

Pre-print: La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa,  
Madrid, Dykinson, 2003, pp. 179-204.

**LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE DERECHO  
PRIVADO A LAS SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS**

**(Dr. Fernando Esteban de la Rosa)**

**13 de febrero de 2002**

**SUMARIO: 1. Introducción; 2. Insuficiencias que presenta el sistema de ley aplicable del convenio de Roma respecto de las necesidades del correcto funcionamiento del mercado interior europeo; 3. Interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional de contratos: primacía del Derecho comunitario y problemas de aplicabilidad preferente; 4. El sistema europeo para la aplicabilidad de las directivas de Derecho privado a las situaciones transfronterizas; 4.1. Dimensión externa del sistema; 4.2 Dimensión interna del sistema: análisis de los modelos existentes para la transposición de las normas de ley aplicable que contienen las directivas comunitarias de Derecho privado; 4.2.1 Norma unilateral que extiende su ámbito de aplicación sobre todas las situaciones conectadas con la Unión Europea; 4.2.2 Norma unilateral que extiende su ámbito de aplicación a las situaciones conectadas con el mercado estatal; 4.2.3 Norma con criterio de conexión bilateralizado; 5. Conclusiones: hacia un sistema de ley aplicable unificado para la aplicabilidad de las directivas comunitarias de Derecho privado en las situaciones transfronterizas**

\* \* \* \* \*

**1. Introducción**

La unificación de las normas de ley aplicable llevada a cabo por el convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR) perseguía, como objetivos principales, generar mayor seguridad jurídica en las transacciones comerciales transfronterizas y eliminar los problemas de forum shopping, que se habían intensificado tras la entrada en vigor del convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia internacional y al reconocimiento de decisiones judiciales. De acuerdo con la filosofía que inspira a este convenio, la existencia de reglas uniformes de ley aplicable haría inefectiva la búsqueda de un foro de favor respecto al logro de un concreto resultado material, pues los jueces de los Estados miembros de la Comunidad resolverían los casos con arreglo al mismo Derecho estatal. Y siendo la potenciación de la seguridad jurídica en las transacciones un objetivo no sólo deseable en el ámbito de las relaciones contractuales intracomunitarias, no es de extrañar que las soluciones del convenio de Roma hayan sido configuradas con eficacia universal (art. 2 CR).

Desde 1980 hasta la actualidad la integración comunitaria ha experimentado importantes transformaciones, una de las cuales ha consistido en el tránsito desde el “mercado común” al “mercado interior europeo”. La creación de este mercado sin fronteras no sólo ejerce presión sobre las legislaciones materiales de los Estados miembros, a través de la armonización material obra del legislador comunitario o de la armonización indirecta llevada a cabo por el TJCE. El contexto del nuevo mercado ha hecho surgir también nuevas necesidades de regulación de Derecho internacional privado. A veces, el funcionamiento correcto de este mercado exige que las normas imperativas de un Estado limiten su ámbito de aplicación en el espacio<sup>1</sup>. En otras ocasiones, por el contrario, el Derecho comunitario reclama para los Derechos estatales armonizados un ámbito de aplicación más amplio respecto del que se dispone para ellos por el CR, al objeto de lograr el cumplimiento de determinados objetivos que surgen en el nuevo mercado interior. Entre tales objetivos se encontraría, fundamentalmente, el establecimiento de un marco de condiciones jurídicas equivalentes para los participantes en ese mercado. Se plantea así el problema del ámbito de aplicación que ha de corresponder a las directivas comunitarias de Derecho privado en las situaciones transfronterizas, y el modo en que será preciso matizar o desplazar las soluciones generales de ley aplicable que proporciona el CR a la vista de los objetivos particulares que el Derecho comunitario pretende cumplir. El propio CR, en su art. 20, vislumbraba ya las nuevas necesidades de regulación que podrían surgir en el contexto comunitario, al dar preferencia a las normas de ley aplicable que pudieran emanar de los actos de las Comunidades Europeas.

El mecanismo institucional específico que, tras el Tratado de Amsterdam, ha sido concebido por la Unión Europea para intervenir sobre la regulación de los contratos internacionales, acomodando las soluciones a las exigencias del mercado interior europeo, se encuentra en la actualidad en el art. 65 TCE, donde expresamente se habla de medidas dirigidas a “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes...”<sup>2</sup>. Será ésta la vía a través de la cual tendrá lugar la futura modificación del CR, y su conversión en Reglamento comunitario. Hasta ahora, sin embargo, la alteración de las soluciones del CR al objeto de acompasar las respuestas de ley aplicable a la peculiaridad del mercado interior ha tenido lugar de una forma menos sistemática, a través la inserción en las directivas de armonización material, dictadas ex art. 95 TCE, de una norma de DIPr., que ha de ser objeto de transposición a la legislación de cada Estado miembro. Aun con ligeras diferencias, tales normas han adoptado un formato similar al acogido por el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CE, según el cual “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”. Textos parecidos se encuentran en 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, o en el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE

---

<sup>1</sup> Vid. la sentencia TJCE de 23 de noviembre de 1999, As. C-369/96 y C-376/96: “Arblade”.

