 5 CR. Si la aplicación del art. 5 CR no tiene por consecuencia la aplicabilidad de la ley española, la disposición adicional primera de la LGDCU no podrá excluir la posibilidad de una elección expresa de ley aplicable que designe la de un país distinto a los establecidos en esa disposición. Al contrario, si el consumidor tiene su residencia habitual en España, y se dan las circunstancias previstas por el art. 5 CR, no sería admisible una elección de ley que recaiga sobre la de un país distinto a los expresamente previstos por esa disposición. Cabe mantener también la aplicabilidad de la mencionada disposición adicional primera de la LGDCU cuando, al margen de los supuestos establecidos por el art. 5 CR, esto es, cuando se trate de un consumidor activo, las partes designen como aplicable al contrato la ley española. La consecuencia será que dicha cláusula de elección expresa de ley aplicable se tendrá por no puesta (art. 10 bis 2 LGDCU), procediendo una localización objetiva del contrato. La compatibilidad del número 28 de la disposición adicional

primera mencionada con el Derecho comunitario puede ser afirmada, en primer lugar, a la vista del carácter indicativo y no exhaustivo de la lista de cláusulas abusivas que contiene el anexo a la Directiva 93/13/CEE, así como de la posibilidad de elevar la protección a que se refiere el art. 8 de esta Directiva. Y en segundo lugar, al poder considerarse que esta norma despliega una función material, y no de DIPr, pues su eficacia se limita a los supuestos en que sea de aplicación la ley española. Únicamente cabría atacar a esta disposición al poder ser considerada, en el ámbito intracomunitario, como una restricción no justificada a las libertades de circulación⁵⁷².

De la redacción del art. 10 bis 3 de la LGDCU cabe deducir que estamos en presencia de una *norma de conflicto de tipo bilateral*, cuya intención no es sólo determinar el ámbito de aplicación en el espacio de la ley española. El carácter bilateral del texto se deduce con facilidad de su supuesto de hecho: el precepto se refiere a "las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas" y no, como podría haber sido, a "las normas españolas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas"⁵⁷³. La norma española realiza una incorporación por referencia del art. 5 CR pero únicamente en relación con los "términos previstos" por ese precepto, y no, al contrario, en los "supuestos contemplados" por aquél. El matiz resulta de interés a la vista del estrecho ámbito de aplicación material de ese precepto, que no da cabida a todos los contratos que pueda concluir un consumidor. La expresión utilizada da buen pie para mantener la inclusión en el ámbito de aplicación del precepto de la regulación de las cláusulas abusivas que estén contenidas en cualquier contrato de consumo. Por consiguiente, cabe entender que los "términos" a que se refiere el precepto son las condiciones que han de darse según el art. 5 CR para que el consumidor pueda ser acreedor de la protección que dispensa la ley de su residencia habitual. A la vista de estas conclusiones cabe afirmar que todos los contratos de consumidores que

⁵⁷² *vid. supra.*

⁵⁷³ No obstante, considerando que el art. 10 bis 3 LGDCU extiende sólo el ámbito de aplicación de la ley española, al referirse a "la protección prevista en la Ley española frente a las cláusulas abusivas", *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en A.L. CALVO CARAVACA y otros: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pág. 446.

contengan cláusulas abusivas quedan incluidos en el ámbito de aplicación del art. 10 bis 3 LGDCU.

La regulación española establecida por el art. 10 bis 3 LGDCU no puede considerarse en absoluto afortunada, pues tiene el doble inconveniente de pecar tanto por exceso como por defecto en su misión de dar oportuna transposición al art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. Por un lado, el exceso del precepto puede ser advertido en el modo en que se extiende el ámbito material para el régimen jurídico del art. 5 CR⁵⁷⁴. El art. 10 bis 3 de la LGDCU realiza una extensión del ámbito material de aplicación del art. 5 CR tanto para asegurar la aplicación del Derecho de Estados miembros de la Comunidad, como para asegurar la aplicabilidad de Derechos de Estados no miembros de la Comunidad, sin que la directiva exigiera en modo alguno realizar esta extensión. La consecuencia será la posibilidad que otorga el legislador español al consumidor que tenga residencia habitual en un país que no forme parte de la Comunidad de invocar la regulación de ese país relativa a las cláusulas abusivas, cuando el contrato no sea uno de los contemplados por el art. 5 CR pero la celebración del contrato se haya producido en alguna de las situaciones previstas en este precepto. El error, finalmente, no será muy grave, pues, en nuestra opinión, la Directiva no presta cobertura a la extensión realizada, por lo que esta normativa, al no derivar de la transposición, debe quedar desplazada por las soluciones del CR. Sin embargo, la literalidad del precepto obligará al intérprete a caer en la cuenta de este dato para proceder a la aplicación correcta del precepto.

Pero lo verdaderamente grave de este precepto son las grandes insuficiencias que revela en relación con las necesidades del mercado interior así como el hecho de que supone la incorporación al sistema español de DIPr de un elemento de distorsión que no sólo no coadyuva a su funcionamiento adecuado, sino que dificulta notablemente la posibilidad de alcanzar esas soluciones por vía interpretativa. El legislador español ha optado por dotar a su

⁵⁷⁴ Favorable a la extensión unilateral, por vía legislativa, del ámbito de aplicación material del art. 5 CR, utilizando la vía que habilita el art. 23 CR *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5 Cc", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo. I, vol. II, Madrid, Edersa, 1995, págs. 675-676.

legislación relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumidores de una imperatividad muy limitada, reducida a las situaciones en que el consumidor se encuentre en alguna de las situaciones previstas por el art. 5 CR⁵⁷⁵. No se establecen límites a la libre designación del régimen del contrato en presencia de un consumidor activo con residencia habitual en España, ni siquiera cuando una localización objetiva del contrato pudiera conducir a la aplicación de la ley española, en el sentido mantenido por los defensores de la teoría de la conciliación⁵⁷⁶. Como resultado, la legislación española relativa a las cláusulas abusivas encontrará aplicación en un grupo muy reducido de los supuestos vinculados con el mercado interior⁵⁷⁷. Por otra parte, en valoración de conjunto, la norma bilateral española no cubre mínimamente las situaciones conectadas con el mercado interior, al dejarse desamparadas todas las situaciones en que el consumidor, que tiene residencia habitual en un país de la Comunidad, no se encuentra en alguna de las situaciones previstas por el art. 5 CR. Se dejan fuera todos los supuestos de consumidores activos que tienen su residencia habitual en un país de la Comunidad y que utilizan la libertad de movimientos para realizar compras en otros países comunitarios⁵⁷⁸, e igualmente la situación de los consumidores pasivos que reciben

⁵⁷⁵ Realizando esta misma valoración, *vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", *cit.*, pág. 300. Como indican los autores, con esta autolimitación, el legislador español renuncia a que tales normas puedan proyectarse a través del artículo 7 CR, opción que, dicho sea de paso, es perfectamente compatible con el sistema del CR, puesto que cada Estado puede decidir cuáles de sus normas son internacionalmente imperativas en el sentido del art. 7.

⁵⁷⁶ *Vid supra* este capítulo, epígrafe II. No obstante, con la segura intención de sacar al legislador del atolladero, indicando la posibilidad de aplicar las normas españolas sobre cláusulas abusivas por la vía de los artículos 3 y 4 CR con base en los términos amplios en que se efectúa la remisión al art. 5, donde aparecen referencias a uno y a otro precepto del CR, *vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", *cit.*, pág. 300. También *vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario a la Disposición Adicional Primera, número 28 LGDCU", *cit.*, págs. 447-448. Según los autores, una interpretación que postulara la inaplicación de las normas españolas sobre cláusulas abusivas, a pesar de ser el Derecho español aplicable en virtud de los artículos 3 y 4 CR, resultaría inaceptable, por ser excesivamente limitadora de los derechos de los consumidores y generar un injustificable vacío de protección.

⁵⁷⁷ Por ejemplo, en todos los supuestos en que el consumidor tiene su residencia habitual en España y no se da ninguna de las situaciones previstas por el art. 5 CR no será de aplicación la ley española, resultado que resulta bastante difícil de admitir. Parecería adecuado aplicar la ley española cuando una persona que no tiene en España su residencia habitual, sin embargo, está en España y aquí celebra un contrato de consumo, al menos en las situaciones intracomunitarias en que sería preciso garantizar, en todo caso, el nivel comunitario de protección del consumidor.

⁵⁷⁸ En este sentido, *vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU",

ofertas en un país distinto de aquél de su residencia habitual.

Respecto a los contratos a que se refiere el art. 5 CR, la regulación española podría ser considerada de inútil, habida cuenta que el sistema de normas de conflicto establecido por el CR depararía un resultado idéntico. Sin embargo, la incorporación por referencia realizada por el legislador español no sólo no tiene carácter neutro sino que conlleva un efecto muy nocivo, al mermar en gran medida las posibilidades interpretativas que ofrecía el sistema antes de la introducción de esa norma para aplicar las normas de protección de los consumidores que, de forma unilateral, establecieron para ellas un ámbito de aplicación espacial dispuesto para llenar el hueco de situaciones conectadas con el mercado interior dejado por la ley española. De cualquier manera, para que el legislador español no incurra en incumplimiento del Derecho comunitario, será preciso reinterpretar el sistema al efecto de aplicar el nivel de protección comunitario en las situaciones vinculadas con el mercado interior cuando las partes eligen el Derecho de un Estado no miembro de la Comunidad⁵⁷⁹.

Por todas estas razones, hubiera resultado más adecuado mantener la redacción del proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación, donde la disposición adicional primera disponía: "3. Cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables siempre que el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea"⁵⁸⁰. El establecimiento de un ámbito de aplicación

cit., pág. 301.

⁵⁷⁹ Para las situaciones en las que en virtud del art. 3 CR se haya elegido la ley de un Estado tercero, y no se den las circunstancias para hacer aplicable la ley española según el art. 5 CR, B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO han propuesto en nuestro ordenamiento la posibilidad de otorgar carácter internacionalmente imperativo al número 28 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, lo que determinaría la imposibilidad de seleccionar una ley que no tuviera nada que ver con el contexto real del contrato, es decir, una ley distinta de la del lugar donde el consumidor emita su declaración de voluntad o donde el profesional desarrolle su actividad, a pesar de que la ley aplicable al contrato no fuera la ley española. *Vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario a la Disposición Adicional Primera, número 28 LGDCU", *cit.*, pág. 449. No obstante, tampoco de este modo quedaría garantizado el cumplimiento de los objetivos del Derecho comunitario, pues no se cierra la posibilidad de elegir como aplicable al contrato la legislación de un Estado tercero, del país donde el empresario o profesional desarrolla su actividad.

⁵⁸⁰ *BOCG*, nº 78-1, de 5 de septiembre de 1997. Desafortunadamente, este texto resultó finalmente modificado por la enmienda nº 101, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán. *BOCG*, de 23 de octubre de

exorbitante para la ley habría contribuido, mejor que de cualquier otra forma, a conseguir los objetivos del Derecho comunitario. Subsidiariamente, hubiera sido preferible omitir cualquier tipo de referencia al ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las cláusulas abusivas⁵⁸¹.

b. El artículo 3 LCGC

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación incluye también una disposición de DIPr cuya propósito es establecer el ámbito de aplicación en el espacio de la legislación española. El art. 3 LCGC dispone "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 la 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"⁵⁸². La imperatividad de la ley española sobre condiciones generales de la contratación se extiende tanto a los supuestos en que es de aplicación al contrato el Derecho español, como a aquéllos en que, no siendo de aplicación esta ley, la adhesión se ha realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia o domicilio.

Para identificar el lugar que corresponde a esta disposición en el conjunto del sistema español de DIPr resulta de utilidad distinguir situaciones según el adherente sea o no un

1997, págs. 46-47.

⁵⁸¹ Como indican B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO, en esta situación la aplicación territorial de las normas sobre cláusulas abusivas quedaría a merced del CR, pero no únicamente de su art. 5, sino del conjunto de sus disposiciones, incluyendo su art. 7. No obstante, para los autores la solución óptima pasaría por realizar una referencia genérica al CR, añadiendo al mismo tiempo una norma de extensión que expresamente contemplara el caso de los consumidores activos o contratantes en el conjunto del espacio comunitario. *Vid.* B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", *cit.*, pág. 302.

⁵⁸² Sobre los antecedentes legislativos de esta disposición, *vid.* B. VILÀ COSTA: "Comentario al art. 3", en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 37-41.

consumidor. Cuando lo es, el tratamiento que haya de recibir el art. 3 LCGC podría depender de que esta disposición fuera o no considerada como transposición de la Directiva 93/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. En favor de esta consideración cabe argüir, en primer término, que a lo largo de los debates parlamentarios se hablaba del art. 3 LCGC como la norma de transposición del art. 6.2 de la Directiva. En segundo lugar, aunque la Directiva comunitaria de que tratamos tiene por objeto específico las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sus disposiciones se refieren en ocasiones a ciertos aspectos de las cláusulas de condiciones generales de la contratación que han encontrado transposición en la ley 7/1998 de 13 de abril⁵⁸³. Y en tercer lugar, aunque la Directiva no contiene una regulación para las condiciones generales de la contratación, es preciso subrayar el carácter mínimo de sus disposiciones, pues como dice expresamente "los Estados miembros podrán adaptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección"⁵⁸⁴. De seguirse esta interpretación⁵⁸⁵, el art. 3 LCGC sería una norma dual, esto es, de origen comunitario cuando el adherente es un consumidor, y de rango meramente nacional cuando no lo es.

No obstante, en términos estrictos, la lectura de las diferentes disposiciones de la directiva comunitaria revela que ninguna de ellas se refiere al contenido que dedica la ley española a la regulación de las cláusulas de condiciones generales de la contratación. La cláusula de mejora en la protección sólo se refiere al "ámbito regulado por la Directiva", por lo cual todo aquello que exceda de ese campo no queda amparado por el manto comunitario. Esta divergencia tan sustancial entre el contenido regulado por la directiva comunitaria y el de

⁵⁸³ En efecto, la exposición de motivos de la Directiva indica que "los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, *en especial contra los contratos de adhesión* y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos". También *vid.* el art. 7.2 de la Directiva.

⁵⁸⁴ Considerando 12 y art. 8.

