

DOCTRINA

LA INADECUACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS AL DERECHO COMUNITARIO: CLAVES PARA UNA NUEVA TRANSPOSICIÓN Y PROPUESTA LEGISLATIVA (*)

Por **FERNANDO ESTEBAN DELA ROSA (**)**

Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción: el sistema europeo de DIPr de los contratos de consumo.-- II. La sentencia TJCE de 9 de septiembre de 2004, As. C-70/2003, «Comisión/España»: 1. Inadecuación de la normativa española al art. 6.2 Directiva 93/13/CEE. 2. Adecuación del ámbito de aplicación material de la normativa española a la Directiva 93/13/CEE.-- III. Repercusión de la sentencia TJCE de 9 de septiembre de 2004 sobre el sistema español de DIPr de las cláusulas abusivas.-- IV. Claves para una nueva transposición: 1. Factores que influyen sobre la transposición. 2. Ámbito de aplicación de la norma española de DIPr sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo. 3. Métodos de reglamentación disponibles: normas unilaterales y normas bilaterales. 4. Criterios de conexión para el régimen de DIPr de las cláusulas abusivas. 5. Carácter abusivo de los pactos de elección del Derecho aplicable. 6. Propuesta legislativa.

I. INTRODUCCIÓN: EL SISTEMA EUROPEO DE DIPR DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

El sector de la contratación internacional de consumidores constituye una clara demostración de que el proceso de integración europea puede deparar, en períodos sucesivos, tendencias de claro signo opuesto a la hora de informar la legislación de Derecho internacional privado (DIPr). Si en 1980 el objetivo de evitar el problema del forum shopping, agravado tras la entrada en vigor del convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, llevó a la elaboración del convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 y, de este modo, a la unificación de las normas de conflicto en el ámbito de la contratación de consumidores, más tarde, las exigencias derivadas de la creación del Mercado interior europeo, unidas al respeto debido al principio de subsidiariedad (art. 5 TCE), han provocado, pese a la pervivencia de las reglas uniformes del CR, una progresiva descodificación del sistema. Esta reforma ha tomado cuerpo a través de la acción combinada, y complementaria, de las normas de DIPr que contienen las directivas relativas a la protección del consumidor (1), de un lado y, de otro, de las normas de transposición dictadas por cada Estado miembro. La doctrina no ha tardado en describir los inconvenientes de un sistema de DIPr basado en la coexistencia, dentro de Europa, de una pluralidad de regímenes, diferentes unos de otros (2). Esta situación ha generado un buen caldo de cultivo para la aparición de propuestas legislativas, que no siempre han estado informadas por iguales principios metodológicos. Así, mientras unas postulan a favor de la revisión de las normas del CR para restablecer una unidad del sistema que afecte a todos los contratos de consumo (3), desde otra línea, en cambio, se promueve la necesidad de construir un sistema uniforme de DIPr especial para los contratos que posean relevancia para el Mercado interior europeo y, por tanto, para el Derecho comunitario, pues sólo en este supuesto

cabría descubrir las necesidades de regulación que derivan de la integración regional y del Mercado interior (4).

En cualquier caso, hoy en día, el sistema de DIPr europeo de protección de los consumidores viene construido, de un lado, por el CR y, de otro, por el modo en que tenga lugar la transposición de las normas comunitarias de DIPr en cada Estado miembro de la UE. La Directiva obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 249 TCE) (5). Abre así el Derecho comunitario cierto margen de maniobra a los Estados para una construcción del sistema de DIPr de acuerdo con sus exigencias y concepciones propias. Este margen, sin embargo, también queda constreñido por el propio Derecho comunitario. La incidencia del Derecho comunitario no se agota en la letra y sentido de la concreta directiva de cuya transposición se trata, sino que también tiene lugar a través de los principios generales de ese Derecho, así como de las pautas generales que han sido señaladas por el TJCE para llevar a cabo esa operación. Dentro de ese ámbito, la norma estatal habrá de proveer los medios necesarios para el cumplimiento de los objetivos perseguidos por cada directiva, intentando dar satisfacción, a la vez, a los objetivos estatales de política legislativa.