<sup>2</sup> En torno a las posibilidades de intervención que en favor de la Unión Europea abre el nuevo art. 65 TCE véase en este volumen la ponencia del Prof. Stefan Leible.

de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Estas normas, que podrían conceptuarse como de extensión, no tienen el propósito de derogar o desplazar el sistema general de normas de conflicto del CR, pretendiendo únicamente su adaptación.

A día de hoy, por tanto, el sistema de ley aplicable de los contratos internacionales se compone de una diversidad de fuentes, a saber, del CR, de las normas de Derecho internacional privado contenidas en cada Directiva, y de las normas que los Estados miembros han dictado o deben dictar para su transposición. La presente comunicación pretende descubrir la fisonomía general de este nuevo sistema, surgido de una diversidad de fuentes, cuya coordinación genera problemas de interacción entre fuentes, además de interpretativos y aplicativos. La fisonomía de las normas de DIPr. que contienen las directivas hace que se planteen dos tipos de problemas. El primero consiste en descubrir con precisión, a la vista de la letra y finalidad de las normas, el ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario, esto es, identificar en qué situaciones transfronterizas es preciso aplicar del Derecho comunitario (dimensión externa del sistema); el segundo consiste en determinar cuál ha de ser el Estado miembro de la Comunidad cuyo Derecho será de aplicación al caso concreto (dimensión interna del sistema). Este segundo examen se justifica a la vista de que las directivas comunitarias de Derecho privado, que responden también al principio de subsidiariedad (art. 5 TCE) no producen una unificación jurídica completa de los Derechos estatales, perviviendo así, incluso en sectores armonizados, problemas de ley aplicable. Soluciones expresas a la dimensión interna del sistema sólo han sido previstas 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 recientes<sup>3</sup>. Ante la ausencia de regulación comunitaria, nuestra atención se centrará en analizar las diferentes opciones de las que los Estados disponen para regular esta dimensión interna del sistema, y en valorar las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. En este punto, examinaremos la posible incompatibilidad de alguna de las opciones posibles con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo. Dejaremos para el final la realización de una propuesta de lege ferenda. Pero antes de entrar en este análisis, vamos a hacer un repaso breve de las razones que hacen al sistema del CR insuficiente como marco de ley aplicable para el mercado interior europeo.

## **2. Insuficiencias que presenta el sistema de ley aplicable del convenio de Roma respecto de las necesidades del correcto funcionamiento del mercado interior europeo**

La práctica de la contratación intracomunitaria pronto ha revelado que las soluciones de ley aplicable del CR apenas sirven para cubrir las necesidades que derivan del correcto funcionamiento del mercado interior. En numerosas situaciones la intervención legislativa comunitaria sobre el Derecho privado material se revela insuficiente para conseguir los objetivos, declarados en las propias directivas, de armonizar o hacer

---

<sup>3</sup> 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.

equivalentes las condiciones jurídicas para quienes actúan en el mercado interior europeo. Este efecto se produce porque las reglas para determinar la ley aplicable que contiene el CR permiten a veces, en situaciones vinculadas con la Unión Europea, la aplicación del Derecho de un tercer Estado, impidiendo el logro de ese objetivo. Las insuficiencias del CR aparecen con claridad en la regulación de los contratos de consumo, sector en el que mayor incidencia ha tenido la intervención legislativa comunitaria en el ámbito del Derecho privado. Como se sabe, el art. 5 CR prevé para los contratos de consumo un régimen especial según el cual la elección de ley aplicable realizada en el contrato no podrá suponer que se prive al consumidor de la protección establecida por la ley de su residencia habitual, siempre que estemos en presencia de un consumidor "pasivo", esto es, que recibe en el país de su residencia habitual una oferta o publicidad relacionada con el contrato que celebra. En primer lugar, la estructura interestatal de la que parte esa regulación apenas sirve para garantizar la aplicación del Derecho armonizado en las situaciones vinculadas con el mercado interior. El CR, en primer lugar, no dispensa protección a los consumidores que celebran contratos en países distintos al de su residencia habitual<sup>4</sup>. Cabe pensar en el contrato celebrado entre un consumidor 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. La inaplicación en este caso del art. 5 CR conlleva la admisión ilimitada de la autonomía conflictual y, en su caso, la aplicación de la ley de un tercer país que no esté adaptada a las pautas materiales establecidas por la legislación comunitaria<sup>5</sup>. Sin embargo, si el mismo 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 en concederle la protección del consumidor establecida por la ley española. El resultado, sin embargo, resulta manifiestamente contrario con un correcto funcionamiento del mercado interior, que queda muy en entredicho si la concesión del nivel de protección propio del Derecho comunitario queda condicionada al hecho fáctico de atravesar una frontera estatal.