⁵⁸⁵ Entre los autores que consideran a esta disposición como la transposición española del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, *vid.* N. DOWNES: *Los contratos...*, *op. cit.*, pág. 284. También parece partir de esta visión B. VILÀ COSTA: "Comentario al art. 3", *cit.*, págs. 38-39.

la ley española sobre condiciones generales de la contratación es lo que lleva a M.J. Lunas Díaz a afirmar que en los aspectos relacionados con la regulación de las condiciones generales de la contratación el legislador español actúa en un ámbito al margen del Derecho comunitario. Esta afirmación repercutiría, sobre todo, sobre el modo en que han de establecerse las relaciones del art. 3 LCGC con el resto de las normas del sistema español de DIPr: el art. 3 LCGC no gozaría del beneficio de la primacía del Derecho comunitario, por lo que sólo podría ser considerado como una norma de rango estatal⁵⁸⁶.

Al margen de esta polémica, resulta quizás de mayor utilidad construir un contexto razonable para aprehender el sentido del art. 3 LCGC, precepto cuya lectura podría tener lugar en clave de mercado interior⁵⁸⁷. En efecto, la existencia de regímenes más o menos equivalentes en relación con la regulación de las cláusulas de condiciones generales de la contratación en la mayoría de los Estados miembros de la Comunidad permite considerar al art. 3 LCGC como norma española que conecta, de forma coherente, con las necesidades propias del mercado interior, estableciendo un ámbito de aplicación para la normativa española que se extiende, de forma unilateral, a todas las situaciones intracomunitarias conectadas con el mercado español, rompiendo con la dinámica aplicativa que derivaría del art. 5 CR.

A esta interpretación no ha de ser óbice el inciso último del art. 3 LCGC cuando hace reserva de los Convenios y Tratados internacional en vigor para España, en clara alusión al CR⁵⁸⁸. Al respecto es preciso advertir dos ideas. Por una parte, el hecho de que un supuesto no quede comprendido en el ámbito del art. 5 CR no cierra el paso a la posibilidad de aplicar

⁵⁸⁶ Vid. M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio...", *cit.* pá. 496; M.J. LUNAS DÍAZ: "La Ley de Condiciones...", *cit.*, págs. 4 y 7. Como indica la autora, "no es posible extender a este ámbito los efectos del principio de primacía comunitaria si no se quiere posibilitar por esta vía un campo de actuación a los Estados para dotar a sus regulaciones nacionales de unos efectos aplicativos especiales cuando no responden, al menos directamente, a las premisas necesarias".

⁵⁸⁷ *Vid supra*

⁵⁸⁸ Un ensayo sobre los diferentes sentidos que puede asumir este inciso puede verse en B. VILÀ COSTA: "Comentario al art. 3", *cit.*, págs. 40-41.

normas de protección de los consumidores. Dicho precepto no se configura, ni puede serlo, con carácter cerrado, por lo que no existe contradicción real entre unas y otras normas; en segundo lugar, las carencias de ese precepto pueden ser fácilmente superadas mediante la invocación de la fuerza interpretativa que ha de desempeñar el concepto de mercado interior, en la actualidad en *status nascendi*. Esta fuerza interpretativa no sólo da buen respaldo a la posibilidad de aplicar las normas de la ley española por vía del art. 7.2 CR, sino también para considerar la aplicación de las normas de otros países de la Comunidad que tengan una conexión razonable con la situación, a través del art. 7.1 CR.

Paradójicamente, si se parte de la falta de conexión del art. 3 LCGC con la Directiva relativa a las cláusulas abusivas, este precepto podría encontrar menores obstáculos aplicativos al efecto de dar cumplida respuesta a las necesidades propias del mercado interior, al no verse sometido al corsé de las condiciones que acuña el art. 6.2 de la Directiva. En efecto, en primer lugar, respecto a la regulación de DIPr, la Directiva no habilita a los Estados para que adopten medidas a fin de asegurar su aplicabilidad cuando, en defecto de elección de ley, la localización objetiva del contrato se produce en un Estado que no es miembro de la UE. La regulación del art. 3 LCGC no estaría amparada por la Directiva, por lo cual el carácter meramente nacional de la disposición haría inviable la aplicación de la ley española cuando el art. 4 o el art. 5 CR no consiguen localizar el contrato en España. En segundo lugar, cuando la ley elegida por las partes es la de un Estado miembro de la Comunidad el art. 3 LCGC tampoco queda amparado por la primacía del Derecho comunitario, lo cual parece lógico si las regulaciones de los Estados miembros son relativamente equivalentes, resultado que es congruente con la incidencia en este sector de la regla de reconocimiento mutuo⁵⁸⁹. Sólo cuando la ley elegida por las partes no es la de un Estado miembro de la Comunidad, la Directiva permitiría que la ley española fuera de aplicación a través del art. 3 LCGC. La utilidad de este precepto aparecería cuando la ley elegida por las partes no sea la de un Estado miembro de la Comunidad, y el contrato no quede comprendido en ninguno de los supuestos y términos del art. 5 CR. Por el contrario, si consideramos que el art. 3 LCGC no es una norma

⁵⁸⁹ *vid supra*.

de transposición de la Directiva relativa a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, el margen interpretativo podrá ser mayor, siendo posible aplicar la legislación española, como normativa del mercado interior, siempre que esté en juego la competencia en el mercado común y, por tanto, también cuando una determinación objetiva de ley aplicable conduce a la aplicación del Derecho de un Estado no miembro de la Comunidad.

La mayoría de estas conclusiones pueden ser reproducidas para los casos en que el adherente no es un consumidor. En este caso, el papel interpretativo del concepto "mercado interior" se verá reforzado en la medida en que las legislaciones de los países miembros de la UE sean lo suficientemente equivalentes, y exista peligro de generar distorsiones a la competencia en el mercado interior como consecuencia de la aplicación a la regulación de las condiciones generales de la contratación de la ley de un Estado no miembro de la Comunidad.

El art. 1.4 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación en desarrollo del art. 5.3 de La Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación⁵⁹⁰ prevé que sus normas "son de aplicación siempre que la adhesión a las condiciones generales se haya efectuado en España, cualquiera que sea la ley del contrato. En la medida en que esta normativa se configura como de desarrollo de un precepto de la LCGC su aplicación espacial debe estar subordinada a la de la LCGC, siendo innecesario una regla sobre su ámbito espacial de aplicación⁵⁹¹.

c. La Disposición Adicional Segunda de la Ley sobre aprovechamiento de inmuebles por turnos

El legislador español también ha realizado la transposición de la norma de DIPr contenida en la Directiva comunitaria relativa a la protección de los adquirentes de inmuebles

⁵⁹⁰ BOE de 31 de diciembre de 1999.

⁵⁹¹ P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Derecho privado de internet*, op. cit., pág. 455.

en régimen de tiempo compartido a través de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre⁵⁹². La imperatividad de la ley se pretende asegurar cuando el bien inmueble se encuentre situado en España. El legislador español ha considerado que su mercado sólo queda afectado cuando los bienes inmuebles se encuentran en España y, al adoptar el método unilateral, parece partir de que cada Estado de la Comunidad podrá determinar el ámbito de aplicación respectivo de su normativa relativa a la protección de los adquirentes de inmuebles en régimen de tiempo compartido. El ámbito de aplicación de la ley se ha tenido en cuenta, fundamentalmente, en que España es el lugar de situación privilegiado para este modo de explotación de conjuntos inmobiliarios. La consideración de las circunstancias de formación del contrato habría llevado, en muchos casos, a la no aplicación de la ley española. En efecto, como indica N. Downes⁵⁹³, el adherente es un turista europeo o extranjero que contrata en España con un predisponente que desarrolla su actividad en territorio español, pero que somete sus contratos a una ley extranjera. En consecuencia, al no darse la vinculación del adherente al mercado por razón de la falta de residencia habitual en nuestro país y por actuar el predisponente como si de un mercado extranjero se tratara, estas circunstancias determinarían la inaplicación del Derecho español⁵⁹⁴. Con seguridad, el indicador espacial retenido asegura la aplicación de la ley española en gran parte de las situaciones. Quedaría por verificar si está justificado que cada Estado establezca el ámbito de aplicación de sus normas imperativas de forma que quede asegurada la aplicación del Derecho estatal propio en las situaciones que, desde el punto de vista de la práctica, se pueden dar más frecuentemente.

5. El sistema de DIPr basado en normas unilaterales: pautas de resolución de los conflictos positivos

⁵⁹² BOE de 16 de diciembre.

⁵⁹³ Vid. N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, op. cit., págs. 284-285.

⁵⁹⁴ Vid. N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, op. cit., págs. 284-285. La autora denunciaba el texto del proyecto de ley, en el que las circunstancias de formación del contrato sí eran relevantes. Esta regulación podría conducir a un vacío legal en los supuestos en que la *lex contractus* es extranjera, y la ley española no resulta de aplicación por ausencia conjunta de los dos requisitos que conectan el contrato con el territorio, produciéndose nuevamente un vacío que impide la localización.

A. *Lex fori versus lex causae*

La lectura de las normas unilaterales dictadas por los Estados miembros para la transposición de las directivas comunitarias de consumo permite advertir la relativa frecuencia con que podrán presentarse situaciones en que un mismo supuesto quede comprendido en el ámbito de aplicación espacial de las varias de ellas, produciéndose una situación de conflicto positivo. La flexibilidad concedida por las directivas para la correspondiente transposición podrá deparar situaciones en las que la solución ofrecida por la *lex fori* no sea idéntica a la proporcionada por la *lex causae*, siendo preciso resolver la contradicción normativa. La ausencia de soluciones uniformes, sumada al hecho de que la unificación de la legislación sustantiva no es completa, tendrá como consecuencia la existencia de varias leyes, con diferentes ámbitos de aplicación, con vocación de ser aplicadas a un mismo supuesto. Nos ocupamos a continuación del conflicto que puede suscitarse entre la aplicación de la *lex fori* y la *lex causae*, cuando esta ley es la de un Estado miembro de la UE⁵⁹⁵.

Para solucionar estos conflictos conviene tener en cuenta varios factores. Si la *lex contractus* puede ser considerada como la ley del Estado de origen, y los Estados miembros de la Comunidad conceden garantías equivalentes respecto a la protección de los consumidores, no se justificará la aplicación de la *lex fori*. No obstante, conviene poner de relieve que algunas directivas permiten a los Estados establecer medidas de protección que, aunque no menoscaban la equivalencia, persiguen objetivos más concretos, o la satisfacción de una concreta necesidad que se da en un país⁵⁹⁶. Esta situación hace más que razonable que el Estado afectado pueda legítimamente invocar el carácter internacionalmente imperativo de su normativa frente a la protección dispuesta por la *lex contractus*.

⁵⁹⁵ Si la ley aplicable al contrato (bien elegida por las partes en algunas directivas o también determinada objetivamente en otras) es la de un Estado no comunitario será de aplicación sin mayor obstáculo la ley del foro. Nos centramos ahora en el caso de que la ley aplicable al contrato sea la de un país comunitario.

⁵⁹⁶ *Vid.* la transposición francesa de la Directiva sobre las ventas fuera de los establecimientos mercantiles.

La resolución de estas situaciones exige tener en cuenta que las directivas comunitarias únicamente autorizan derogaciones al sistema del CR cuando éste no garantice al consumidor la protección mínima establecida por ellas. Cuando la ley aplicable al contrato, elegida por las partes o determinada de forma objetiva, es la de un Estado miembro de la UE, la vocación aplicativa de las normas estatales del foro que reclamen aplicación al caso no aparece amparada por el Derecho comunitario. Sin embargo, puede ocurrir que la normativa del foro establezca una protección de nivel superior para el consumidor a la concedida por la *lex contractus*. Para decidir si podrá darse aplicación a esta normativa es preciso tener en cuenta diversas variables.

En primer lugar, la aplicación de la *lex fori* no goza en este caso del efecto indirecto de las directivas, habida cuenta que ha quedado ya cumplido el objetivo del Derecho comunitario de garantizar la protección en una situación vinculada con el mercado interior. En segundo lugar, es preciso recordar la incidencia que posee la regla de reconocimiento mutuo, que puede introducir límites a la aplicación de las leyes imperativas de países distintos al Estado de origen del producto o servicio en las situaciones intracomunitarias⁵⁹⁷. En este sentido, la posibilidad de aplicar las normas particulares del foro de protección de los consumidores pasará por averiguar si la finalidad concreta perseguida por las normas particulares de protección de consumidores del foro puede encontrar acogida en el Derecho comunitario, y si el ámbito de aplicación establecido para ellas es adecuado y proporcional a su finalidad. Esta dinámica podría determinar un tratamiento distinto de los contratos de consumo según queden regulados por la legislación de un Estado miembro de la Comunidad como consecuencia, de un lado, de la aplicación de los artículos 3 o 4 CR, o como resultado de la aplicación del art. 5 CR. Cuando el supuesto queda comprendido en el ámbito de aplicación del art. 5 CR, y éste artículo determina la aplicación de la ley de un Estado miembro, parece poco probable que pueda darse eficacia a las disposiciones imperativas del foro para suplantar la vocación aplicativa de la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor en las

⁵⁹⁷ Vid. *supra* este capítulo, IV, 2.

situaciones previstas por el art. 5 CR. Normalmente no se dará con el foro un vínculo suficientemente razonable para justificar una restricción a las libertades de circulación. Cuando, por el contrario, dicha ley ha sido seleccionada a través del art. 3 o determinada objetivamente a través del art. 4 CR, podrá ser más fácil encontrar un vínculo razonable de la situación con esta legislación, sobre todo cuando el consumidor tiene su domicilio en este país.

En defecto de normas expresas de distribución de competencias legislativas, y siempre que su aplicación no pueda ser descartada por razón del carácter no justificado de sus fines, o por su ámbito de aplicación desproporcionado, parece probable que los jueces aplicarán la *lex fori* que conceda una protección suplementaria respecto de la *lex contractus*, sobre todo cuando dicha ley haya sido determinada a través de una designación expresa de ley aplicable, o de una localización objetiva del contrato.