Éste es el contexto general en el que se inserta la sentencia TJCE de 9 de septiembre de 2004, que ha declarado la inadaptación de los arts. 10 bis 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (6) y 3 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) (7) al Derecho comunitario, por llevar a cabo una transposición incompleta del art. 6.2 Directiva 93/13/CEE (Directiva). Se trata de la primera vez que el TJCE ha controlado la adecuación de una norma estatal de DIPr con la norma de DIPr contenida en una directiva comunitaria, por lo que resulta del mayor interés conocer el contenido atribuido por el TJCE al art. 6.2 Directiva, habida cuenta que esta guía será de utilidad no sólo para el legislador español, sino igualmente para el del resto de los Estados miembros de la UE. La decisión que comentamos compele al legislador español a dictar nuevas normas de transposición de ese precepto, y éste es, por lo que luego diremos, su principal mérito. Nos encontramos, pues, en un momento particularmente oportuno para la realización de propuestas legislativas.

La futura reforma deberá procurar, pues así lo exige el TJCE, que las normas españolas de DIPr de las cláusulas abusivas aseguren la aplicación del Derecho armonizado cuando el contrato de consumo posea un vínculo estrecho con un Estado miembro. Debería servir, igualmente, para evitar las dudas en torno al ámbito de aplicación material del Derecho comunitario de cláusulas abusivas. Pero también será posible aprovechar la ocasión de la reforma para evitar redacciones tan desafortunadas como la del art. 10 bis 3 LGDCU, disposición que no sólo ha mostrado los problemas que acabamos de mencionar, sino que también ha generado dudas razonables sobre su caracterización como norma de conflicto unilateral o bilateral (8). La reforma debería construir un sistema español de DIPr de las cláusulas abusivas que no sólo se ajustase al dictado y sentido de la Directiva, sino también a los principios del Derecho comunitario, singularmente a la regla de reconocimiento mutuo. Por supuesto, convendría también tener en cuenta los principios vigentes en el sistema español de DIPr.

La decisión del TJCE 9 septiembre 2004, lamentablemente, no contiene indicaciones muy precisas, capaces de orientar la labor del legislador español a fin de llevar a cabo, nuevamente, la transposición del art. 6.2 Directiva. En esta ocasión no ha hecho gala el TJCE de su bien merecida fama a la hora de proporcionar una extensa y precisa

fundamentación jurídica para el fallo. Como vamos a ver, los argumentos utilizados por el TJCE para declarar la inadaptación de las normas españolas al art. 6.2 Directiva no son, en nuestra opinión, muy afortunados y, en todo caso, dejan numerosas cuestiones sin resolver, por lo que arrojan escasa luz para la construcción normativa de este difícil sector del DIPr. Por tanto, a fin de procurar ese soporte metodológico, se hace preciso identificar y analizar los diferentes factores que condicionan la transposición. Dado el interés de un examen de este tipo, la mayor parte de esta nota se ocupará de exponer las claves o factores que, aunque no indicados por la decisión TJCE de 9 septiembre 2004, deberían influir sobre la nueva transposición del art. 6.2 Directiva, prestando atención al modo en que lo hacen. A tal fin, llevaremos a cabo una valoración de las ventajas, problemas e inconvenientes de los principales modelos de transposición disponibles. A la vista de esas conclusiones, al final de la nota realizaremos una propuesta de lege ferenda. Pero antes de ello, primeramente examinaremos, en sendos epígrafes, los argumentos utilizados por el TJCE para declarar la inadecuación de las normas españolas a las exigencias que dimanaban del art. 6.2 Directiva, así como el modo en que dicha decisión puede influir, hoy en día, y antes de su reforma, sobre el funcionamiento del sistema español de DIPr de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

II. LA SENTENCIA TJCE DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004, AS. C-70/2003, «COMISIÓN/ESPAÑA»

1. Inadecuación de la normativa española al art. 6.2 Directiva 93/13/CEE

Dos han sido los reproches que la Comisión ha hecho a las normas españolas de DIPr aplicables a las cláusulas abusivas, y tienen que ver, respectivamente, con el ámbito de aplicación espacial y material de la Directiva. El primero ha sido la falta de correspondencia entre el ámbito de aplicación espacial de las normas españolas y el señalado para el Derecho comunitario por el art. 6.2 Directiva (9). Según esta disposición «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». Tras recordar la finalidad de la Directiva, e indicar el carácter de «complemento del sistema» que corresponde a ese precepto (10), el TJCE procede a atribuir cierto contenido a dicho artículo, tanto material como formal. Comenzando por el formal, el TJCE declara que «el art. 6.2 de la Directiva se limita a indicar que el contrato debe mantener una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad. La finalidad de esta formulación genérica es permitir que se tomen en consideración diversos elementos de conexión en función de las circunstancias del caso concreto». Según el TJCE «aunque el concepto deliberadamente vago de "estrecha relación" que utiliza el legislador comunitario pueda eventualmente concretarse mediante presunciones, no es posible, en cambio, restringir dicho concepto mediante una combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos relativos a la residencia y a la celebración del contrato contemplados en el art. 5 del convenio de Roma». De este modo, «al referirse a esta última disposición, de un modo explícito el art. 10 bis de la Ley 26/1984 modificada y de manera implícita el art. 3, párrafo segundo, de la Ley 7/1998, las disposiciones del