Tampoco la clasificación dual de los consumidores (activos y pasivos) de la que parte el art. 5 CR resulta adecuada para satisfacer las necesidades del mercado interior europeo. Si un consumidor con residencia habitual en España solicita, sin publicidad ni oferta previa, la venta de un producto a una empresa italiana, parece bien claro que la caracterización activa del consumidor no debería llevar a privarle, tal y como puede suceder de otro modo, de la protección propia del Derecho comunitario, pues dicho contrato con seguridad se encuentra en el ámbito económico de la Unión Europea. Por otra parte, el ámbito de aplicación material del art. 5 CR, que no abarca a todos los contratos de consumo<sup>6</sup>, tampoco contribuye a proporcionar resultados

---

<sup>4</sup> 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".

<sup>5</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A.L. CALVO CARAVACA y otros: *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pág. 447.

<sup>6</sup> El art. 5 se aplica a aquellos contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles o servicios, así como a los de financiación de tales suministros, excluyéndose además algunos de ellos, como los de transporte o los de servicios que se presten exclusivamente en un país distinto del de residencia del consumidor. Quedan también fuera del campo de aplicación del art. 5 los contratos sobre bienes inmateriales, los contratos sobre

satisfactorios de ley aplicable para las situaciones vinculadas con el mercado interior. En general, el art. 5 CR no sirve para garantizar la aplicación del nivel comunitario de protección de los consumidores a los contratos no comprendidos en el *ámbito de aplicación material* de ese precepto celebrados por consumidores con residencia habitual en un Estado miembro de la Comunidad, a pesar de la estrecha 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 resulta adecuada. Cabe pensar en los supuestos de contratos de turismo, en el que los servicios serán prestados, sólo y exclusivamente, en un país distinto de aquél 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 de protección que deriva del Derecho comunitario.

Para paliar los inconvenientes que presenta el sistema del CR respecto del correcto funcionamiento del mercado interior 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 tuviere su residencia habitual en un Estado miembro de la Comunidad<sup>7</sup>. Sin embargo, a la vista del carácter universal de las soluciones del CR, no creemos que ésta sea la solución más adecuada. El art. 5 CR es una norma cuya operatividad no distingue entre situaciones conectadas con el mercado interior y

---

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. VILA 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.

<sup>7</sup> 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 y otros: *Derecho internacional privado*, vol. II, *cit.*, pág. 450.

situaciones extracomunitarias, por lo que cualquier modificación que tuviere lugar en ese 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 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 UE<sup>8</sup>. De ahí la conveniencia de otorgar autonomía al sistema de ley aplicable de 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.

### **3. Interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional de contratos: primacía del Derecho comunitario y problemas de aplicabilidad preferente**

La existencia de fuentes de distinta procedencia para la resolución de los problemas de ley aplicable que plantea el Derecho comunitario material (CR y normas de DIPr de las Directivas) determina ciertos problemas de delimitación normativa cuya resolución exige del intérprete la máxima cautela. De la complejidad de los problemas que pueden suscitarse es ilustrativa la rápida y múltiple atención que la doctrina ha dedicado a este tema<sup>9</sup>.

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 estatal<sup>10</sup>, sino también a la normativa convencional, de suerte que, en caso de conflicto, el Derecho comunitario,

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Sobre los contornos de este principio, que ha sido acuñado por el TJCE, *vid.* M.P. ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, J.A. GONZALEZ 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.

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 contractuales<sup>11</sup>. 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 público<sup>12</sup>.

Si a nivel teórico las ideas resultan claras, los problemas aparecen a la hora de precisar el alcance del desplazamiento normativo que ha de tener lugar como consecuencia de la regla de la primacía. Como primer dato a tener en cuenta, el principio de primacía no ampara a la normativa estatal dictada fuera del ámbito de aplicación material del Derecho comunitario. Cabe ilustrar esta idea con legislaciones, como la española, que acogen un concepto de consumidor más amplio que el establecido por las correspondientes directivas comunitarias. Respecto de la parte que excede del ámbito material del Derecho comunitario, donde no quedan incluidos, por ejemplo, los consumidores personas jurídicas<sup>13</sup>, resulta posible afirmar que el principio de primacía del Derecho comunitario no presta amparo a la derogación de las soluciones del CR. De este modo, por ejemplo, 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 cada directiva, quedando los demás sometidos al régimen general establecido por los arts. 3 y 4 CR. Del mismo modo, si la aplicación de la directiva comunitaria en materia de adquisiciones de inmuebles por turnos extiende su ámbito de aplicación sólo y exclusivamente a los supuestos en los que el bien inmueble esté situado en un país miembro de la Unión Europea, carecerá de primacía sobre el CR cualquier regulación estatal de DIPr. que pretenda ser de aplicación en casos distintos, tal y como ocurre con la regulación alemana<sup>14</sup>. Por otra parte, la primacía sólo presta cobertura a las medidas estatales expresamente

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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".