B. Incidencia del sistema de competencia judicial internacional: aplicación de la ley del domicilio del consumidor

En el sistema de *lege lata* del que debemos partir en la actualidad, en el cual los problemas de ley aplicable podrán ser resueltos con facilidad a través de la aplicación del Derecho del foro, cabría pensar en la posibilidad de un incremento cuantitativamente importante del *forum-shopping*, donde las demandas serían planteadas teniendo muy en cuenta las diferencias existentes entre las legislaciones europeas dictadas para la transposición de las Directivas comunitarias, lo que echaría por tierra el objetivo del CR⁵⁹⁸. Sin embargo, el

⁵⁹⁸ El juez español aplicaría la ley española como norma imperativa del foro, cualquiera que sea la ley elegida por las partes y la residencia habitual de los adquirentes. Si por contra, el mismo litigio se planteara ante un juez alemán, éste aplicaría igualmente con carácter imperativo la ley alemana de transposición de la Directiva, si el adquirente residiera habitualmente en su territorio. En cambio, el juez austriaco y también el holandés tendrían en cuenta la elección de ley por las partes si ésta remitiera al Derecho de un Estado de la UE o del EEE. El juez austriaco no admitiría la elección de una ley de un tercer Estado, aunque fuera más favorable al adquirente y no así el holandés que sólo la descartaría si privara al consumidor de la protección que se considera mínima. El juez británico haría al consumidor acreedor de la protección, igualmente imperativa, de la ley británica de 1992 si la ley elegida por las partes fuera la del Reino Unido, o si una o ambas partes del contrato se encontraran en el Reino Unido en el momento de su conclusión; o si el adquirente fuera residente habitual del Reino Unido o al

sistema, tal y como aparece configurado en su conjunto, lograr mitigar la gravedad del problema, al reducirse el número de los supuestos en que podrían producirse situaciones de *forum shopping*. En efecto, la tarea de la distribución de competencias legislativas queda cumplida, al menos en parte, por los foros de competencia judicial internacional establecidos en materia de contratos celebrados por los consumidores en los convenios de Bruselas y de Lugano. En las situaciones que definen los artículos 13 de ambos convenios⁵⁹⁹, la competencia judicial internacional corresponde, fundamentalmente, a los jueces del domicilio del consumidor, sea éste demandante, caso en que el foro opera con carácter alternativo, o demandado, donde el foro se articula con carácter único, con un régimen que se acerca al de los foros exclusivos en lo relativo al control de la competencia del juez de origen a la hora del reconocimiento de la decisión. 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 pueden hacer que los consumidores, en los casos típicos, no opten por demandar a su contraparte en el domicilio de éste. Si se tiene en cuenta que los jueces, en caso de conflicto, darán normalmente preferencia aplicativa a las normas imperativas del foro, no resulta difícil afirmar que, al menos como tendencia, en muchos casos de conflicto será de aplicación la ley de transposición de una directiva dictada por el país del domicilio del demandado. 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 en los convenios de Bruselas y de Lugano.

La vía de solución esbozada limita su operatividad a las situaciones en que sea de

menos uno de los períodos pudiese disfrutarse en un complejo turístico en el Reino Unido.

⁵⁹⁹ Según el art. 13 CB/CL, "en materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada "el consumidor", la competencia quedará determinada por la presente Sección (...): 1. Cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías; 2. Cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes. 3. Para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si: a) la celebración del contrato hubiese sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

aplicación el art. 13 de los convenios de Bruselas y de Lugano. Basta, pues, que no se cumpla alguno de los requisitos de ese precepto para que, al no operar el foro del domicilio del consumidor, la competencia pueda corresponder a varios Estados, con la consiguiente posibilidad de una resolución distinta del conflicto en dependencia de cual sea el Estado cuyos tribunales conozcan del asunto. La concurrencia de foros se producirá siempre que el consumidor no se encuentre en alguna de las situaciones materiales definidas por el art. 13⁶⁰⁰. La protección no procederá cuando, en un contrato de prestación de servicios, por ejemplo, el consumidor no realice en el país de su domicilio los actos necesarios para la celebración del contrato.

En la actualidad, la Propuesta de Reglamento CE del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶⁰¹ amplía el ámbito de aplicación material de la sección que contiene los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores. Esta ampliación abriría mayores posibilidades para una resolución de los conflictos positivos entre legislaciones estatales de transposición del Derecho comunitario a través del criterio de la aplicación de la ley del domicilio del consumidor. En concreto, el número 3 del nuevo art. 15 extiende los beneficios de la sección a todos los contratos de consumo cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido éste último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades⁶⁰². La nueva

⁶⁰⁰ En el ámbito de aplicación material del art. 13 quedan comprendidas las ventas a plazos de mercaderías y los préstamos a plazos u otras operaciones de crédito vinculadas a la financiación de las ventas de mercancías. También quedan comprendidos otros contratos que tengan por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, siempre que, en estos casos, la celebración del contrato haya sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y el consumidor haya realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

⁶⁰¹ COM (1999) 348 final de 14 de julio de 1999.

⁶⁰² Como aclara la exposición de motivos, "esta noción de actividad en el, o dirigida al, Estado del domicilio del consumidor tiene como finalidad dejar claro que el punto 3 se aplica al contrato de consumo celebrado en un *sitio Internet interactivo* accesible en el Estado del domicilio del consumidor. El punto de partida

redacción, por una parte, comprende en su ámbito de aplicación material a los contratos de utilización de inmuebles en tiempo compartido. Por otra, desaparece la condición impuesta en el actual art. 13 CB relativa a que el consumidor haya realizado en su Estado los actos necesarios para celebrar el contrato. Lo que viene a significar, como aclara la exposición de motivos de la propuesta, que el punto 3 del párrafo primero del art. 15 también se aplica a los contratos celebrados en un Estado miembro que no sea el del consumidor. Esto subsana, dice la exposición de motivos, un fallo notorio en el tenor del actual art. 13: que el consumidor no puede invocar la competencia protectora cuando, a iniciativa del cocontratante, se ha visto incitado a dejar su Estado de domicilio para celebrar el contrato.

El sistema descrito de solución de conflictos proporcionará resultados muy adecuados siempre que la competencia judicial internacional de los jueces del domicilio del consumidor sea tendencialmente amplia, y que el ámbito de aplicación de la norma unilateral dictada por cada Estado alcance a todas las soluciones conectadas con el mercado interior. Desde el punto de vista de la mejor técnica legislativa, casi sería preferible que los Estados diesen a su legislación ese ámbito de aplicación exorbitante, lo cual permitiría a los jueces resolver las situaciones vinculadas con el mercado interior con arreglo a las normas del Tribunal 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,

del nuevo art. 15 es que el concontratante es quien crea el vínculo al dirigir sus actividades al Estado del consumidor. No obstante, la Comisión ha constatado que el tenor del art. 15 ha causado cierta preocupación en el sector económico que intenta desarrollar el comercio electrónico, en particular, en relación con el hecho de que las empresas activas en el ámbito del comercio electrónico deberán, bien aceptar la posibilidad de tener litigios en todos los Estados miembros, bien precisar que sus productos o servicios no se destinan a consumidores domiciliados en determinados países miembros. Esta preocupación se refiere a los problemas que podrán plantear el concepto, recogido en la letra c) del párrafo primero del art. 15, de *dirigir tales actividades*, concepto considerado difícil de comprender en el mundo de Internet. Con el fin de detectar mejor las consecuencias jurídicas y las necesidades del comercio electrónico, en particular, en lo referente a las cuestiones de competencia jurisdiccional y de determinación de la ley aplicable, derivadas del desarrollo económico y transfronterizo del comercio electrónico, la Comisión pensaba organizar en otoño de 1999 una audiencia sobre dicho tema, con la participación de los reguladores, los legisladores, consumidores, el sector económico y otros grupos afectados. Aunque no tenemos constancia de esta reunión, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en colaboración con la Universidad de Ginebra, organizó los días 2, 3 y 4 de septiembre de 1999 una mesa redonda sobre las cuestiones de DIPr suscitadas por las operaciones de comercio electrónico e internet, donde se prestó atención especial a los contratos de consumo.

en muchas ocasiones, para determinar la aplicación de las normas imperativas en los contratos de consumo, sobre todo en todos los casos en que sea el cocontratante quien se dirija al consumidor en el país del domicilio de éste⁶⁰³. Este sistema, sin embargo, presenta inconvenientes cuando es el consumidor quien se desplaza libremente a otro país de la Comunidad para contratar. En casos del tipo, en que no pueda operar el foro de protección, la alternancia de foros podrá determinar, más que situaciones de *forum-shopping*, que el cocontratante demande al consumidor en el país de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, que normalmente será el país donde ha de producirse el pago. También de *lege lata*, las situaciones de litispendencia deberán resolverse, eventualmente, con arreglo al criterio de prioridad temporal. Por otra parte, cuando el ámbito de aplicación en el espacio de la ley estatal unilateral es reducido, y el supuesto no queda comprendido en ese ámbito, el juez deberá plantear de otro modo la resolución del problema de DIPr, al no concurrir en el conflicto la *lex fori*.

D. Resolución de los conflictos positivos cuando no concurre la *lex fori*

El presente caso nunca se dará cuando el legislador del foro haya establecido un ámbito de aplicación muy amplio para su regulación, como es el caso, por ejemplo, de la regulación portuguesa sobre cláusulas abusivas. En cambio, en nuestro país, podremos encontrarnos con numerosos supuestos de este tipo. Cabe pensar en los casos de contratos de adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido en que el bien inmueble no se sitúe en España, o en los supuestos de contratos con cláusulas abusivas en que no sea de aplicación la ley española por no cumplirse todos los requisitos que exige el art. 5 CR o el art. 10 bis 3 LGDCU, pero que queden comprendidos en el ámbito de aplicación de la directiva. En estos casos, según mantiene la doctrina más autorizada, la preferencia aplicativa corresponderá a la ley del

⁶⁰³ En este sentido, J.M. ESPINAR VICENTE estima que "si para seleccionar el foro se han ponderado razones que se vinculan con la proximidad del asunto, la justicia del resultado, la naturaleza de la relación o la protección de la parte débil, es que se han esgrimido los mismos argumentos que sirven para seleccionar la *lex causae*; a partir de esta constatación la *lex fori* no se aplicaría *quia lex fori*, sino *quia lex causae*". Vid. J.M. ESPINAR VICENTE: *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997s, págs. 117-118.

contrato, siempre que sea la ley de un Estado miembro de la Comunidad. La aplicación de esta ley se justificará, sobre todo, cuando pueda ser considerada como la ley del Estado de origen. Sin embargo, no cabría descartar la aplicabilidad de la ley de un tercer Estado cuando se den las condiciones mencionadas más arriba, a saber, finalidad específica asumible por el Derecho comunitario y ámbito de aplicación adecuado para satisfacer esta finalidad.

E. Resolución de los conflictos positivos entre leyes de terceros ordenamientos

Cuando la ley del foro no posee vocación aplicativa al supuesto, ni la ley del contrato es la de un Estado miembro, el cumplimiento del mandato establecido por las directivas puede pasar por dar aplicación a la ley de un Estado miembro que reclame aplicación en el supuesto. Sin embargo, cabe la posibilidad de que, al mismo tiempo, reclamen aplicación en el caso concreto las leyes de una pluralidad de países. Por lo pronto, de todos aquellos cuya intención reguladora se extiende sobre todas las situaciones conectadas con el mercado interior. En los sistemas unilaterales, se parte del respeto al ámbito de aplicación de las normas extranjeras, cuya aplicación tendrá lugar en las condiciones del art. 7.1 CR, tal y como vimos que se concretaban teniendo en cuenta el efecto indirecto de las directivas comunitarias⁶⁰⁴.

Para solucionar estas situaciones será preciso establecer criterios de preferencia, legales o jurisprudenciales, entre las normas de terceros Estados que tengan vocación aplicativa. Estos criterios de preferencia podrán ser establecidos por el foro, dada la inexistencia de pautas comunitarias que coadyuven a la resolución de estos supuestos, aunque también podrán venir matizados por el propio Derecho comunitario. En este sentido, en principio es posible partir de la preferencia aplicativa que corresponde a la legislación imperativa del Estado de origen de la mercancía o servicio cuando esta ley no venga llamada a título de *lex contractus* y determine la aplicación de la legislación de un Estado miembro. Pero incluso en estos supuestos, cabría admitir excepciones, cuando las normas de un tercer país persigan una finalidad particular y tengan un ámbito de aplicación adecuado.

⁶⁰⁴ *Vid. supra.*

Cuando esta ley no es la de un Estado miembro, como pautas de solución podrían seguirse las siguientes. En primer lugar, serán preferidos los Derechos de países cuya vocación aplicativa en el caso no sea consecuencia del ámbito de aplicación exorbitante que se autoatribuyan. Parece también razonable que se prefiera la aplicación del Derecho del país cuya vocación aplicativa en el supuesto derive de un criterio de aplicación que coincida con el establecido por la ley del foro. Pero no sería el único criterio a retener. Dada la conexión de la protección de los consumidores con el Derecho de la competencia, podrían tenerse en cuenta el Derecho del país cuyo mercado, dentro del mercado interior, sea afectado en mayor medida por la no aplicación de su normativa de protección de los consumidores, porque, por ejemplo, a dicho mercado se haya dirigido el empresario mediante la realización de publicidad. Por el contrario, no parece que deba preferirse la regulación más protectora frente a la menos protectora, teniendo sobre todo en cuenta la finalidad de ordenación de mercado que tienen estas normas.

5. Dinámica aplicativa de las normas unilaterales: pautas de solución de conflictos negativos

A. Descripción del problema

Establecida la existencia de una situación conectada con el mercado interior, puede ocurrir que no sea de aplicación la ley de ningún Estado contratante. Esta situación puede tener lugar cuando los Estados miembros de la UE utilizan criterios de conexión razonables para determinar su ámbito de aplicación, sin que se parta de un legeforismo absoluto, y dichos criterios no coinciden. Sin embargo, esta situación resultará más bien hipotética, pues algunas legislaciones tienen un ámbito de aplicación que alcanza a todas las situaciones vinculadas con el mercado interior, tal y como han sido definidas por las directivas. Incluso en estas situaciones, cabe entender también que existe un conflicto negativo, aunque sólo relativo, cuando a pesar de que varios Derechos se atribuyan la competencia para regular un supuesto, sin embargo no quepa establecer que alguno de ellos posee una vinculación razonable con la situación, de manera que la aplicación de ninguno de ellos puede ser justificada en la existencia

de un vínculo estrecho entre ese país y la situación, tal y como establece el art. 7.1 CR. Esta situación se puede dar cuando varias legislaciones reclaman aplicación sobre todas las situaciones conectadas con el mercado interior, pero el consumidor no tiene su residencia habitual en ninguno de estos países, ni las actividades de formación del contrato tuvieron lugar allí, sin que existan otros índices de proximidad⁶⁰⁵. En el sistema de las normas bilaterales, supuestos de conflicto negativo podrán darse cuando los criterios empleados no coincidan, y se produzcan situaciones de reenvío de primer o de segundo grado. Cabe igualmente que se produzca una situación de conflicto negativo cuando en el Derecho hallado a través de la norma de conflicto existe una norma de extensión, que declara inaplicables a las disposiciones de este ordenamiento.