ordenamiento jurídico español que supuestamente adaptan éste al art. 6, ap. 2, de la Directiva introducen una restricción incompatible con el nivel de protección fijado por ésta».

Del fallo es posible colegir dos ideas, a saber, que para llevar a cabo una transposición adecuada del art. 6.2 Directiva hay que poder tener en cuenta las circunstancias del caso concreto; además, ello no es incompatible con la utilización de presunciones. De estos dos elementos y, especialmente, de la utilización del término «presunción», es posible, en nuestra opinión, descubrir buenas pistas sobre el modo en que habrá de tener lugar una transposición adecuada del art. 6.2 Directiva. En efecto, la expresión «presunción», si bien permite la acuñación de concreciones o de criterios de conexión, sin embargo orienta el modelo hacia técnicas y mecanismos de carácter flexible, que den cabida a una valoración judicial de las circunstancias del caso concreto. Así pues, el TJCE manifiesta su preferencia por un sistema de transposición basado en la regla de los vínculos más estrechos, siendo la regla de base, por tanto, la existencia de una «vinculación estrecha con un Estado miembro de la Comunidad Europea». Dicha regla de base no es incompatible con la posibilidad de introducir presunciones dirigidas a introducir seguridad jurídica, pero la misma no podrá ser sustituida por un sistema de conexiones rígidas donde no quepa margen de apreciación judicial.

Respecto del contenido material, las indicaciones que ofrece el TJCE son de carácter negativo y, como vamos a ver, de una utilidad más reducida. En efecto, la decisión del TJCE no viene sino a confirmar algo que, desde hace ya tiempo, había sido observado en la práctica judicial, e indicado por la doctrina, a saber, la falta de adecuación del art. 5 CR, y por remisión a él, del art. 10 bis 3 LGDCU (11), a las necesidades propias del Mercado interior europeo. El hecho de que el art. 5 CR proteja únicamente a los consumidores pasivos, en el sentido definido por ese precepto, que contratan en el país de su residencia habitual, hizo necesario hacer recurso a encajes de bolillos para declarar aplicable el Derecho comunitario. Los «casos de Gran Canaria», conocidos por la jurisprudencia alemana, son un claro ejemplo de las deficiencias mostradas por dicho precepto que, en presencia de una elección expresa del Derecho de un Estado tercero, hacía inviable la invocación del Derecho de un Estado miembro, a pesar de que el consumidor en ningún momento había salido de la Unión Europea y tenía la nacionalidad de un Estado miembro.

De la decisión del TJCE se desprende que las conexiones utilizadas por el art. 5 CR no garantizan la aplicación de la directiva de cláusulas abusivas en todos los casos a que se refiere el art. 6.2 Directiva. Sin embargo, la misma no aporta ni la más mínima reflexión en torno al ámbito de aplicación que corresponde al Derecho comunitario en las situaciones transfronterizas. Tales reflexiones, por lo demás, también brillan por su ausencia en las argumentaciones de la Comisión (12) y en las Conclusiones del Abogado General (13). La inexistencia de explicaciones puede ser valorada desde distintos puntos de vista. Desde uno primero, esta falta sin duda reduce la utilidad de la decisión de cara a la futura reforma del sistema español de DIPr de las cláusulas abusivas. Ha perdido el TJCE la oportunidad de poner luz sobre muchos de los problemas que plantea la transposición de las normas de DIPr contenidas en las directivas. Las orientaciones del Tribunal habría contribuido a poner en sus justos términos la pugna, doctrinal aunque con gran relevancia práctica, entre las dos grandes opciones hermenéuticas que se han abierto paso para llenar de contenido la expresión «vínculo estrecho con un Estado miembro» que utiliza el art. 6.2 Directiva. Como se sabe, mientras una de ellas está

basada en el principio de conciliación entre las normas comunitarias y las normas del CR (14), la otra plantea la posibilidad de alcanzar interpretaciones distintas, en atención a los fines y objetivos, distintos respecto de los propios del CR, que persigue el Derecho comunitario (15). La ayuda que presta la decisión a fin de resolver este debate es de escasa o nula entidad, pues declarar que las conexiones del art. 5 CR no consiguen cumplir con los objetivos del Derecho comunitario es, a día de hoy, algo obvio.