<sup>14</sup> El legislador alemán procedió 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 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.

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 recaea sobre la de un Estado miembro de la Unión Europea. Una norma estatal que limite la posibilidad de elegir la ley aplicable en un sector armonizado debe ser considerada como norma de mero rango estatal. Como consecuencia, esta norma no será de aplicación preferente respecto del sistema del CR. La averiguación del alcance exacto en el que tiene lugar el desplazamiento del CR por las normas estatales de desarrollo de las directivas comunitarias exigirá del intérprete la mayor atención, si no quiere incurrir en errores que pueden venir motivados por la propia letra de las normas elaboradas por el legislador estatal.

#### **4. El sistema europeo para la aplicabilidad de las directivas de Derecho privado a las situaciones transfronterizas**

##### **4.1. Dimensión externa del sistema**

El legislador comunitario se ha ocupado, sólo y exclusivamente, de regular la dimensión externa del sistema de ley aplicable especial del Derecho privado europeo, esto es, sólo dice en qué situaciones internacionales ha de ser aplicado el Derecho armonizado. Sin embargo, la definición de esas situaciones no ha tenido lugar, en la mayoría de las ocasiones, de forma clara y precisa, sino haciendo recurso al principio de proximidad, y a la regla flexible de los vínculos más estrechos, aunque con redacciones que no siempre coinciden. Por ejemplo, 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 consumidores pretende garantizar su imperatividad *cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*. 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, lo quiere hacer *cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros*. La Directiva 1999/44/CE del PE y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo habla de “vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros”. 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*.

Por otra parte, las directivas encierran diferencias en la delimitación del alcance de la protección que pretenden dispensar. 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 la elección de la ley de un tercer país, como cuando derive de una localización meramente objetiva del contrato. En esta situación se encuentra el art. 9 de la Directiva 94/47/CE, 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 directivas. 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 resulta como consecuencia 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, el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE y el art. 12 de la Directiva 97/7/CE.

Otros textos de Derecho privado europeo no contienen una norma específica que se pronuncie sobre su ámbito de aplicación espacial, tal y como sucede con la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo. La interpretación que haya de seguirse en defecto de norma expresa, cuando en presencia de situaciones conectadas con el mercado interior se haya elegido la ley de un Estado tercero, pasará por dilucidar si el legislador comunitario simplemente no se percató de la necesidad de establecer un ámbito de aplicación específico para ese Derecho comunitario o, por el contrario, dio por supuesto que la armonización de legislaciones bastaría para conseguir la necesaria integración y para evitar las distorsiones a la competencia en el mercado. Tampoco contiene un indicador expreso de su ámbito de aplicación la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el 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 legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta Directiva se entenderá sin perjuicio de los correspondientes convenios internacionales".

El carácter impreciso con el que algunas directivas definen su ámbito de aplicación en el espacio ha dado lugar a interpretaciones divergentes en torno a cuál sea éste. Para un sector de la doctrina, existe la posibilidad, y necesidad, de seguir un principio de coherencia global del sistema europeo de ley aplicable, lo cual eliminaría las situaciones de conflicto. Para los representantes de esta corriente, E. Jayme y Ch. Kohler, la interpretación de las reglas de ley aplicable 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<sup>15</sup>. 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

---

<sup>15</sup> E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 15. 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.

una reglamentación conflictual, de alcance general, cuando se propone actuar en sectores particulares<sup>16</sup>. Teniendo en cuenta los principios de armonía y de conciliación entre esas normas, y a fin de evitar que los Estados miembros seleccionen criterios diferentes para concretar el concepto, sería posible partir de la premisa de que existe un vínculo estrecho, en el sentido descrito por las normas de DIPr de las directivas, cuando las reglas del CR 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<sup>17</sup>. 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 CR<sup>18</sup>. 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 consumo<sup>19</sup>.