B. Establecimiento de un *ius cogens* de origen europeo

En las situaciones de conflicto negativo en las que quepa apreciar la existencia de vinculación del contrato con el mercado interior cabría, en primer lugar, la posibilidad de afirmar la idea de un orden público comunitario, es decir, de disposiciones imperativas comunitarias cuya aplicación deberá venir asegurada a través de la vía que habilita el art. 7.2 CR⁶⁰⁶. En este mismo sentido se defiende la existencia de un *ius cogens* de origen europeo⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Con efectos parecidos a los que producen las situaciones de conflictos negativos se sitúan aquéllas en que algún país no ha realizado la transposición de una directiva, o la realizada no logra dar satisfacción a los objetivos de las directivas de preservar las condiciones de competencia en el mercado interior. En este caso, el conflicto negativo surge, de forma indirecta, como consecuencia de la falta de transposición. Aunque el efecto es idéntico -la no aplicación de la protección que deriva de la directiva- sin embargo la solución de esta situación requiere un tratamiento especial, pues conecta con la doctrina del TJCE que niega el efecto directo horizontal de las directivas comunitarias. Al objeto de nuestro análisis nos ocuparemos únicamente de la resolución de los conflictos negativos cuando cada Estado ha procedido a realizar la correspondiente transposición, sin que existan problemas de falta de transposición por ninguno de los Estados. Cuando el Derecho estatal aplicable es contrario a una directiva, D. MARTINY mantiene la necesidad de aplicar el Derecho del foro. *Vid.* D. MARTINY: "Bestimmung des Vertragstatuts", *cit.*, pág. 46. En opinión del autor, el Estado del foro debe poder invocar la propia transposición frente al Derecho extranjero. En función de la llamada *aplicación indirecta*, el Derecho elaborado conforme con la Directiva, y por tanto el contenido de la directiva, es aplicado como norma imperativa del Derecho del foro (art. 34 EGBGB, art. 7.2 CR). Se consigue así, al mismo tiempo, el efecto horizontal, aunque sea indirecto, de las Directivas comunitarias.

⁶⁰⁶ *Vid.* N. REICH: "EG-Richtlinien...", *cit.*, pág. 117.

⁶⁰⁷ La propuesta es de O. LANDO: "The EEC convention on the Law applicable to Contractual obligations", *CMLR*, 1987, págs. 159-214. Otros autores se hacen eco de la misma. En España, M. VIRGÓS SORIANO: "Art. 10.5

Se trataría de dotar a las normas de las directivas de un nivel de imperatividad diferente, por el mecanismo de considerar que sus disposiciones integran el *ius cogens* europeo. De esta forma se conseguiría un efecto adicional, colmar las lagunas del art. 5.2 CR, de manera que la conexión territorial con el Estado de residencia habitual del consumidor, que éste exige, sería sustituible por otra conexión más amplia con el territorio de la UE. Esta visión territorial ampliada haría factible cumplimentar el mandato de las directivas por aplicación analógica del art. 3.3 CR, traduciendo el espacio europeo en espacio jurídico único en el que regirían las normas materiales de las directivas como normas indisponibles del ordenamiento europeo en la materia⁶⁰⁸. Como variante de esta alternativa de regulación, J. Basedow también ha propuesto completar el art. 5 CR con una norma unilateral que, mediante el recurso a una conexión especial, garantice la aplicación del Derecho comunitario cuando estemos en presencia de un negocio dentro del mercado interior⁶⁰⁹.

Estas propuestas, tanto de carácter interpretativo como legislativo, resuelven eficazmente los problemas que suscita la dimensión externa del sistema contractual de DIPr intracomunitario de protección de los consumidores, pues logran que el Derecho comunitario sea de aplicación siempre que la situación presente un vínculo con el mercado interior. Sin embargo, por varias razones, no revelan tanta utilidad para solucionar los aspectos de DIPr

Cc", *cit.*, pág. 678; respecto de la transposición de la Directiva 93/13 CEE, *vid.* A.J. BAUMERT: "Die Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 der AGB-Richtlinie im System des europäischen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes", *Europäisches Wirtschaft & Steuerrecht*, 1995, 3, pág. 69, que al igual que otros sostiene que esta solución evitaría la diversificación de soluciones que supondría una norma de conflicto unilateral introducida por cada uno de los Estados parte. También *vid.* N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, *op. cit.*, págs. 298 y ss; J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 34.

⁶⁰⁸ En opinión de J. BASEDOW, cabría proponer que se completara el CR con una norma como la siguiente: "*Sind alle anderen Teile des Sachverhalts im Zeitpunkt der Rechtswahl in der Europäischen Union belegen, so kann die Wahl des Rechts eines Nichtmitgliedstaates durch die Parteien die Bestimmungen nicht berühren, die auf Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft zurückgehen und von denen nach dem Gemeinschaftsrecht durch Vertrag nicht abgeweichen werden kann*". *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 34.

⁶⁰⁹ La disposición dispondría como sigue: "*Bei Verträgen, die eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck schließt, der nicht ihrer beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, darf die Rechtswahl nicht dazu führen, daß dem Verbraucher der durch zwingende Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft gewährte Schutz entzogen wird, wenn der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft aufweist*". *Vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 34.

relacionados con la dimensión interna del sistema, esto es, con la determinación de la ley del Estado miembro que habrá de ser aplicada. Muchas de las disposiciones de las directivas no poseen un carácter directo e incondicional, por lo que precisan de cierto desarrollo por parte de los legisladores estatales. Cuando el margen establecido para la transposición es amplio, podrán surgir dificultades a la hora de llenar de contenido preciso a los mandatos de las directivas. En suma, las propuestas realizadas, en la medida en que no indican la aplicación de la ley de un concreto Estado miembro de la Comunidad, se muestran incapaces para dar respuesta satisfactoria a las contradicciones normativas que surgen como consecuencia de las habilitaciones legislativas realizadas a los Estados por las propias directivas. En atención a que estas diferencias pueden ser relevantes para la solución de un caso, al juez no le bastará con indicar que es de aplicación el Derecho comunitario para resolver un concreto litigio.

C. Aplicación de la *lex fori*

Algunos de estos inconvenientes podrían ser salvados mediante la aplicación, simple y llanamente, de la *lex fori*, lo cual evitaría incertidumbres en torno a la concreción de los márgenes de flexibilidad establecidos por cada directiva. Esta solución, que ha sido defendida para los supuestos de falta de transposición, o transposición defectuosa, de una directiva en un Estado miembro⁶¹⁰, deja trasladar su principio de base, no sin ciertas matizaciones como veremos, a las situaciones de conflicto negativo. Utilizando las palabras de P. Limmer, podría afirmarse una voluntad de aplicabilidad internacional (*internationaler Geltungswillen*) de las normas imperativas de protección del foro, en la medida en que se trata de una situación del mercado europeo interior y están en juego disposiciones de una directiva del Consejo de la UE. La cláusula del art. 34 EGBGB tendría que ser enriquecida comunitariamente

⁶¹⁰ El problema se planteó en Alemania, en los denominados "casos de Gran Canaria", en los cuales los consumidores alemanes eran privados de la protección a causa de la falta de transposición por parte de España de la directiva comunitaria de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección del consumidor en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. E. BRÖDERMAN y H. IVERSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationale Privatrecht*, cit., págs. 352 y ss; P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", cit., pág. 402. Recientemente, valorando críticamente dicha privación en atención a la eficacia completa que corresponde al Derecho comunitario, S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", cit., págs. 148-149.

(*gemeinschaftsrechtlich anzureichern*), por decirlo así, y por este camino traer la aplicación del Derecho del foro dictado con arreglo a la directiva comunitaria. Para esta construcción, a la directiva le correspondería decidir a qué disposiciones materiales les corresponde un carácter internacionalmente imperativo⁶¹¹.

El planteamiento descrito, que lleva a aplicar la ley del foro cuando el Estado miembro cuya legislación resulta de aplicación al caso no ha transpuesto la directiva, resulta difícilmente congruente con la jurisprudencia del TJCE que niega el efecto directo horizontal de las directivas⁶¹². Este reproche, sin embargo, no puede ser mantenido cuando la inaplicación del Derecho comunitario no resulta como consecuencia de la falta de transposición, sino que es el resultado de la existencia de cierta descoordinación entre los Derechos estatales. Esta descoordinación podría ser superada a través de la fácil aplicación de la ley del foro, consiguiéndose así el resultado querido por el Derecho comunitario. Sin embargo, esta solución genera inconvenientes de *legeforismo*, inconciliables con el respeto al principio de justicia, que exige tratar de forma desigual a las situaciones desiguales, e igualmente posibilidades para el *forum shopping*. Por esta razón, no estimamos afortunado que sea éste el modo de resolver el conflicto negativo.

D. Propuesta de solución: autointegración del sistema de DIPr teniendo en cuenta el valor interpretativo o indirecto de las Directivas comunitarias

Para la resolución de los conflictos negativos es preciso tener en cuenta que, aunque el descubrimiento del referente comunitario en el caso concreto no determina, por sí mismo, el Derecho estatal aplicable, posee importantes consecuencias interpretativas sobre el sistema de DIPr. Por ello, a pesar de no tener una norma expresa de DIPr que les obligue a aplicar la protección que dispensa al consumidor una concreta directiva, los jueces están obligados a

⁶¹¹ P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", *cit.*, pág. 402.

⁶¹² P. MANKOWSKI: "Strukturfragen des internationalen Verbrauchvertragsrechts", *RIW*, 1993, págs. 453-462.

utilizar todos los recursos con que cuente el sistema para conseguir el resultado querido por la Directiva. Por estas razones, la resolución del conflicto negativo pasa, a nuestro modo de ver, por la autointegración del sistema estatal de DIPr con arreglo a sus propias condiciones e ideas. En una situación en que no reclame aplicación la ley de ningún ordenamiento, y que el supuesto no quede comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho del foro, cabe afirmar la existencia de una laguna oculta de regulación cuando, sin embargo, el Derecho comunitario resulta con vocación aplicativa al supuesto. En efecto, la solución formal que proporciona el sistema -la no aplicación de las soluciones del Derecho comunitario- no sólo no es adecuada, sino que el legislador no tenía la intención de alcanzar esa solución⁶¹³. Tras la oportuna reducción teleológica, se impone la necesidad de integrar la laguna de regulación.

Es preciso advertir que esta necesidad de integrar el sistema en nada es contrario a la doctrina establecida por el TJCE que niega el efecto directo horizontal de las directivas. La inexistencia de una regulación expresa no conlleva la necesidad de acudir al efecto directo horizontal de las directivas para preservar las condiciones de aplicabilidad de las directivas, o de denunciar la existencia de un incumplimiento por parte del Estado respecto a la transposición de una directiva⁶¹⁴. Esto es fácil de ver en las normas unilaterales dictadas por los Estados miembros que delimitan, de forma razonable, el ámbito de aplicación de la legislación dictadas en transposición de cada directiva. En estas circunstancias, el carácter unilateral de las normas de DIPr no implica que el resto de los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas no puedan encontrar una regulación en la legislación estatal de DIPr, entendida en sentido amplio⁶¹⁵. El método unilateral adoptado conlleva una

⁶¹³ En el caso de las normas unilaterales, el legislador esperaba que otros Estados asumieran la regulación del supuesto. En el caso de las regulaciones bilaterales, el legislador no esperaba que un Estado miembro de la Comunidad podría rechazar la competencia legislativa que se le atribuye.

⁶¹⁴ En este sentido, la jurisprudencia del TJCE es clara en indicar que el Derecho nacional habrá de ser interpretado en el modo que sea compatible con el Derecho comunitario, siendo preferible la interpretación coherente con el Derecho comunitario, en lugar de la interpretación que suponga la afirmación de un incumplimiento por parte del Estado.

⁶¹⁵ No obstante, señalando esta deficiencia de la legislación española, *vid.* N. DOWNES: "El proceso de transposición de la Directiva 94/47/CE sobre Derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo

voluntad del legislador, en forma de tendencia, de respetar el ámbito de aplicación que se hayan dado para sí las normativas estatales de protección de los consumidores dictadas por otros Estados miembros. Cuando esta concepción reguladora falle en el caso concreto, el sistema de DIPr deberá encontrar otras fórmulas para su integración.

Cuando el método utilizado por el foro es el de las *normas unilaterales* y se produce una situación de conflicto negativo (la intención reguladora de ningún país alcanza a un concreto supuesto o dicha regulación, por su excesivo ámbito de aplicación, no es aceptable en el caso) el plan inicial del legislador, de respeto al ámbito de las normas unilaterales extranjeras, fracasa. En este caso, *para integrar la laguna oculta parece razonable acudir a la analogía y bilateralizar el criterio utilizado por la norma unilateral española*. Por ejemplo, cuando el bien inmueble esté situado fuera de España, será de aplicación la normativa de protección de los adquirentes de *timesharing* del Estado miembro donde esté situado el inmueble, siempre que ninguna de las legislaciones europeas que reclamen aplicación al caso tenga una conexión razonable con el supuesto desde la perspectiva del legislador español. Mediante la bilateralización del criterio establecido por la norma unilateral española el intérprete procede a integrar la laguna de regulación que se produce, en caso de conflicto negativo, en el sistema español de DIPr, hallando la sede más adecuada para una relación jurídica. La integración de la laguna a través de este procedimiento se justifica en la idea de la consideración uniforme de los criterios de conexión: si el legislador español ha considerado, con arreglo a su propia idea de la justicia, que la legislación española ha de ser aplicada cuando el bien inmueble se encuentra en España, y ninguna regulación reclama aplicación al supuesto de un modo aceptable, parece razonable entender que esa misma idea de justicia pueda ser utilizada para determinar la aplicación de un Derecho extranjero. Para proceder a la integración de la laguna a través de este procedimiento no es obstáculo que finalmente sea de aplicación el Derecho de un Estado que no tenga vocación aplicativa al supuesto. Este dato, precisamente, ha sido el determinante de la posibilidad de identificar una laguna oculta de regulación. El relieve principal corresponde ahora no a la voluntad de aplicación del Derecho

compartido y sus resultados prácticos", *cit.* pág. 12.

extranjero sino a la particular idea de la justicia elaborada por el legislador español.