Desde otro punto de vista, la ausencia absoluta de reflexiones sobre el ámbito de aplicación espacial del art. 6.2 Directiva provoca un alarmante defecto en la fundamentación jurídica de la decisión. En efecto, el TJCE no ofrece ninguna explicación de cómo el art. 6.2 Directiva 93/13/CE completa el dispositivo del CR. Y, sin embargo, llega a la conclusión de que la norma española produce una transposición incompleta del art. 6.2 Directiva, sin ni siquiera llevar a cabo un análisis de las conexiones previstas por el art. 5 CR, quedando la fundamentación más bien implícita. Con este modo de proceder, el TJCE desoye la riqueza de planteamientos materiales que ha sido seguida por otras decisiones dictadas con anterioridad, como la sentencia de 9 de noviembre de 2000 (16), donde el TJCE, teniendo en cuenta los fines materiales perseguidos por el Derecho comunitario, proclamó que algunos preceptos de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, son aplicables cuando el agente comercial desempeña su actividad en el territorio de un Estado miembro (17), descubriendo así un ámbito de aplicación para el Derecho comunitario que deriva de sus propias finalidades.

2. Adecuación del ámbito de aplicación material de la normativa española a la Directiva 93/13/CEE

Las argumentaciones que emplea el TJCE para afirmar la adecuación del Derecho español al ámbito de aplicación material de la Directiva son aún menos afortunadas que las anteriores. En el ámbito de aplicación material del art. 5 CR sólo quedan incluidos algunos contratos de consumo (18). Sin embargo, también los contratos excluidos, dado que pueden contener cláusulas eventualmente abusivas, quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y, por tanto, deberían ser sometidos al mismo control. Respecto de este problema, el TJCE dice que «el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 modificada tiene un ámbito de aplicación más limitado, puesto que tan sólo se aplica a los tipos de contratos a que se refiere el art. 5, aps. 1, 4 y 5 del convenio de Roma. Pero no es menos verdad que, tal como ha mantenido el Gobierno Español, esa laguna la colma el art. 3, párrafo segundo, de la Ley 7/1998, disposición que es aplicable a todos los contratos celebrados, sin negociación individual, sobre la base de condiciones generales». Este considerando de la decisión es bastante desafortunado pues de él se infiere una comprensión incompleta del sistema español de protección de los consumidores, respecto de la cual el TJCE va en solitario, pues tanto la Comisión como el Abogado General poseen una mejor visión del funcionamiento del sistema español (19). Efectivamente, el art. 3 párrafo segundo de la LCGC es de aplicación a todos los contratos celebrados sin negociación individual, sobre la base de condiciones generales. Dicho precepto delimita el ámbito de aplicación de la LCGC, que se ocupa, sólo y exclusivamente, de la interpretación, y control de incorporación al contrato, de los clausulados generales de la contratación y no, por el contrario, del control de contenido

de las cláusulas abusivas en un contrato de consumo. La norma relevante para esta última misión es el art. 10 bis 3 LGDCU. Según este esquema, dado que la LCGC no se ocupa del control de contenido, los contratos de consumo incluidos en el ámbito de aplicación del art. 3.2 LCGC no necesariamente se verán sometidos a esa clase de control, salvo que la ley española sea declarada como aplicable en virtud del art. 10 bis 3 LGDCU. No es posible, por tanto, invocar el art. 3 LCGC para otorgar cobertura a los contratos de consumo no incluidos en el ámbito de aplicación del art. 10 bis 3 LGDCU. Por esta misma razón, cabe una duda muy razonable sobre el entendimiento del art. 3 LCGC como norma de DIPr vinculada con el art. 6.2 Directiva, pues las disposiciones que contiene la LCGC no contienen previsiones directamente relacionadas con las exigencias de la Directiva (20).