Esta interpretación del indicador espacial utilizado por algunas de las normas de DIPr que contienen las directivas facilita notablemente la labor del intérprete, 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 del del CR<sup>20</sup>. Y, a nuestro modo de ver,

---

<sup>16</sup> 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 Régles 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> E. JAYME y Ch. KOHLER: "L'interaction...", *cit.*, pág. 18.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> En este mismo sentido, indicando la diversidad de fines, *vid.* J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, págs. 14-15; D. MARTINY: "Europäisches Internationales Vertragsrecht - Ausbau

tales finalidades no coinciden en unas y en otras normas. En efecto, las soluciones que establece el CR para la regulación de los contratos internacionales engarzan con el procedimiento tradicional de los convenios de Derecho uniforme para la resolución de los conflictos de leyes, sin que quepa afirmar que el convenio sea la manifestación más original de la influencia del Derecho comunitario sobre el DIPr<sup>21</sup>. 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 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 interior<sup>22</sup>. 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.

---

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.

<sup>21</sup> Vid. L. RADICATI DI BROZOLO: "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *cit.*, pág. 87; J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 12.

<sup>22</sup> 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.

En situaciones conectadas con la Unión Europea en este último sentido, la aplicación del Derecho de Estados terceros que conceden al consumidor una protección de nivel inferior a la establecida por el legislador comunitario, no solamente supone que se defrauden las expectativas de 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 de 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 protección contractual del consumidor desborda el propósito tuitivo y penetra de lleno en el terreno de la ordenación del mercado. 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<sup>23</sup>.

Salvo alguna definición más precisa, la mayoría de las normas de DIPr. contenidas en las directivas comunitarias que ahora examinamos obligan a los Estados a garantizar que no se prive al consumidor de la protección que dispensan cuando el contrato presente una conexión estrecha con el territorio de la Unión Europea. La determinación del ámbito de aplicación en el espacio de las directivas comunitarias pasa, pues, por determinar cuándo existe una vinculación estrecha de un contrato de consumo con el territorio de un Estado miembro. Como ha señalado 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 tratamos<sup>24</sup>.

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*<sup>25</sup>. De

---

<sup>23</sup> S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 145-146.

<sup>24</sup> En las palabras de P. LAGARDE, "los vínculos más estrechos no constituyen una regla sino simplemente la expresión de una finalidad a atender". *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.

<sup>25</sup> 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".

otro, muchas, cuyo 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*<sup>26</sup>. En principio, ambas finalidades podrían poseer vocación para marcar el ámbito de aplicación espacial del Derecho armonizado. La posibilidad de derivar de la primera finalidad señalada criterios de utilidad para determinar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario ha sido defendida por 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 encuentra<sup>27</sup>. A nuestro modo de ver, la protección del consumidor en la determinación del Derecho aplicable al contrato encuentra justificación sólo por razón de las circunstancias de celebración del contrato, mereciendo esa protección únicamente los consumidores que puedan ser considerados como pasivos<sup>28</sup>. 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.

La segunda de las finalidades señaladas 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 interés<sup>29</sup>. 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

---

<sup>26</sup> 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". En sentido similar, véase considerando tercero Directiva 1999/44/CE; considerando cuarto de la Directiva 97/7/CE; considerando octavo Propuesta de Directiva del PE y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

<sup>27</sup> B. VON HOFFMANN: "Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht", *cit.*, pág. 49.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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.

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 detrimento de otros.

Para averiguar cuándo existe una situación de competencia en el mercado interior resulta de utilidad recordar el fallo del TJCE de 27 de septiembre de 1988, dictado en el asunto "pasta de madera"<sup>30</sup>. 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 obsta a que su actuación afecte 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 contrato<sup>31</sup>, sino por el hecho de ofrecer productos y servicios compitiendo con otras empresas que también ofrecen sus productos y sus servicios hacia el mercado interior<sup>32</sup>. 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.

La ubicación en la Comunidad del domicilio del empresario y del consumidor no han de determinar, de por sí, la aplicación necesaria del Derecho comunitario de protección de los consumidores. A la vez, la domiciliación no comunitaria del empresario, y del consumidor, tampoco determina, de suyo, la inexistencia de

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

necesidad de aplicación de ese Derecho. El dato que habrá que tener cuenta es la orientación hacia alguno de los países de la Unión Europea de la actividad comercial del empresario tendente a celebrar contratos. Si en estos casos no se garantiza la aplicación del Derecho comunitario podrían producirse distorsiones a la competencia, al favorecerse la posición comercial de los oferentes que no queden sometidos, en virtud de las reglas de ley aplicable del CR, al nivel más alto de protección establecido por el Derecho comunitario.

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, 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 interior<sup>33</sup>. Mayor dificultad ofrecen estas afirmaciones cuando la contratación es el resultado de la publicidad que, realizada a través de internet, llega también al domicilio del consumidor. Las actividades publicitarias y comerciales realizadas a través de las páginas de internet poseen una orientación global. En los casos típicos, el hecho de que los lugares de internet sean accesibles desde cualquier país de la Comunidad hace emerger una presunción favorable a que dicha publicidad y ofertas, cuando se trata de lugares interactivos, son realizadas en el mercado interior, debiendo quedar sometidas, por tanto, al nivel comunitario de protección del consumidor los contratos que lleguen a celebrarse por consumidores que contraten desde la UE.