En segundo lugar, cuando el método utilizado por el DIPr es el de las normas bilaterales, también se podrían producir supuestos de conflicto negativo cuando el Derecho llamado rechace su competencia para regular el supuesto, ya sea a través de una norma de extensión, o de una norma de conflicto bilateral. En estos supuestos, y teniendo en cuenta el carácter restrictivo con el cual la jurisprudencia española admite hoy los supuestos de reenvío⁶¹⁶, a nuestro modo de ver la laguna debería ser integrada mediante la aplicación, pura y simple, del Derecho llamado por la norma bilateral española.

V. EPÍLOGO: DEFICIENCIAS DEL SISTEMA Y POSIBILIDADES PARA UNA UNIFICACIÓN COMUNITARIA DE NORMAS DE DIPR. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1. Recapitulación: deficiencias del sistema

Las páginas anteriores han mostrado que la gestión descentralizada de la dimensión interna del sistema de DIPr intracomunitario de protección de los consumidores puede proporcionar, a través de las interpretaciones oportunas, el cumplimiento de los objetivos que el Derecho comunitario se ha marcado. El funcionamiento del mercado interior no sólo sería compatible con la existencia de contradicciones normativas entre unos y otros ordenamientos, sino también con la inexistencia de unas normas de conflicto uniformes que determinen qué ley estatal deberá ser de aplicación cuando la aplicación del Derecho comunitario deba ser garantizada por estar la situación vinculada con el mercado interior. El sistema descrito, sin embargo, participa de muy diferentes deficiencias que conviene subrayar.

En primer lugar, desde el punto de vista de la técnica legislativa utilizada para alcanzar los objetivos, aunque el sistema puede ser considerado como eficaz, resulta del todo punto ineficiente. La consecución de los objetivos tiene lugar generando costes muy elevados en relación con la administración de las normas para el juez o intérprete, que van mucho más allá de la gestión de componentes de carácter flexible, que exigen una especial motivación en el razonamiento judicial. La necesaria autointegración del sistema en los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas, la obligación de respetar el efecto útil de las directivas y las distintas repercusiones que esta obligación conlleva, la necesidad de ponderar la eficacia, en el caso concreto, de la regla de reconocimiento mutuo para excluir la aplicación de las normas imperativas de la ley del Estado de destino, los inconvenientes derivados de la actuación limitada del principio de primacía del Derecho comunitario y los problemas que esto genera sobre las relaciones entre las normativas estatales de transposición

⁶¹⁶ SSTs de 15 de octubre de 1996 y de 21 de febrero de 1999.

y el CR, son algunos de los problemas que deberá afrontar el juez para decidir el modo en que habrá de resolver un litigio intracomunitario relativo a un contrato de consumo. A la vista de tantas variables, parece que asistimos a un sistema, si no caótico, sí de fuerte impronta judicial, donde el arte de la argumentación será decisivo para inclinar la solución hacia la aplicación de uno u otro Derecho. El sistema instaurado consigue los objetivos del Derecho comunitario confiando en un esfuerzo mayúsculo por parte de la judicatura que no resulta de recibo.

En segundo lugar, suponiendo que los órganos jurisdiccionales de un país lleguen a elaborar, en interpretación del sistema propio, pautas de aplicación suficientemente uniformes en la aplicación del Derecho comunitario, no es posible olvidar que la configuración actual del sistema de competencia judicial internacional permite, en un grupo de supuestos, la competencia alternativa de diversos jueces. La falta de unificación de las normas de DIPr determinará que los supuestos puedan ser resueltos de forma diferente, en función de que conozcan los órganos jurisdiccionales del país del cocontratante o del domicilio del consumidor. No se cierra el paso a que, cuando merezca la pena, el cocontratante del consumidor pueda realizar una oportuno compra del foro. La existencia de posibilidades para el *forum-shopping* determina que el sistema instaurado pueda ser considerado como ineficiente desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. En efecto, la búsqueda de la ley más conveniente, y la posibilidad de conseguirla mediante la compra del foro, y del sistema de DIPr allí vigente⁶¹⁷, conllevarán costes innecesarios cuya creación deberían explicar las instancias que han originado el sistema. Por el contrario, el conocimiento *a priori* del Derecho aplicable desincentiva el *forum shopping* y favorece una aplicación prospectiva del Derecho.

Sin perjuicio de que puede discutirse si la unificación de normas de conflicto es o no necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, a efectos de habilitar una legislación unificadora por parte de la Comunidad⁶¹⁸, cabe afirmar de antemano que el sistema de DIPr que hemos descrito no puede ser sino contemplado como una victoria pírrica de los defensores a ultranza del principio de subsidiariedad, que se obstinan en no ver que encomendar la gestión del sistema a los Estados miembros supone quebrar gran parte de las metas que fueron alcanzadas a través de la instauración de las normas de conflicto uniformes establecidas por el CR⁶¹⁹. Las directivas comunitarias han conseguido retrotraernos veinte años en el tiempo, época en que la problemática del *forum shopping* era vivida con gran intensidad por las instituciones comunitarias, decididas a elaborar un convenio internacional que pusiera coto al problema. En la era de la subsidiariedad, estas preocupaciones parecen de orden menor.

⁶¹⁷ Vid. K.F. KREUZER: "Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrecht", en P.C- MÜLLER-GRAFF (Hrgs.), *Gemeinsames Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pág. 408.

⁶¹⁸ Vid *infra*.

⁶¹⁹ Ch. KOHLER: "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Rev.crit.fr.int.pr.*, 1999, pág. 30.

2. Fundamento jurídico para un sistema intracomunitario de DIPr de protección de los consumidores en el sector contractual

Para variar el sistema, es necesario saber si la elaboración del sistema de DIPr intracomunitario de protección de los consumidores puede ser asumida por las instancias comunitarias, adoptando normas comunes de DIPr. En este sentido, K.F. Kreuzer hace tiempo entendió factible la unificación comunitaria de normas de conflicto como resultado de una interpretación conjunta de los artículos 220 y 235 TCE (293 y 308 en la versión del TCE dada por el Tratado de Amsterdam)⁶²⁰. Tras el TUE, la doctrina tampoco tardó en afirmar la posibilidad de hacer recurso a la cooperación judicial intergubernamental prevista en el art. K.1 del TUE para elaborar esas normas⁶²¹.

En la actualidad, el art. 65 TCE habilita a la Comunidad para adoptar medidas, siempre que sean necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior, dirigidas a "fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción"⁶²². El cauce que representa este precepto ha sido especialmente señalado como válido para unificar las normas de ley aplicable a los contratos en las situaciones intracomunitarias⁶²³. No obstante, por su configuración, y por el modo en que han de ser adoptadas las medidas comunitarias que se habilitan, cabe afirmar que el art. 65 TCE representa un avance limitado en relación con la posibilidad de elaborar reglas uniformes de ley aplicable⁶²⁴. En especial teniendo en cuenta las posibilidades de actuación comunitaria que

⁶²⁰ K.F. KREUZER: "*Lex communis europea de colisione legum: Utopie ou nécessité?*", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, págs. 225-246. En parecido sentido, a juicio de M.J. LUNAS DÍAZ, el hecho de que no existiera de forma explícita una atribución directa y absoluta de competencias de DIPr. no impediría una averiguación de esta competencia de forma implícita. M.J. LUNAS DÍAZ: "El principio...", *cit.*, pág. 482.

⁶²¹ M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 168.

⁶²² A juicio de K. KREUZER, puede considerarse como accidental, e incluso arbitrario, que la competencia directa e indirecta no hayan sido agrupadas en el mismo epígrafe (como en los convenios de Bruselas I y II) y que la compatibilidad de la primera deba ser "favorecida" mientras que la segunda debe ser "mejorada y simplificada". *Vid.* K.F. KREUZER: "La communautarisation du droit international privé -les acquis et les perspectives-", *trabajo en prensa*.

⁶²³ *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 168.

⁶²⁴ Esta idea vendría reforzada por el hecho de que las medidas previstas por el art. 65 deben adoptarse de conformidad con el nuevo art. 67 TCE, que en su apartado 1 prevé que: "durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo", generándose de este modo durante ese período transitorio un régimen casi intergubernamental respecto de estas cuestiones. E igualmente, es preciso advertir que con arreglo al art. 69 TCE, la aplicación del nuevo Título IV TCE respecto al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se halla sometida a lo dispuesto en los Protocolos sobre el particular, que, a grandes rasgos, prevén que las normas de ese Título así como las medidas adoptadas en virtud del mismo no serán vinculantes ni aplicables a esos países, salvo que manifiesten su voluntad de aceptar una medida *Vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado", *La Ley*

resultaban ya con anterioridad, especialmente en el ámbito de la protección de los consumidores, de normas como los arts. 100 y 100 A TCE (actuales arts. 94 y 95).

Respecto a la utilización de expresiones como "en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior", "mejorar y simplificar" o "favorecer la compatibilidad", en principio resulta controvertida la posibilidad de derivar la atribución a la Comunidad de una competencia de gran amplitud en materia de DIPr. En efecto, las medidas habilitadas estarán subordinadas al examen de necesidad, a la vez que no será preciso, en todo caso, una unificación completa de las reglas de DIPr, bastando la mera compatibilidad entre las normas estatales. No obstante, en opinión de K.Kreuzer, la terminología utilizada por el art. 65 TCE no puede hacer dudar sobre el alcance amplio de las medidas habilitadas, habida cuenta que un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (art. 61 TCE) al objeto de garantizar la libre circulación de personas (Título IV TCE) implica una identificación fácil de la jurisdicción competente, una indicación clara del Derecho aplicable, la existencia de sentencias rápidas y justas, y procedimientos eficaces de ejecución⁶²⁵. Estas finalidades, como indica el autor, no quedan satisfechas en materia de DIPr más que a través de leyes uniformes para todos los Estados miembros de la UE⁶²⁶, siendo por tanto este tipo de medidas las que cabrá adoptar por vía del art. 65 TCE. El efecto útil de la expresión "favorecer la compatibilidad" exigirá entender que dicha expresión significa "unificación"⁶²⁷.

A pesar de que las medidas que se pueden adoptar al amparo del art. 65 TCE pueden tomar la forma de reglamentos o de directivas (art. 249 TCE), por las especiales características de uno y otro instrumento cabe coincidir con K. Kreuzer en que la integración del DIPr en el marco de la UE deberá tener lugar, sin excepción, a través de la vía del reglamento. El reglamento garantiza la aplicabilidad inmediata de la reglamentación en toda la Comunidad y

(Unión Europea), Diario 4510, 30 de marzo de 1998, págs. 2-3. Una valoración igualmente crítica del nuevo art. 65 TCE puede verse en Ch. KOHLER: "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Rev.crit.fr.int.pr.*, 1999, págs. 15-28 y págs. 29-30.

⁶²⁵ Vid. Plan de Acción del Consejo y de la Comisión relativo a las modalidades de puesta en vigor de las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas al establecimiento de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, *JOCE*, 1999, C 19/1 (4) nº 16.

⁶²⁶ Vid. K.F. KREUZER: "La communautarisation du droit international privé -les acquis et les perspectives-", *trabajo en prensa*. En la interpretación del autor, el art. 65 TCE concreta el objetivo del art. 2,4 TUE y debe ser contemplado en el contexto del art. 14 (ex art. 7 A) párrafo 2 TCE, según el cual el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado. A la luz del art. 14 párrafo 2 TCE el término "mercado interior" no debe ser interpretado de modo estrecho en sentido de "económico", sino de modo amplio, para facilitar la libre circulación especialmente de las personas; esta interpretación, según el autor, encuentra su confirmación por el cúmulo extenso de materias enumeradas en el art. 65 TCE y en la práctica de los Estados miembros relativa al ex art. K.1 nº 6 TUE, reemplazado por el art.65 TCE, no pudiendo ser interpretada esta sustitución como una restricción al ámbito de aplicación material.

⁶²⁷ K.F. KREUZER: "La communautarisation du droit international privé -les acquis et les perspectives-", *trabajo en prensa*.

asegura la aplicabilidad de la reglamentación tal cual, pues no existe ningún plazo de transposición o de ratificación, al contrario de lo que sucede con las directivas y con los convenios internacionales. No existe tampoco riesgo de error en la transposición⁶²⁸. La uniformidad de las normas elaboradas quedaría asegurada por la actuación directa del TJCE⁶²⁹.

3. ¿Exige el mercado interior un cambio en el sistema?

Habida cuenta que la elaboración por las instancias comunitarias de normas de DIPr queda condicionada a su carácter necesario para la creación y funcionamiento del mercado interior, la pregunta clave que cabe hacer es si el sistema, en su configuración actual, puede ser considerado como compatible con el mercado interior. Pero vayamos por partes. La redacción de las directivas comunitarias relativas a la protección contractual del consumidor parece dar a entender que la seguridad jurídica, entendida como seguridad del Derecho estatal aplicable a la situación, no constituiría un objetivo del mercado interior. Para el funcionamiento correcto de este mercado bastaría con asegurar la aplicación del nivel de protección establecido por el Derecho comunitario en las situaciones conectadas con la Comunidad, siendo indiferente la aplicación del Derecho de uno u otro Estado de la Comunidad.

Sin embargo, tal y como de forma unánime se viene afirmando por la doctrina, este planteamiento resulta difícilmente asumible por varias razones. Para su exposición, resulta de utilidad volver a indicar los dos elementos básicos que configuran al sistema de DIPr vigente en la actualidad. El primer dato viene dado por la existencia de desigualdades, más o menos importantes según los casos, entre las legislaciones de los Estados miembros dictadas al objeto de dar cumplimiento a las directivas comunitarias, que pueden ser relevantes para las partes en la solución de un litigio. El segundo elemento a retener es el posible condicionamiento de la solución de un litigio respecto al hecho de que conozcan del mismo los tribunales de unos u otros Estados miembros de la Comunidad, esto es, la apertura de posibilidades para el *forum-shopping*. Como vamos a ver, esta fisonomía del sistema puede generar importantes obstáculos al funcionamiento adecuado del mercado interior. Para su mejor exposición, distinguiremos los obstáculos que el sistema genera por el lado de la oferta, y aquéllos otros

⁶²⁸ Sobre la inadecuación de las directivas y de los convenios internacionales para servir al objeto de la integración de las normas de DIPr *vid.* K.F. KREUZER: "La communautarisation du droit international privé -les acquis et les perspectives-", *trabajo en prensa*. No obstante, el autor estima viable el mecanismo de las directivas en materia de cooperación judicial internacional, ya que la reglamentación, en este caso, no se dirige, en principio, más que a las autoridades judiciales de los Estados miembros y no al público.