En cualquier caso, con seguridad disponía el TJCE de un camino más fácil para declarar la adecuación del Derecho español al ámbito de aplicación material de la Directiva. De la redacción del precepto es posible entender que la norma española realiza una incorporación por referencia del art. 5 CR, pero únicamente en relación con los «términos previstos» por ese precepto, y no, al contrario, respecto de los contratos de consumo incluidos en su ámbito de aplicación (21). Este matiz resulta de interés pues permite entender incluido en el ámbito de aplicación del art. 10 bis 3 LGDCU el control de contenido de las cláusulas abusivas existentes en cualquier contrato de consumo, y no únicamente de los contratos de consumo incluidos en el ámbito de aplicación material del art. 5 CR. Cabría entender así que «los términos» a que se refiere el precepto son las condiciones de vinculación con el país del consumidor pasivo a que se refiere el art. 5 CR para que el mismo sea merecedor de la protección dispensada por la ley del país de su residencia habitual. Esta interpretación, en cualquier caso, no sólo viene avalada por el efecto interpretativo y por el efecto útil del Derecho comunitario sino que se desprende del propio carácter del art. 10 bis 3 LGDCU, como norma cuya función es, sólo y exclusivamente, de DIPr, y cuyo ámbito de aplicación material viene determinado por el carácter abusivo de la cláusula, tal y como se desprende del art. 10.1 LGDCU. En cualquier caso, la eliminación en la futura norma de DIPr de las cláusulas abusivas de cualquier referencia al art. 5 CR debería bastar para evitar cualquier tipo de confusión en torno a la aplicabilidad de la misma a cualquier contrato de consumo que incorpore cláusulas eventualmente abusivas.

III. REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA TJCE DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004 SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL DE DIPR DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Con una argumentación tan pobre, el mayor interés de la decisión del TJCE de 9 de septiembre de 2004 radica, como dijimos, en que compele al legislador español a la reforma del sistema. Siendo optimistas, la situación resulta positiva, pues cabe tener la esperanza de que la reforma servirá para superar las insuficiencias que ha mostrado el art. 10 bis 3 LGDCU. Hasta que llegue, todavía se hace preciso plantear cómo afecta la decisión TJCE a la interpretación del sistema español de DIPr de las cláusulas abusivas. El sistema cuenta ahora, junto con el art. 10 bis 3 LGDCU, con la sentencia TJCE 9 de septiembre 2004, que habrá de ser tenida en cuenta por el intérprete. En nuestra opinión, la existencia de esta decisión podrá ayudar de cara a inclinar la balanza, a la hora de interpretar el sistema español, a fin de permitir la aplicación del Derecho

comunitario de consumo en supuestos en los que, según el Derecho español, no correspondería dicha aplicación. Pero veamos esto con algún ejemplo.

Imaginemos que un consumidor portugués, con residencia habitual en Faro, compra a una promotora malagueña un chalet con parcela en la playa de Manilva (Málaga). Puesto que no se trata de un consumidor que recibe la oferta de celebrar un contrato en el país de su residencia habitual, la aplicación del art. 10 bis 3 LGDCU y, por tanto, la del art. 5 CR, harán viable la elección de la ley de un Estado tercero como aplicable al contrato. Sigamos imaginando que en la escritura de compraventa se incluye una cláusula en virtud de la cual se elige el Derecho de Nigeria como aplicable al contrato, y otra que atribuye al consumidor el pago de los gastos de cancelación de la hipoteca concertada por el promotor, que tiene la consideración de abusiva para nuestro Derecho (22). Si el consumidor decide emprender un procedimiento ante los jueces españoles a fin de que la cláusula así sea declarada, el juez deberá seguir aplicando el art. 10 bis 3 LGDCU, con el resultado de que no será posible limitar la eficacia de la cláusula de designación del Derecho aplicable. No obstante, en nuestra opinión, la sentencia TJCE 9 septiembre 2004 puede abrir o, en su caso, hacer más diáfanos, diversas vías de argumentación en amparo de la posición del consumidor. La primera consistiría en la invocación del efecto directo horizontal del Derecho comunitario, que cobraría pleno sentido a la vista de que el TJCE ha declarado que España ha llevado a cabo una transposición incompleta del art. 6.2 Directiva, y en el caso propuesto la debida transposición habría deparado la aplicación del Derecho armonizado de algún Estado miembro de la UE. Con mucha probabilidad dicha alegación sería acogida, sobre todo teniendo en cuenta la posición que al respecto del reconocimiento del efecto directo horizontal del Derecho comunitario ha venido manteniendo, aunque no siempre, la jurisprudencia española (23), y ello a pesar de que no resulta una posición muy ortodoxa, al desviarse respecto de la línea seguida en esta cuestión por el TJCE (24). Como segunda vía cabría invocar el efecto interpretativo del Derecho comunitario, que ha sido utilizado aún con mayor frecuencia por la jurisprudencia española, difuminándose a veces sus contornos respecto del efecto directo horizontal (25). La argumentación, en este caso, podría discurrir de un modo análogo al siguiente: el Derecho español ha de conseguir el efecto útil del Derecho comunitario y, por tanto, el cumplimiento de los objetivos perseguidos por aquél. El art. 10 bis 3 LGDCU, norma de transposición española del art. 6.2 Directiva, no consigue la aplicación del Derecho comunitario de cláusulas abusivas en todos los supuestos vinculados con la Comunidad, en el sentido señalado por ese precepto, y así lo ha puesto de manifiesto la sentencia TJCE 9 septiembre 2004. En esta situación no sirve la solución formal que proporciona el Derecho español y es preciso integrar la laguna de carácter axiológico. Para integrar la laguna cabría acudir a expedientes diversos. Si consideramos el art. 10 bis 3 como una norma unilateral convendría caracterizarla del tipo universalista de forma que para integrar la laguna habría que descubrir de qué Estados son las normas armonizadas que poseen vocación aplicativa sobre el presente caso. De este modo, la laguna quedaría cubierta mediante la aplicación del Derecho de cláusulas abusivas del Estado miembro cuyas normas reclamen aplicación al caso. Por ejemplo, el consumidor portugués podría invocar el art. 23 de la Ley portuguesa de condiciones generales de la contratación según la cual la normativa portuguesa es aplicable, cualquiera que sea el Derecho aplicable al contrato, a todas las situaciones vinculadas con el Mercado interior (26). El art. 7.1 CR, debidamente modalizado para tener en cuenta las necesidades del Mercado interior