No obstante, el funcionamiento de esta presunción podría suscitar cierta dificultad cuando el 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 implícita<sup>34</sup>. 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 protección<sup>35</sup>.

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

---

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

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 regulación<sup>36</sup>.

Los problemas de determinación del ámbito de aplicación espacial del Derecho comunitario se plantean de distinto modo cuando no existe una norma expresa que delimite el ámbito de aplicación del Derecho armonizado. 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 tendrá lugar, de este modo, cuando la ley aplicable a un contrato internacional de consumo sea la de un Estado miembro de la Unión Europea<sup>37</sup>. No obstante, 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 esté vinculado, en el sentido antes descrito, con la Unión Europea. A esta solución parece oponerse el art. 20 CR que, en una lectura a *sensu contrario*, parece 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 expresa<sup>38</sup>. Sin 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

---

<sup>36</sup> S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 151.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

especialmente el art. 48 (ex art. N) TUE<sup>39</sup>, 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 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 Unión Europea<sup>40</sup>.

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 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. Un análisis de este tipo ya ha sido llevado a cabo por el TJCE en su sentencia de 9 de noviembre de 2000<sup>41</sup>. En esta decisión el TJCE afirmó, respecto de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, que es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las disposiciones de protección de esta directiva, mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. Y dice el tribunal “la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato”.

---

<sup>39</sup> 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".

<sup>40</sup> S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, págs. 136-137.

<sup>41</sup> Asunto C-381/98: "Ingmar GB Ltd".

Con este importante precedente, resulta obligado investigar si en la disposiciones de otras directivas de Derecho privado podemos encontrar también razones que determinen la necesidad de otorgar un ámbito de aplicación específico a sus normas. Un primer factor interpretativo viene dado por lo que se ha venido en denominar el paradigma del "ius cogens"<sup>42</sup>. Del articulado de algunos textos<sup>43</sup> 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 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/CEE<sup>44</sup>.

A una solución equivalente cabría llegar en relación con la directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990<sup>45</sup>, 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*<sup>46</sup>. 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.

---

<sup>42</sup> N. REICH: *Privatrecht und Verbraucherschutz in der Europäische Union*, *op. cit.*, págs. 31-32.

<sup>43</sup> *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.

<sup>44</sup> S. KREBBER: "Die volle Wirksamkeit von Richtlinien in länderübergreifenden Sachverhalten", *cit.*, pág. 152.

<sup>45</sup> DO L 158, de 23 de junio.

<sup>46</sup> 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.

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 Directiva 2000/31/CE. Esta Directiva 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.

#### **4.2 Dimensión interna del sistema: análisis de los modelos existentes para la transposición de las normas de ley aplicable que contienen las directivas comunitarias de Derecho privado**

#### **4.2.1 Norma unilateral que extiende su ámbito de aplicación sobre todas las situaciones conectadas con la Unión Europea**

Los Estados miembros de la Unión Europea han utilizado diferentes vías para la transposición de las normas de Derecho internacional privado que contienen las directivas comunitarias de Derecho privado. Una primera opción pasa por elaborar una norma unilateral que extienda su ámbito de aplicación sobre cualquier supuesto conectado con el mercado interior. Esta opción, claro está, sólo sería admisible cuando el Derecho elegido por las partes no sea el de un Estado miembro de la Unión. Dentro de ese marco, la norma en cuestión garantizaría plenamente la aplicación del Derecho comunitario a todas las situaciones en las que existe necesidad de aplicar el Derecho armonizado, siendo el sistema de fácil administración, pues los jueces de cada país aplicarían a las situaciones comunitarias transfronterizas, sólo y exclusivamente, el Derecho del foro. Con todo, esta opción presenta varios inconvenientes. Por una parte, supone la preterición de las divergencias normativas que existen entre las legislaciones armonizadas de los Estados miembros de la Unión Europea, cumpliendo así escasamente con los postulados que derivan del principio de justicia, y que, como se sabe, en DIPr. introducen la necesidad de aplicar legislaciones distintas a situaciones que poseen desiguales contactos con uno o varios países. En segundo lugar, desde la perspectiva propia del Derecho comunitario, una norma de este tipo apenas posee consistencia con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo, que en DIPr. no sólo introduce limitaciones a la invocabilidad de la reserva de orden público internacional, sino también a la aplicabilidad en el espacio de las normas internacionalmente imperativas de un Estado distinto al de origen de la mercancía o del servicio. En efecto, la aplicación de esas normas podría ser considerada como un obstáculo no justificado al comercio entre los Estados miembros, al no permitir la venta de la mercancía o del servicio en las mismas condiciones que dicha venta tiene lugar en el Estado de origen. La admisión de este tipo de restricciones sólo podría tener lugar cuando las mismas estuvieran justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que, a la vez, tales medidas fueran adecuadas objetivamente al cumplimiento del objetivo perseguido y proporcionales.