⁶²⁹ Es preciso advertir, no obstante, que la competencia del TJCE par conocer de cuestiones prejudiciales respecto a la interpretación del nuevo Título IV de la Parte III TCE, donde se integra el art. 65, y a la validez o interpretación de actos de instituciones comunitarias basados en ese Título, aparece formulada en términos más estrictos que los que operan con carácter general en el art. 234 (ex. art. 177 TCE). La restricción se manifiesta en particular en que tales cuestiones prejudiciales en el marco del mencionado Título IV sólo pueden proceder de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 68 TCE, que también prevé la posibilidad de que una interpretación del TJCE en lo relativo a ese Título sea solicitada por el Consejo, la Comisión o un Estado miembro (art. 68.3).

que cabe observar en el lado de la demanda.

Para los empresarios de cada país de la Comunidad que pretenden ofrecer sus productos en otros Estados miembros la inexistencia de unificación jurídica completa no es, en sí misma, óbice para la realización de esta actividad⁶³⁰. Sin embargo, por varias razones, la inexistencia de normas de conflicto uniformes que determinen el nivel de protección que corresponde a los consumidores sí que puede desincentivar la extensión a otros Estados de esa actividad comercial. La inexistencia de normas uniformes repercute sobre la falta de previsibilidad del ordenamiento que será de aplicación a las relaciones jurídicas que se establezcan, apareciendo esta previsibilidad como un factor del mayor interés para las empresas⁶³¹. La inseguridad respecto a la legislación aplicable determinará, por un lado, la imposibilidad de establecer, a priori, una contabilización completa de los costes de los productos, al resultar incierto si podrá ser de aplicación una legislación con un nivel mayor o menor de protección del consumidor. Teniendo en cuenta el carácter masivo de las relaciones de consumo, la toma en consideración adecuada de este factor es, sin embargo, absolutamente indispensable para que las empresas puedan ajustar sus costes y precios de una manera correcta, y tener éxito en el cada vez más competitivo mercado europeo. De otro modo caben dos alternativas: o bien las empresas ajustan sus costes al nivel más alto de protección, lo que comportará precios mayores y una menor capacidad competitiva, y como consecuencia, menores posibilidades de éxito; o bien acomodan sus precios al nivel de protección menor, incorporándose entonces a su actividad comercial en otros países un carácter algo aventurero.

Para los consumidores la creación del mercado interior supone no sólo la posibilidad de tener acceso en el territorio del país de su residencia habitual a productos que sean ofrecidos por empresas de otros países, sino también la apertura de nuevas oportunidades de compra en el resto de los Estados de la Comunidad y, por tanto, el acceso a los productos más competitivos que existan en otros países. En esta segunda situación, para que el consumidor pueda comparar adecuadamente los productos y los servicios ofrecidos en el país de su residencia habitual con los ofrecidos en otros países comunitarios resultará del mayor interés que sepa también las condiciones jurídicas de protección que traen consigo unos y otros productos. Para los consumidores, la incertidumbre sobre el régimen de protección no sólo hace imposible la comparación de las condiciones de compra, sino que tampoco contribuye a generar un clima de confianza en el consumidor que le lleve a aprovechar de forma plena las posibilidades de consumo en otros países que abre para ellos la creación del mercado interior. La falta de uniformidad de las normas de ley aplicable no incentiva la movilidad del consumidor en busca del producto mejor o más competitivo en el resto de los Estados de la UE, lo que genera, a la postre, un obstáculo al comercio intracomunitario y afecta a la consecución del mercado interior.

⁶³⁰ P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 424.

⁶³¹ *Vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 424.

Junto a estas razones, la existencia del mercado interior supone la apertura de las fronteras, la unificación del mercado y el aumento correlativo de las relaciones jurídicas teñidas de la extranjería especial que poseen las situaciones intracomunitarias. A medida que aumentan las relaciones jurídicas que se conectan a varios Estados de la Unión, se incrementa también la necesidad de introducir seguridad jurídica a esas relaciones, y reglas de reparto de competencias legislativas entre los Estados⁶³². Sin embargo, esa seguridad jurídica difícilmente puede ser alcanzada dejando en manos de cada Estado la solución a las cuestiones de DIPr. que suscita la regulación de las relaciones privadas intracomunitarias⁶³³, cuando basta el sometimiento de la cuestión a los tribunales de un Estado diferente para que se esfume sin más la seguridad creada por un legislador estatal. Dicha seguridad, por lo demás, difícilmente es provista por los sistemas estatales, cuya impronta fuertemente judicial e interpretativa, como hemos visto en las páginas anteriores, afecta de forma grave a las exigencias de seguridad jurídica que ha de cumplir un ordenamiento.

Por otra parte, la diversidad de regímenes jurídicos como consecuencia de la pluralidad de foros competentes generará costes de asesoría y de información jurídica como consecuencia de la apertura de posibilidades para el *forum-shopping*, tanto para las empresas como para los particulares. La generación de costes de este tipo como consecuencia de la falta de unificación de las normas de ley aplicable permite valorar de forma muy crítica la operatividad del principio de subsidiariedad para rechazar el establecimiento de esas normas por parte del legislador comunitario. En defecto de esas normas, y de posibilidades para introducir ese cuerpo de reglas en el Derecho comunitario, sería imaginable que los Estados miembros de la Comunidad vieran la necesidad de elaborar un convenio internacional que unificara esas normas, al objeto de paliar las deficiencias del sistema actual.

En atención a todos estos problemas que suscita el sistema en su configuración actual, y a las exigencias de previsibilidad del Derecho aplicable que conlleva el concepto de mercado interior, es preciso compeler al legislador comunitario para elaborar un cuerpo de reglas de ley aplicable para la regulación de las situaciones intracomunitarias de consumo⁶³⁴. Esta solución tampoco puede ser considerada como la panacea para todos los problemas, pues los caracteres propios de las normas de conflicto y las dificultades inherentes a su aplicación menoscaban la aptitud de las mismas como instrumento de integración jurídica. Como indica P.A. de Miguel Asensio, la formulación general y flexible de estas reglas facilita interpretaciones dispares en los tribunales de cada uno de los Estados e igualmente las divergencias existentes respecto de la aplicación judicial del Derecho extranjero dificultan un tratamiento unitario de

⁶³² P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES: "Un droit international privé européen?", *Le droit privé européen*, op. cit., pág. 137.

⁶³³ Vid. J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 18.

⁶³⁴ Vid. K.F. KREUZER: "Die Europäisierung...", *cit.*, págs. 383-385. También vid. M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit.*, pág. 168. Como indica la autora, a la vista de las complejas relaciones entre el DIPr. convencional y el DIPr. institucional o derivado, sería conveniente la formulación de un DIPr. *ad hoc* para las relaciones intracomunitarias en materias sujetas al proceso de integración.

situaciones idénticas en países distintos, ante la tendencia favorable a la aplicación de la ley del foro⁶³⁵. No obstante, la existencia de un grado notable de semejanza entre los diversos ordenamientos materiales que coexisten en el espacio comunitario, así como la coincidencia en ese espacio acerca de los criterios básicos en el diseño de las reglas sobre ley aplicable facilitan el funcionamiento de la técnica conflictual y reducen las deficiencias asociadas a la internacionalización de las soluciones localizadoras⁶³⁶. En caso de dudas en la interpretación de las normas uniformes, sería posible hacer recurso al método de las cuestiones prejudiciales ante el TJCE, que podría ir generando un cuerpo de jurisprudencia en torno a la aplicabilidad de esas normas de conflicto.

4. Solución de *lege ferenda*

Las deficiencias a que hemos aludido más arriba parece que han sido advertidas en la Unión Europea. En concreto, el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre cómo mejorar la transposición de las disposiciones del Tratado de Amsterdam en el área de la libertad, la seguridad y la justicia⁶³⁷ se indica que una de las acciones que deberán emprenderse en el plazo de dos años será "c) comenzar la revisión, cuando sea necesario, de ciertas disposiciones del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, teniendo especialmente en cuenta las disposiciones especiales sobre conflictos de leyes contenidas en otros instrumentos comunitarios". A nuestro modo de ver, sería más que deseable incorporar la regulación específica de la protección de los consumidores al propio CR, mediante la oportuna revisión⁶³⁸. Ésta, de llegar a tener lugar, debería tomar en consideración los siguientes parámetros.

En primer lugar, el *sistema habría de ser unificado*, lo que conlleva una primera repercusión sobre la selección de la técnica normativa a utilizar por el legislador comunitario. Este rasgo supone cuestionar el papel de las directivas y lleva a promover la vía del reglamento, por ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable. Del mismo modo que ha sucedido con el Convenio de Bruselas, la codificación del sistema podría imponer la conversión del convenio de Roma en Reglamento Comunitario. *El sistema tendría que ser, por necesidad, de carácter bilateral o multilateral*, determinando qué Estado miembro es el que debe regular un determinado contrato de consumo, sin que bastara la afirmación del carácter imperativo del Derecho comunitario. El sistema bilateral debería ser formulado en términos cerrados, tendencialmente con carácter absoluto. En efecto, el sistema perdería funcionalidad si, en los sectores armonizados, los Estados pudieran dar aplicación a normas del foro de protección de los consumidores en supuestos distintos de los señalados por las normas bilaterales uniformes, que derogasen la competencia de la *lex contractus*. Estas afirmaciones deben entenderse en

⁶³⁵ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 425.

⁶³⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, págs. 425-426.

⁶³⁷ Texto adoptado por el Consejo el 3 de Diciembre de 1998. DO 1999 C 19, págs. 1 y ss.

⁶³⁸ Esta idea ha sido señalada por Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *cit.*, pág. 326.

el sentido de que las normas bilaterales ya incorporarán adecuadamente las restricciones que se estiman legítimas a las libertades de circulación y, por tanto, a la competencia general que corresponde a la ley del Estado de origen, principalmente pensando en la protección del consumidor. La aplicación de normas imperativas distintas de las previstas por la norma bilateral deberá ser descartada, al menos en un plano general, pues para su aplicación habría que invocar y valorar, en el caso concreto, la posibilidad de identificar en la medida estatal una exigencia imperativa relacionada con la protección de los consumidores, a la vez que habría que considerar su adecuación objetiva en relación con el logro de la finalidad perseguida y su proporcionalidad⁶³⁹.

Por otra parte, sería preciso establecer una coordinación perfecta con las directivas comunitarias, sobre todo en relación con el concepto de consumidor, que es definido de formas distintas en cada directiva. Para la elaboración de este sistema sería preciso tener en cuenta el modo en que quedan definidas las *situaciones vinculadas con el mercado interior*. Como dijimos con anterioridad, este referente queda diseñado a la vista de los objetivos de la Comunidad, por el hecho de dirigir las actividades de la empresa hacia países miembros de la Comunidad, definición que, a la vista de la particularidad de un sector, podría ser modulada. Una definición flexible del referente comunitario daría un juego deseable a la valoración judicial. En presencia de una situación conectada con el mercado interior, *la aplicación del Derecho comunitario deberá venir asegurada tanto en los casos en que es una designación de ley aplicable la que conduce a la aplicación del Derecho de un tercer país, como cuando la localización del contrato en ese país tiene lugar de forma objetiva*. Por otra parte, dado que el art. 5 CR no puede ser asumido en bloque en las relaciones intracomunitarias, tanto por exceso como por defecto, parecería adecuado prescindir de esta disposición y elaborar las situaciones específicas de protección del consumidor en el mercado interior teniendo en cuenta las variables propiamente comunitarias, dejando para las relaciones extracomunitarias que siga funcionando regularmente el art. 5 CR. Puestos a establecer una regulación al margen del CR, cabría quizás excluir el juego de la cláusula de los vínculos más estrechos y establecer una presunción reforzada favorable a la aplicación de la ley del Estado de origen. Alternativamente, se podría hacer recurso al art. 4 CR, introduciendo en la interpretación de este precepto una modulación comunitaria, que refuerce la presunción del art. 4.2 CR cuando lleve a la aplicación de la ley del Estado de origen.

La primera conexión a tener en cuenta deberá ser la autonomía conflictual, que dará la posibilidad de someter el contrato a la ley del país de origen del prestador de servicios o del vendedor. No obstante, por exigencias imperativas relacionadas con la protección del consumidor, será preciso que dicha elección no prive al consumidor de la protección establecida por la ley del país en que éste se encuentre cuando contacte con el cocontratante y sobre el cual se haya extendido la actividad comercial de éste. Habida cuenta de la posición negociadora débil que tiene el consumidor a la hora de contratar, y la apariencia que se genera en él en relación con la aplicación de la ley del país donde se encuentra el consumidor cuando recibe pasivamente esa actividad comercial, es factible entender que el Derecho comunitario

⁶³⁹ Sobre estas valoraciones, *vid. supra*.

prestará amparo a este objetivo de protección. La aplicación de este Derecho, que se justifica con base en la apariencia generada, deberá tener lugar tanto en los supuestos en que el contrato es celebrado en ese país como en aquéllos en que el contrato se celebra finalmente en otro país, a donde se ha trasladado el consumidor por iniciativa del cocontratante, una vez que el contacto primero entre ambos tuvo lugar en el país donde se encontraba el consumidor. Cabe aquí dudar únicamente sobre el modo en que habría de tener lugar esa actividad, bien sólo a través de publicidad en los medios de comunicación de masas, o bien a través de una publicidad especialmente dirigida, o de una oferta de contrato también especialmente dirigida, o de la existencia de una agencia en el país, o de la posibilidad de acceder a la página web de una determinada empresa desde el país donde se encuentre el consumidor. Probablemente no en todos estos casos se generará en el consumidor la misma apariencia en torno a la aplicación de la ley del país de su residencia habitual. Por estas razones, cabría conceder cierto espacio en este ámbito para la valoración judicial. Cuando no existe actividad comercial del cocontratante sobre el país de la residencia habitual del consumidor, o si esa actividad no puede ser considerada como relevante a efectos de generar la apariencia descrita, no existirá entonces motivo para proteger al consumidor, siendo de aplicación la ley designada por las partes.