europeo, sería el cauce para llevar a cabo esta aplicación (27). Si hay normas de varios países que reclaman su aplicación al caso, los eventuales conflictos positivos entre normas deberían quedar resueltos a través de la creación de criterios de preferencia aplicativa, correspondiendo mejor título de aplicación a las normas del Estado miembro de la UE que tenga mayor vinculación con el supuesto (28). En todo caso, la aplicación del Derecho extranjero, en estos casos, debería siempre pasar el filtro que supone la regla de reconocimiento mutuo, a fin de no declarar aplicable un Derecho diferente al del Estado de origen sin que exista justificación para ello. Si consideramos al art. 10 bis 3 LGDCU como norma de conflicto bilateral, inicialmente el problema sería idéntico, pues formalmente no sería posible declarar aplicable el Derecho armonizado de ningún Estado miembro de la UE, habida cuenta que el consumidor no es pasivo y no existe posibilidad de limitar la eficacia del pacto de elección de ley. Como solución extrema, para cumplir con los objetivos del Derecho comunitario, cabría afirmar el carácter de normas materiales imperativas de las normas españolas relativas a las cláusulas abusivas, siempre que el contrato muestre algún vínculo con el territorio español. La aplicación del Derecho español, considerado como imperativo, tendría lugar a través del art. 7.2 CR. En todos los casos, se trata de soluciones forzadas, y dirigidas a resolver por vía interpretativa la situación creada por el legislador español al transponer de forma incompleta el art. 6.2 Directiva. Sin duda, la sentencia TJCE 9 septiembre 2004 podría contribuir a esta clase de soluciones.

IV. CLAVES PARA UNA NUEVA TRANSPOSICIÓN

1. Factores que influyen sobre la transposición

La elaboración de normas de transposición posee unos condicionamientos muy especiales. En esencia, el problema consiste en identificar correctamente las exigencias que provienen del Derecho comunitario, conocer cómo influyen sobre la redacción de la norma estatal y, al mismo tiempo, introducir en los márgenes hallados los intereses estatales de política legislativa que, por lo demás, deberían ser congruentes con los principios y valores de su ordenamiento jurídico. Como primero de todos ellos, el propio dictado de la norma que ha de ser incorporada influye de forma decisiva, a pesar de que, a veces, como ocurre con el art. 6.2 Directiva, alguno de sus términos aparezca como ambiguo y se preste a ser interpretado. El ámbito de aplicación material de la Directiva así como el texto, sentido y finalidad del art. 6.2 de la misma se erigen en límite para el legislador español a la hora de proceder a la transposición de dicha norma. Si el legislador español traspasa esos límites, el Derecho elaborado no disfrutará de rango comunitario y, por tanto, quedará degradado a mero Derecho estatal, siendo entonces de aplicación preferente el CR (29). Junto al propio precepto, los Estados deben tener en cuenta los principios del Derecho comunitario, singularmente el objetivo de la creación y correcto funcionamiento del Mercado interior europeo, de forma que las normas de DIPr no introduzcan restricciones no justificadas a las libertades. En este sentido, el TJCE ya ha tenido la oportunidad de declarar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de normas estatales que establecían, para sí mismas, un ámbito de aplicación espacial capaz de constituir tal clase de restricción (30). De ello deriva que una norma unilateral de transposición que establezca la aplicabilidad de un Derecho estatal a todas las situaciones conectadas con la Comunidad Europea podrá ser