#### **4.2.2 Norma unilateral que extiende su ámbito de aplicación a las situaciones conectadas con el mercado estatal**

Una segunda opción legislativa pasa por la elaboración de una norma que extienda el ámbito de aplicación de la ley estatal a todos los supuestos de contratos de consumidores conectados con el mercado español. Esta regla probablemente no tendrá problemas desde la perspectiva de su compatibilidad con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo, pues en los supuestos comprendidos en su ámbito de aplicación espacial sería posible estimar legítima la restricción a las libertades operada a través de una norma de protección del consumidor. En efecto, tal y como viene estableciendo la jurisprudencia del TJCE desde la sentencia *Cassis de Dijon*, la regla de reconocimiento mutuo admite también excepciones, y probablemente sería admisible la aplicación de normas imperativas que protegen al consumidor en un país cuando su ámbito de aplicación es razonable, adecuado y proporcional al objetivo perseguido. Esta situación se daría, por ejemplo, cuando los

productos se dirigen al propio mercado o el consumidor posee su residencia habitual en el mismo. Esta norma, sin embargo, presenta el inconveniente de hacer surgir una laguna de regulación respecto de los supuestos conectados con la Comunidad en los que no es de aplicación el Derecho estatal. Como consecuencia de esta situación, se impone al juez la carga de una más complicada gestión y administración del sistema, pues habrá de acudir a expedientes diversos al objeto de garantizar el objetivo perseguido por el Derecho comunitario. Entre tales expedientes se contarán, por ejemplo, la bilateralización del criterio de conexión utilizado por el Derecho estatal o la integración de la laguna a través de las normas unilaterales de otros países. Este segundo sistema, a su vez, generará la necesidad de establecer criterios de preferencia para resolver los posibles conflictos positivos de competencia entre las legislaciones de varios países y, eventualmente, los conflictos negativos que puedan surgir como consecuencia de la inexistencia de vocación aplicativa al caso de la legislación de ningún Estado de la Unión. Para resolver tales problemas, en todo caso, el juez deberá guiarse por los principios del Derecho comunitario, y especialmente la regla de interpretación del sistema de acuerdo con el efecto útil del Derecho comunitario. En conclusión, este tipo de norma hace descargar sobre el juez la garantía de aplicación del Derecho armonizado en las situaciones conectadas con la Comunidad Europea.

#### **4.2.3 Norma con criterio de conexión bilateralizado**

La tercera opción legislativa consiste en la elaboración de una norma bilateral, que designe cuál será el Derecho estatal que habrá de ser aplicable a las situaciones conectadas con el mercado interior. Una norma de este tipo no genera ningún tipo de laguna de regulación, pues todas situaciones conectadas con la Comunidad quedan sometidas al Derecho de un Estado miembro. Una norma de este tipo, por otra parte, produce un reparto equitativo de competencias legislativas entre los Estados miembros de la Comunidad y es congruente con la existencia de equivalencia entre las legislaciones estatales armonizadas, permitiendo a la vez dotar de relevancia jurídica a la existencia de contactos del contrato con diferentes países. Desde otro punto de vista, 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, sirviendo, además y a través de la formulación adecuada de las conexiones, para reforzar la aplicación de la ley del Estado de origen, y para introducir excepciones a la aplicación de dicha ley cuando quepa descubrir exigencias imperativas relacionadas con la protección del consumidor.

La norma bilateral en cuestión no necesariamente debería dejar de prestar atención a las situaciones especiales en las que una parte débil reclama la protección de un concreto Derecho de un país de la Unión Europea. A pesar de que las directivas no lo imponen, el legislador estatal podría y debería dar relevancia a las situaciones especiales en las que se encuentra el consumidor cuando, a la vista de las circunstancias, puede esperar que le sea de aplicación el Derecho del país en el cual entra en contacto con el cocontratante, en un sentido análogo al establecido por el artículo 5 del CR. Dicho correctivo, que aparece como obstáculo a la libre circulación de mercancías y servicios, sin embargo debe estimarse legítimo pues se funda en la necesidad de proteger al consumidor cuando éste puede esperar un determinado nivel de protección.