En defecto de elección de ley, parece muy conveniente que el contrato de consumo quede regulado por la ley del país donde tiene su sede el prestador característico. No creemos que sería necesario en este caso realizar una modificación respecto a lo dispuesto por el art. 4 CR. Las correcciones, no obstante, deberían venir por vía interpretativa, lo que resulta facilitado a la vista del carácter flexible de la regla de los vínculos más estrechos. Por razones de protección del consumidor, cabría igualmente establecer objetivamente la aplicación del Derecho del Estado donde se encuentra el consumidor en el momento en que recibe de forma pasiva la actividad comercial del cocontratante. En estos casos, al igual que hemos visto en relación con la designación de ley aplicable, se genera una apariencia en el consumidor sobre la aplicación de la ley de ese país. En caso contrario, será de aplicación para determinar la ley aplicable el art. 4 CR. La ley del prestador característico no solamente resulta previsible para las partes, sino que consigue una imputación eficiente de los costes de información jurídicos que genera el carácter internacional del contrato. Como se habrá observado, deliberadamente hemos prescindido de la conexión de la residencia habitual del consumidor y la hemos sustituido por la ley del país donde se encuentra el consumidor y sobre el cual se haya extendido la actividad comercial del cocontratante. La movilidad geográfica de los consumidores dentro de la UE determinará muchos supuestos en que éstos reciban ofertas y publicidad en países distintos de aquél donde tengan su residencia habitual procedentes de empresas de otros países. En estas situaciones, sin embargo, parece razonable extender la protección que proporcione la ley de ese país al consumidor que se encuentre en el mismo. La norma, por otra parte, presta debida cobertura, en su caso, a los contratos de consumo que, celebrados en el mercado interior, sin embargo el consumidor no tenga residencia habitual en un país de la Comunidad. A la vista de estas consideraciones, cabría proponer, de *lege ferenda*, el siguiente sistema de DIPr comunitario de consumidores en el ámbito contractual.

"1. Ámbito de aplicación. En los contratos celebrados por los consumidores, en el sentido definido por cada uno de los diferentes Actos del Derecho Institucional, las normas del CR

quedarán sustituidas por las que dispone esta sección cuando el contrato presente una vinculación con el mercado interior.

2. *Autonomía conflictual.* El contrato se regirá por la ley elegida del Estado miembro de la UE/EEE elegida por las partes. No obstante, esta designación no podrá privar al consumidor de la protección garantizada por la ley del Estado miembro de la UE/EEE donde se encontraba el consumidor en el momento en que tuvo lugar el primer contacto con el cocontratante cuando sobre el territorio de este Estado se haya extendido la actividad del cocontratante encaminada a proponer la celebración de contratos iguales o similares al celebrado.

3. *Localización objetiva.*

a) *En defecto de elección, para la determinación de la ley aplicable se estará a lo dispuesto por el art. 4 CR, siempre que dicho precepto determine la aplicación de la ley de un Estado miembro de la UE/EEE.*

b) *Cuando el apartado a) no determine la aplicación de la ley de un Estado miembro de la UE/EEE, el contrato se regirá por la ley del Estado miembro donde se encontraba el consumidor en el momento en que tuvo lugar el primer contacto con el cocontratante.*

c) *No obstante, el contrato se regirá por la ley del Estado miembro de la UE/EEE donde se encontraba el consumidor en el momento en que tuvo lugar el primer contacto con el cocontratante cuando sobre el territorio de este Estado se haya extendido la actividad del cocontratante encaminada a proponer la celebración de contratos iguales o similares al celebrado.*

5. Soluciones de *lege lata*

En defecto de normas uniformes, corresponde a los sistemas estatales dar satisfacción a los objetivos de DIPr perseguidos por las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor. La transposición de las directivas debería, al mismo tiempo, procurar la aplicación del Derecho comunitario en todas las soluciones conectadas con el mercado interior y, por otra parte, no ir más allá del mandato establecido por las normas de las directivas. Los sistemas estatales no sólo deberían garantizar la aplicación del Derecho estatal, sino una distribución de competencias legislativas entre los Estados de la Comunidad de modo que en ningún caso se produzcan lagunas. Sin embargo, cada legislador debería optar por un concreto sistema a la vista de las ventajas e inconvenientes que conlleva para dar adecuado cumplimiento a los objetivos perseguidos por el legislador comunitario.

El peor de los sistemas, a nuestro modo de ver, es el que consiste en el establecimiento de normas unilaterales con un alcance razonable, dirigidas a establecer sólo el ámbito de aplicación de la ley estatal dictada al objeto de la transposición. Estas normas no sólo tienen el inconveniente de que generan lagunas de regulación, que en principio quedan cubiertas mediante el respeto al ámbito de aplicación establecido por el propio Derecho extranjero, sino que también generan grandes problemas de conflictos positivos y conflictos negativos. Para su resolución, sería preciso exigir la existencia de un vínculo estrecho, que habría de ser valorado desde el propio foro. Este tipo de normas precisa, por decirlo así, una carga añadida en la administración judicial del sistema.

Un segundo modelo, que genera menos inconvenientes, es el que supone el

establecimiento de normas de conflicto unilaterales con alcance a todas las situaciones conectadas con el mercado interior. En la medida en que las normas de competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo tengan un ámbito de aplicación suficientemente amplio, a través de estas normas cabrá procurar la aplicación de la ley del país del domicilio del consumidor, quedando resueltos, de forma satisfactoria, muchos de los problemas que generan las situaciones internacionales de consumo. En esas mismas situaciones en que la competencia judicial internacional corresponde a los jueces del foro, por las mismas razones tendrá buen título de aplicación la ley de ese país. El sistema, sin embargo, no proporciona resultados adecuados cuando el consumidor no puede ser considerado como pasivo, o no queda comprendido en los supuestos a que son de aplicación los foros de protección. Pues en estas situaciones la aplicación de la ley del foro no tendría un buen título de aplicación, incluso cuando los jueces del foro fuesen competentes por razón de los foros generales en materia contractual, o por el foro del domicilio del demandado. Igualmente, este sistema abre la puerta a las situaciones de *forum shopping*.

En defecto de soluciones uniformes, el sistema preferible para la transposición de las directivas comunitarias sería el consistente en la elaboración de normas de conflicto de carácter bilateral. Este procedimiento se justifica por varias razones. En primer lugar, el sistema no genera lagunas de regulación, y todas las situaciones vinculadas con el mercado interior quedan sometidas al Derecho de un país de la Comunidad. En segundo lugar, es congruente con un tratamiento uniforme de los factores de conexión y, por tanto, con el principio de justicia que debe servir de guía para la labor del legislador estatal. Cuando el legislador comunitario únicamente ha establecido la finalidad de asegurar la aplicación del Derecho comunitario frente a la legislación de terceros países, cabe pensar que este objetivo se cumple si el legislador de cada Estado distribuye, de forma simétrica entre los Estados miembros, la competencia legislativa para regular todos los supuestos vinculados con el mercado interior, empleando para esta distribución un criterio de conexión fundado en el principio de proximidad.

En tercer lugar, si las soluciones uniformes que faltan en el Derecho comunitario tendrían por efecto realizar una distribución de competencia legislativa entre los Estados miembros, en defecto de ellas cada Estado deberá realizar dicha distribución con arreglo a su particular idea de la justicia. En este sentido, se ha señalado que no resulta razonable fundar la aplicación del Derecho extranjero sólo y exclusivamente en su voluntad de aplicación⁶⁴⁰. En cuarto lugar, la definición unilateral del ámbito de aplicación de las normas del foro no es congruente con la idea de un reparto de responsabilidades reguladoras entre los Estados miembros de la Comunidad. La regulación francesa dictada para la transposición de la Directiva comunitaria relativa al timesharing nos parece el ejemplo a seguir por el resto de los legisladores. En estas normas bilaterales cabría incluso reintroducir el componente tuitivo, formulando una norma que tuviera en cuenta, de forma más apropiada que el art. 5 CR, las exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores.

⁶⁴⁰ M. SCHUBERT: "International verträge...", *cit.*, pág. 743.

Frente a la utilización del método de remisión, cabría oponer que las legislaciones de los Estados miembros no serían entre sí intercambiables, porque cada una de estas legislaciones tendría una finalidad, directamente incardinada con su ámbito de aplicación. Sin embargo, este planteamiento resulta difícil de asumir en el ámbito de la UE, y más especialmente mal con la regla de reconocimiento mutuo así como con la existencia de garantías equivalentes en los Estados miembros de la Comunidad. Con anterioridad hemos dejado claro que las excepciones a la aplicación de la ley de un Estado miembro que haya sido elegida por las partes sólo podrán admitirse con carácter restrictivo, y siempre que cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE. El funcionamiento del sistema bilateral no impediría que, llegado el caso, cupiera ofrecer aplicación a las normas de un país distinto que reclamaran aplicación en el caso, siempre que dicha aplicación pueda ser justificada en exigencias imperativas relacionadas con la protección de los consumidores. La vía para la aplicación de estas normas sería la habilitada por el art. 7 CR.

En su funcionamiento, creemos que el objetivo del Derecho comunitario exige que deba ser rechazado el reenvío así como la consideración del ámbito de aplicación del Derecho hallado, teniendo en cuenta que aquí de lo que se trata es de resolver un problema privado internacional, y no de asegurar la imperatividad del Derecho extranjero.

La norma bilateral, adaptada a las necesidades de cada Directiva, podría tener el siguiente contenido:

1. Cuando el contrato tenga un vínculo estrecho con el mercado interior, la designación de la ley de un Estado no miembro de la UE/EEE como aplicable al contrato no podrá privar al consumidor, en relación con la regulación de las cláusulas abusivas, de la protección que le garantice:

a. la ley del Estado miembro de la Comunidad determinada en conformidad con el art. 4 CR, cuando no se den las circunstancias del apartado b.

b. la ley del Estado miembro de la UE/EEE donde se encontraba el consumidor en el momento en que tuvo lugar el primer contacto con el cocontratante cuando sobre el territorio de este Estado se haya extendido la actividad del cocontratante encaminada a proponer la celebración de contratos iguales o similares al celebrado.

2. Cuando la aplicación del apartado a. del párrafo anterior no determine la aplicación de ley de un Estado miembro de la UE/EEE, para la comparación se tendrá en cuenta la ley del Estado miembro donde se encontraba el consumidor en el momento en que tuvo lugar el primer contacto con el cocontratante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AAVV: "Conclusion du Groupe européen de droit international privé sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, présentée par la Commission le 23 août 1996", *IPRax*, 1998, pág. 139.

R. ALONSO GARCÍA: *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

J. ALFARO AGUILA-REAL: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *RDP*, 1995, págs. 768-797.

M.P. ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, J.A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

R. ARENAS GARCÍA: "Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del convenio de Bruselas de 1968", *REDI*, vol. XLVIII, 1996, págs. 37-69.

R. BALASSA: *The Theory of Economic Integration*, Londres, Allen Unwin, 1965.

J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht", en A.K. SCHNYDER, H. HEISS y B. RUDISH: *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facilides*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, págs. 11-34.

- "Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis*", *RabelsZ*, 59, 1995, págs. 1-55.

- "Wirtschaftskollisionsrecht -Theoretischer Versuch über ordnungspolitischen Normen des Forumstaates", *RabelsZ*, vol. 52, 1988, págs. 8-40.

- "Europäisches internationales Privatrecht", *NJW*, 1996, págs. 1921-1929.

A.J. BAUMERT: "Die Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 der AGB-Richtlinie im System des europäischen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes", *Europäisches Wirtschaft & Steuerrecht*, 1995, 3, págs. 57-69.

A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 100-140.

- "La protección jurídica del inversor en valores mobiliarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 303 y ss.

N. BERNARD: "The future of European Economic Law in the Light of the principle of subsidiarity", *CMLR*, vol. 33, 1996, págs. 633-666.

- A. BOIXAREU CARRERA: "El principio de subsidiariedad", *RIE*, 1994-3, págs. 771-808.
- A. BONOMI: *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge aplicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zúrich, Schulthess polygraphischer Verlag, 1998.
- E. BRÖDERMAN y H. IVERSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht*, Tübinga, J.C.B. Mohr, 1994.
- L.M^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1998, págs. 37-38.
- J. CALAIS-AULOY: "Un Code européen de la consommation?" en F. OSMAN (dir.): *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 1998, págs. 399-414.
- A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1997.
- L. CANNADA BARTOLI: "Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori", *Riv.dir.int.*, 1995, págs. 324-344.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en A.L. CALVO CARAVACA y otros: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998.
- S. CAMARA LAPUENTE: "Hacia un Código Civil Europeo: ¿realidad o quimera?", *La Ley*, Diario de 5 de marzo de 1999, págs. 1-6.
- L.F. CARRILLO POZO: "Comentario al art. 13", A.L. Calvo Caravaca (editor), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, págs. 273-274.
- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *"The Principles of European Contract Law, (Part I: Performance, Non-performance and Remedies"*, Dordrecht, 1995.
- M.P. CREMADES: "La política de protección de los consumidores; sus fundamentos y las perspectivas que se derivan del Libro Blanco y del Acta Unica", *Noticias CEE*, 1989, núm. 51, págs. 45 y ss.
- A. CUARTERO RUBIO: "Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual", *REDI*, 1995, págs. 81-118.
- F. DE CASTRO: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, 1982, t-XXXV, fasc. IV (oct-dic), págs. 987-1085.

N. DOWNES: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998.

- "El proceso de transposición de la Directiva 94/47/CE sobre Derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y sus resultados prácticos", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, en prensa.

M. DREHER: "Der Verbraucher - Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts?", *JZ*, 4, 1997, págs. 167-178.

W. DRASCH: *Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut*, Baden-Baden, Nomos, 1997, págs. 244-254.

U. EHRICKE: "Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts", *RabelsZ*, 1995, págs. 609-644.

J.M. ESPINAR VICENTE: *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997.

C.A. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO: "Las Comunidades europeas y la protección de los consumidores", *RGD*, núm 586-587, 1993, julio-agosto, págs. 6761-6785.

C.A. ESPLUGUES MOTA: "Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *Comunidad Europea Aranzadi*, 1993, n. 12, págs. 31-36.

F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho internacional privado", *RDP*, 1996, págs. 815-848.

G. ESTEBAN DE LA ROSA: "Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español", *RGD*, abril 2000, en prensa.

W. FABER: "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinie, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht", *ZEuP*, 1998, págs. 854-892.