considerado como una restricción a las libertades. Igualmente, es preciso considerar las indicaciones ofrecidas por el TJCE, en el sentido de que, si bien la transposición no exige una acción legislativa del Estado, es indispensable «que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales» (31). Estas indicaciones, como veremos, pueden tener una importante repercusión sobre el modelo de transposición que haya de ser seleccionado por el legislador. Se hace necesario, por tanto, conocer cómo tiene lugar la influencia de cada uno de estos factores sobre la elaboración de la norma de DIPr.

2. Ámbito de aplicación de la norma española de DIPr sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo

Para llevar a cabo una correcta transposición del art. 6.2 Directiva es preciso que la norma estatal de DIPr delimite con sumo cuidado cuál es su ámbito de aplicación, pues la excepción que ésta supone al régimen general de normas de conflicto del CR únicamente procede en algunos casos. Se hace preciso, por tanto, que la norma de DIPr no se limite a establecer una solución de DIPr sino que, previamente, delimite cuándo será de aplicación. La lectura del art. 6.2 Directiva 92/13/CE impone varias exigencias respecto de este ámbito de aplicación. En primer lugar, debe quedar claro que la norma es aplicable a todos los contratos que puedan contener cláusulas abusivas bastando, como dijimos, con evitar la referencia al art. 5 CR para que no surjan dudas respecto de ese resultado. En segundo lugar, la protección de la norma de DIPr habrá de extenderse, sólo y exclusivamente, sobre los consumidores personas físicas, tal y como se define en la Directiva. Para evitar los problemas de confusión en torno a la aplicabilidad de esta norma a los consumidores personas jurídicas, convendría que la norma mencionara dicha limitación, o que se hiciera una referencia a los sujetos protegidos por la Directiva. En tercer lugar, la excepción que crea el art. 6.2 Directiva respecto de las soluciones generales del CR únicamente se prevé para los casos en los que la privación de la protección garantizada por la directiva sea resultado de la elección de la ley de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato. Sin perjuicio de lo extraño que resulta esta limitación (32), el art. 6.2 Directiva impide al legislador estatal afectar con sus soluciones especiales a los contratos de consumo que no incluyan una cláusula de elección de ley aplicable, así como a aquéllos que designen como aplicable al Derecho de un Estado miembro de la UE (33). Por último, la aplicabilidad de esta norma está sometida a la existencia de una «estrecha relación con un Estado miembro». Como hemos visto, la sentencia TJCE 9 septiembre 2004 se limita a señalar que la combinación de criterios de conexión que contempla el art. 5 CR suponen una restricción incompatible con el nivel de protección fijado por la Directiva en su art. 6.2. La obviedad de la contradicción entre el art. 5 CR y las exigencias del art. 6 Directiva explican, que no justifican, la parquedad y laconismo del fallo. Si un consumidor con residencia habitual en Granada se desplaza al Reino Unido, allí se pone en contacto con una inmobiliaria y, tras un tiempo de negociación, compra una casa en Londres, será perfectamente posible la válida inclusión en el contrato de una cláusula de elección de ley, con plena eficacia, que designe como Derecho aplicable el de Venezuela. En este caso, sin entrar en mayores disquisiciones respecto de la fundamentación, cabría apreciar la existencia de un vínculo estrecho con