## **7. Conclusiones: hacia un sistema de ley aplicable unificado para la aplicabilidad de las directivas comunitarias de Derecho privado en las situaciones transfronterizas**

Como consecuencia de la libertad de que disponen los Estados para realizar la transposición de las normas de DIPr que contienen las directivas comunitarias de Derecho privado, existen tantos sistemas de ley aplicable como Estados miembros tiene la Unión Europea. De acuerdo con el modo propuesto por el legislador comunitario, los Estados miembros, a través de sus respectivos sistemas, serán capaces de conseguir los objetivos de aplicabilidad en el espacio del Derecho comunitario. En principio, 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 comunes de ley aplicable. Este sistema, sin embargo, participa de muy diferentes deficiencias que conviene rápidamente subrayar. En primer lugar, aunque el sistema puede ser considerado como eficaz, resulta del todo punto ineficiente. La consecución de los objetivos tiene lugar generando costes de administración muy elevados para el juez o intérprete. 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 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, a nuestro modo de ver, no resulta de recibo. Por otra parte, 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. 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 vigente<sup>47</sup>, 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.

---

<sup>47</sup> Vid. K.F. KREUZER: "Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrecht", en P.C- MÜLLER-GRAFF (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pág. 408.

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 CR<sup>48</sup>. Las directivas comunitarias han conseguido retrotraernos veintidós años en el tiempo, época en la cual 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.

Hoy en día, el art. 65 TCE ha habilitado un nuevo cauce de intervención para la elaboración de un sistema unificado, de nivel comunitario. 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 intracomunitarias<sup>49</sup>, siendo posible la elaboración de un Reglamento comunitario donde queden unificadas las normas de ley aplicable a los contratos vinculados con el mercado interior, propuesta que, desde estas líneas, secundamos plenamente.

Dicho sistema unificado sería, a nuestro modo de ver, necesario para un adecuado funcionamiento del mercado interior, poseyendo la Comunidad competencias legislativas en virtud del art. 65 TCE para la instauración de ese sistema. 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, bastando con asegurar la aplicación del Derecho armonizado de cualquier Estado miembro. 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 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

---

<sup>48</sup> Ch. KOHLER: "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Rev.crit.fr.int.pr.*, 1999, pág. 30.

<sup>49</sup> *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER: "El principio...", *cit*, pág. 168.

de esta actividad<sup>50</sup>. 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 empresas<sup>51</sup>. 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.

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 Estados<sup>52</sup>. Sin embargo, esa seguridad

---

<sup>50</sup> P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 424.

<sup>51</sup> *Vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "Integración Europea...", *cit.*, pág. 424.

<sup>52</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES: "Un droit international privé européen?", *Le droit privé européen, op. cit.*, pág. 137.

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 intracomunitarias<sup>53</sup>, 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 consumo<sup>54</sup>. Desde nuestro punto de vista, estas normas, en el sector de la protección de los consumidores, podrían quedar redactadas del modo siguiente:

*1. Garantía de aplicación del estándar comunitario de protección del consumidor: en los contratos de consumo que presenten un vínculo estrecho con algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la elección de ley realizada por las partes no podrá suponer que se prive al consumidor de la protección que le garantice la ley del Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que tenga su domicilio o sede social el cocontratante. Si el cocontratante no posee su domicilio o su sede social en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la elección de ley no podrá suponer que se prive al consumidor de la protección que le garantice la ley del Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se encontraba el consumidor en el momento en que tuvo lugar el primer contacto con el cocontratante. Si el consumidor no se encontraba en uno de esos Estados en dicho momento, la elección de ley no podrá suponer que se prive al consumidor de la protección que le garantice la ley del Estado miembro de la Comunidad Europea o del Espacio Económico Europeo en el que dicho consumidor tenga su residencia habitual.*

---

<sup>53</sup> Vid. J. BASEDOW: "Materielle Rechtsangleichung...", *cit.*, pág. 18.

<sup>54</sup> 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.

*2. Protección del consumidor. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consumidor tendrá derecho a no ser privado de la protección a su favor establecida por la ley del Estado miembro de la Comunidad Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se encontraba cuando entró en contacto por primera vez con el cocontratante cuando éste haya extendido sobre el territorio de ese concreto Estado su actividad encaminada a proponer la celebración de contratos iguales o similares al celebrado”.*

*3. Se presumirá que un contrato de consumo presenta un vínculo estrecho con el territorio de los Estados de la Comunidad Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el cocontratante haya extendido su actividad comercial, encaminada a proponer la celebración de contratos iguales o similares al celebrado, sobre el territorio de cualquiera de esos Estados. Entre otros procedimientos, dicha actividad podrá tener lugar a través del envío de ofertas de contratos por correo convencional o electrónico, o a través de la inclusión de publicidad en algún medio de comunicación que, a la vista de las circunstancias, aparezca como dirigido al mercado de alguno de tales países.*