M. FALLON: "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intègre. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours*, t. 253, 1995, págs. 9-282.

R. FERNANDEZ MARTIN: "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario: evolución y alcance", *RIE*, 1994, págs. 894 y ss.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *RIE*, 1990, págs. 785-824.

J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edic, Madrid, Civitas, 1996.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999.

V. FUENTES CAMACHO: *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1999.

L. FUMAGALLI: "Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1994, págs. 33-52.

M. GARDEÑES SANTIAGO: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999.

H. GAUDEMET-TALLON: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, París, LGDJ, 1993.

R. GEIMER y R.A. SCHÜTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentaar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen*, Múnich, Beck, 1997.

M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, 11 de diciembre de 1992, C 327.

J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "Efforts Concertés d'Unification et Coexistence des Régles de Droit International Privé dans les Système Étatique", en A. Borrás et Al. (eds) *E Pluribus Unum*, Dordrecht, 1996, págs. 114 y ss.

L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de términos y expresiones fácilmente comprensibles", *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 5, págs. 39-43.

L. GONZÁLEZ VAQUE: "La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springheide*", *DN*, Abril 1999, págs. 1-15.

I. GUARDANS CAMBÓ: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la Segunda Directiva Bancaria", *RDCE*, 3, 1998, págs. 137-170.

- "El Acta Única Europea, la creación del mercado interior y la protección de los consumidores:

algunos problemas fundamentales", *RLL*, 1988, suplemento 33, de 31-3-1988, págs. 3 y ss.

H. HEISS: "Europäisches Vertragsrecht: in statu nascendi?", *ZfRV*, 1995, págs. 54-60.

E. VON HIPPEL: "Verbraucherschutz in Europa", *RabelsZ*, 1981, págs. 353-376.

B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *ZfRV*, vol. 36, 1995, págs. 45-54.

L. IDOT: "Le domaine spatial du droit communautaire des affaires", *Trav.com.fr.dr.int.pr.*, 1991-1992, 1992-1993, París, Pedone, 1994, págs. 145-177.

G. ISAAC: "La acción de la Comunidad Europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor", *RIE*, 1979, número 3, págs. 819 y ss.

E. JAYME: "Europäisches Kollisionsrecht: Grundlagen - Grundfragen", en P. Ch. Müller Graff (Hrg) *Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, págs. 1-18.

- "Europäische Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken", en Hommelhoff/Jayme/Mangold (Hrsg.), *Europäischer Binnenmarkt, IPR und Rechtsangleichung*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, págs. 35-49.

E. JAYME y Ch. KOHLER: "Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien", *IPRax*, 1993, págs. 357-371.

- "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, págs. 1-40.

D. JIMÉNEZ BELTRÁN: "La seguridad de los consumidores. Hacia una política de igualdad comunitaria, acompañada al logro y mantenimiento del mercado Interior", *Noticias CEE*, 1989, núm 63, págs. 74 y ss.

- "Las políticas ambiental y de consumidores en las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, 1990, número 69, págs. 37 y ss.

A. JUNKER: "Vom Citoyen zum Consommateur - Entwicklungen des internationalen Verbraucherschutzrechts", *IPRax*, 1998, págs. 65-74.

R. KOVAR: "Compétences des Communautés", *Jurisclasseur Europe*, fasc. 420, págs. 5 y ss.

- "L'incidence du principe communautaire de la reconnaissance mutuelle sur l'efficacité internationale des décisions nationales", *Securité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté Européenne*, Bruselas, Story-Scientia, 1990, págs. 35-44.

Ch. KOHLER: "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le

traité d'Amsterdam", *Rev.crit.fr.int.pr.*, 1999, págs. 1-30.

S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *ZfRV*, 1998, págs. 124 y ss.

K.F. KREUZER: "Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrecht", en P.C- MÜLLER-GRAFF (Hrgs.), *Gemeinsames Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1993, págs. 373-447.

- "La communautarisation du droit international privé -les acquis et les perspectives-", *trabajo en prensa*.

- "Lex communis europea de colisione legum: Utopie ou nécessité?", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, págs. 225-246,

J. KROPHOLLER: *Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 6ª edic, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998.

- *Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1975.

P. LAGARDE: "Les principes de droit international privé hier, aujourd'hui et demain", *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, 1994, págs. 17-33.

O. LANDO: "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *CMLR*, 24, 1987, págs. 159-214.

A. LARA AGUADO: *La contratación de valores negociables en Derecho internacional privado*. Granada, Inédito, 1999.

S. LEIBLE: "KfZ-Parallelimporte un deutsches Irreführungsverbot", *WRP*, 1997, págs. 517 y ss.

J. LETE ACHIRICA: "La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español", *AC*, 1999, 42, págs. 1365-1385.

- "La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario", *AC*, nº 9, 2 al 8 de marzo de 1998, págs. 183-201.

P. LIMMER: "Zwingende Bestimmungen", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, págs. 347-476.

M. LOPEZ ESCUDERO: *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 1991.

E. LORENZ: "Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen", *RIW*, 33, 1987, págs. 569-584.

J.V. LOUIS: "Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté Européenne et ses Etats membres", *RIE/JEI*, 1979, págs. 355-373.

M.J. LUNAS DÍAZ: "El efecto directo horizontal de las Directivas y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario en un supuesto de crédito al consumo", *La Ley (Unión Europea)*, nº 4222, de 5 de febrero de 1997, págs. 1-4.

- "La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial", *DN*, Diciembre 1998, págs. 1-14.

- "El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado", *RDCE*, 1998, págs. 473-499.

- "Consideration on Standard Contract Terms in Spanish and European Union Banking Consumer Activity", *The Journal of Banking Regulation*, en prensa.

A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª edic, Madrid, Mc Graw Hill, 1999

A. MARÍN LÓPEZ: "La protección del consumidor en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, 150, 1997, págs. 67-79.

P. MANKOWSKI: "Strukturfragen des internationalen Verbrauchvertragsrechts", *RIW*, 1993, págs. 453-462

C. MARTINEZ DE AGUIRRE: *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, 1990.

- "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *ADC*, 1994, págs. 31-89.

D. MARTINY: "Bestimmung des Vertragstatuts", en Ch. REITHMANN y D. MARTINY (Hrg): *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 5ª edición, Colonia, Otto Schmidt, 1996, págs. 601-759.

- "Europäisches Internationales Vertragsrecht - Erosion der Römischen Konvention?", *ZEuP*, 1997, págs. 107-129.

- "Europäisches Internationales Vertragsrecht - Ausbau und Konsolidierung", *ZEuP*, 1999, págs. 246-270.

D. MEDICUS: "Wer ist ein Verbraucher", *Wege zum japanischen Recht - Fest. Kitagawa*, 1992, págs. 471-486.

E. MÉNDEZ PINEDO: *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.

H.W. MICKLITZ y S. WEATHERILL: "Consumer Policy in the European Community: Before and After Maastricht", *JCP*, 1993, 16, págs. 285-321.

H.W. MICKLITZ: "Perspektiven eines europäischen Privatrechts - ius commune praeter legem?", *ZEuP*, 1998, págs. 253-276.

H.W. MICKLITZ y F. BRUNETTA D'USSEAUX: "Die Umsetzung der Richtlinie 93/13 in das italienische Recht", *ZEuP*, 1998, págs. 104-117.

P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *RDCE*, 2, 1997, págs. 413-445.

- "El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado", *La Ley (Unión Europea)*, Diario 4510, 30 de marzo de 1998, págs. 1-3.

- *Derecho privado de internet*, Madrid, Civitas, 2000.

L. MILLÁN MORO: "La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente" *RIE*, 1991, págs. 845 y ss.

M.J. MORILLAS JARILLO: "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", *AC*, 1994-III, págs. 571-599.

E. NAVARRO CONTRERAS: *La ley aplicable al contrato de seguro en el Derecho internacional privado*, tesis doctoral, inédita, Madrid, 1999.

R. PARDO LEAL: "Nuevas disposiciones comunitarias relativas al etiquetado alimentario: ¿El principio del reconocimiento mutuo en peligro?", *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 8-9/97, pág. 39.

C. PAZ-ARES: "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *RDM*, 1985, págs. 7-40.

J.I. PEINADO GRACIA: "El pretendido Derecho de los consumidores y el sistema", *RDM*, 1997, núm. 224, págs. 797-855.

P. PICONE: "L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale", *Il Fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padua, Cedam, 1989, págs. 81-206.

A. PINTO MONTEIRO: "El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *RDM*, 1996, 219, págs. 79-115.

H. PIPER: "Zu den Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf das deutsche Recht gegen den unlauteren Wettbewerb", *WRP*, 1992, págs. 685 y ss.

L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *L'européanisation du droit international privé*, edite par Paul Lagarde et Bernd von Hoffmann, 1996, págs. 87-103.

- "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1993, págs. 401-424.

T. RAUSCHER: "Prozessualer Verbraucherschutz im EuGVÜ", *IPRax*, 1995, págs. 291 y ss.

N. REICH: *Mercado y Derecho*, Traducción de Font, Barcelona, Ariel, 1985.

- "Competition between Legal Orders - A New Paradigm in EC Law?", *CMLR*, 29, 1992, págs. 861-896.

- *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, Baden-Baden, 1993.

- "Binnenmarkt als Rechtsbegriff", *EuZW*, Heft 7, 1991, págs. 203-211.

- "Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt", *RabelsZ*, 1992, págs. 444-520.

- *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäische Union*, Bonn, Friedrich-Wilhelms Universität, 1995.

- "EG-Richtlinien und internationales Privatrecht", *L'européanisation du droit international privé*, edité par Paul Lagarde et B. von Hoffmann, 1996, págs. 109-126.

- "Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz im Vertrag von Amsterdam", *VuR*, 1999, págs 5 y ss.

M. REQUEJO ISIDRO: *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998.

J. RODRÍGUEZ ARANA: "Sobre el principio de subsidiariedad", *Noticias de la Unión Europea*, nº 110, 1994, págs. 11-39.

A. RODRÍGUEZ BENOT: "Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el convenio de Bruselas de 1968", *La Ley*, Diario 4437 de 12 de diciembre de 1997.

W.H. ROTH: "Angleichung des IPR durch sekundäres Gemeinschaftsrecht", *IPrax*, 1994, 3, págs. 165-174.

- "Zum Verhältnis von Art. 7 Abs 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention", en A.K. SCHNYDER, H. HEISS y B. RUDISH: *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facilides*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1995, págs. 35-54.

- "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das IPR", *RabelsZ* 55, 1991, págs. 623-673.

B. ROTH y G. SCHULZE: "Verbraucherschutz im Electronic Commerce", *RIW*, 1999, págs. 924-933.

D. RUBIO GARCÍA: "La acción comunitaria en favor de los consumidores europeos", *REE*, nº 13, 1996, págs. 45-55.

Ch. RÜHL: "§ 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschutzrechts", *RIW*, 1999, 5, págs. 321-326.

G. SACERDOTI: "Il coordinamento della convenzione di Roma con altre convenzioni e con il diritto comunitario", en G. Sacerdoti y M. Frigo: *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milán, Giuffré, págs. 77-90.

R. SACK: "Die Kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschen Recht", *GRUR/Int.* 1988, págs. 320 y ss.

D. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA: "La política de consumo de la Comunidad Europea", *REE*, núm. 1, mayo-agosto 1992, págs. 23-43.

S. SÁNCHEZ LORENZO: "La venta de mercancías con pago aplazado y cláusula de reserva de dominio en el Derecho comunitario", *RCEA*, 1986, págs. 112-114.

- *Garantías reales en el comercio internacional. Reserva de dominio, venta en garantía y leasing*, Madrid, Civitas, 1993.

- "Alcance de la reforma del Art. 4.5º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos", *Revista Jurídica de Asturias*, 1991, págs. 1-10.

J.G. SAUVEPLANE: "Consumer Protection in Private International Law", *NILR*, 1985, págs. 100-122.

P. SCHLOSSER: "Informe sobre el convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de

Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al protocolo relativo a su interpretación por el tribunal de justicia, firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978", *DO*, C 189, de 27 de julio de 1990, págs. 225-226.

M. SCHMIDT: "Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden", *RabelsZ*, vol. 59, 1995, págs. 569-597.

M. SCHUBERT: "Internationale Verträge und Eingriffsrecht - Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrecht", *RIW*, 33, 1987, págs. 729-746.

A.J. SERRA MALLOL: "Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995 de 23 de marzo): un examen de su regulación", *RGD*, 1995, junio, págs. 6337-6363.

D. STAUDENMAYER: "Europäisches Verbraucherschutzrecht nach Amsterdam - Stand und Perspektiven", *RIW*, 1999, 10, págs. 733-738.

A. STAUDINGER: "Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz", *IPRax*, 1999, 6, págs. 414-420.

G. STROZZI: "Il principio de sussidiarità nel Trattato di Maastricht", *Riv.dir.int.*, 1992-2, págs. 376-381.

B. THIERRY BOURGOIGNIE: *Elementos para una Teoría del Derecho del Consumo*, Vitoria, ed. Gobierno Vasco, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994.

A.G. TOTH: "The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty", *CMLR*, 1992, págs. 1079-1105.

P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES: "Un droit international privé européen?", *Le droit privé européen*, París, Económica, págs. 136-147.

A. DEL VALLE GÁLVEZ y T. FAJARDO DEL CASTILLO: "La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997", *RDCE*, 1999, págs. 109-128.

B. VILÀ COSTA: "Comentario al art. 3 LCGC", en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 37-46.

B. VILÀ COSTA y M. GARDEÑES SANTIAGO: "Comentario a la Disposición Adicional Primera, número 28 LGDCU" en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 447-450.

- "Comentario al art. 10 bis 3 LGDCU", en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ

(Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 296-303.

M. VIRGÓS SORIANO: "El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho comunitario Europeo*, tomo I, Dirigido por E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado, Madrid, Civitas, 1986, pág. 753-825.

- *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal. Un análisis del artículo 4 de la Ley española de competencia desleal de 1991*, Madrid, Civitas, 1993.

- "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, págs. 143-207.

- "Art. 10 apartado 5", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, t. I, vol. 2, págs. 609-693.

F. VISCHER: "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Rec. des Cours*, t. 142, 1974-II, págs. 1-70.

E. ZABALO ESCUDERO: "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor contratante en Derecho internacional privado", *REDI*, 1985, págs. 109-133.