un Estado miembro, que deba determinar la necesidad de garantizar la aplicación del Derecho armonizado de alguno de los dos países. La posibilidad de contar numerosos contactos de la situación con países europeos justificaría la aplicabilidad del Derecho comunitario. Esta claridad comienza a perderse cuando esos contactos se van reduciendo. Así, si en el mismo caso anterior, la sociedad cocontratante no tiene su sede social en Europa, quizás proceda igual solución, pero ahora contamos un contacto menos del contrato con países europeos, debido a que el vendedor tiene su sede social fuera de la UE. La aplicabilidad del Derecho comunitario parece igual de razonable en un caso idéntico al anterior (vendedor con sede social en USA y consumidor con residencia habitual en España que contratan en el Reino Unido) en el cual la casa pueda estar, por ejemplo, en San Francisco (EE.UU.). Y, sin embargo, en el recuento, los contactos con países europeos se han vuelto a reducir. Aún más reducidos son los contactos si el consumidor tiene su residencia habitual en Japón, y lleva a cabo la compra de una casa en París, caso en el cual comenzarán a aparecer dudas sobre la necesidad de que el Derecho comunitario de cláusulas abusivas deba garantizar la protección del consumidor. Por otra parte, si un consumidor con residencia habitual en España celebra un contrato de compraventa de un yate fuera borda en Estados Unidos con una empresa de ese país, tampoco parece necesario que haya de aplicarse el Derecho europeo a esa situación. Pero resulta bastante probable que las dudas aparecerán si, en ese mismo caso, el cocontratante tiene su sede social en Europa.

No es necesario insistir en que la solución que proporciona el TJCE deja sin resolver el problema de la aplicabilidad del Derecho comunitario en este tipo de situaciones transfronterizas. Los ejemplos expuestos hacen ver con claridad que para determinar cuándo una situación de consumo es intracomunitaria o, diríamos mejor, relevante para el Derecho comunitario, es preciso atribuir valor a las conexiones del contrato con los distintos países. Para atribuir ese valor es preciso, y no puede ser de otro modo, tener en cuenta las finalidades y objetivos perseguidos por la Directiva. Si ello es así, en nuestra opinión, obligatoriamente habrá de quedar en un segundo plano la necesidad de hallar soluciones armónicas con las establecidas por otros instrumentos, singularmente con el CR, cuyas reglas de conflicto están informadas por valores y principios diferentes. Por ello, la coincidencia de soluciones, caso de darse, no sería más que una pura casualidad.

Es sabido que el principio de proximidad no tiene un contenido en sí mismo, sino que éste debe ser llenado a la vista de las finalidades y objetivos de cada regulación. Indagando en los objetivos perseguidos por la Directiva, es posible observar que la misma persigue dos finalidades generales: de un lado, favorecer a los consumidores; de otro, generar, mediante la aproximación de legislaciones en materia de protección de los consumidores, condiciones equivalentes de competencia para los vendedores y prestadores de servicios dentro de la UE, y servir así a la creación efectiva del Mercado Interior europeo. Esta segunda finalidad, a nuestro modo de ver (34), posee una interesante perspectiva espacial cuya utilización como elemento de interpretación para la definición del vínculo estrecho a que se refiere el art. 6.2 Directiva resulta del mayor interés. En efecto, si la finalidad es evitar que, mediante la aplicación de estándares diferentes de protección, se produzcan distorsiones a la competencia entre las empresas dentro del mercado interior, resultará adecuado otorgar al Derecho comunitario un ámbito de aplicación que garantice la existencia de condiciones de competencia equivalentes en todo el Mercado interior. Ello hace posible afirmar que existirá un

vínculo estrecho con la UE cuando los contratos, celebrados entre consumidores y empresas, son resultado de actividades comerciales orientadas hacia el Mercado interior europeo. Estas son, por tanto, las relaciones jurídicas relevantes para el Derecho comunitario y que merecen una solución especial. Cualquier otro tipo de conexión del contrato con países miembros de la UE no debe originar la aplicación del Derecho armonizado. Por ejemplo, si un consumidor con residencia habitual en España, que está de vacaciones en Japón, celebra un contrato con una sociedad con sede en el Reino Unido que ha realizado actividades comerciales dirigidas hacia ese país por parte de la empresa británica, en tal caso no se reunirían las condiciones para hacer necesaria la aplicación del Derecho europeo armonizado, cuya misión se circunscribe, sólo y exclusivamente, a las actividades comerciales que se dirigen hacia Estados miembros. Y ello a pesar de que las dos partes tienen su sede social y residencia en Europa. Por el contrario, si una empresa japonesa, que orienta su actividad comercial hacia el mercado europeo, celebra en Hamburgo un contrato con un consumidor activo con residencia habitual en España, dicho contrato habrá de quedar sometido al Derecho europeo. En este caso, la idea de conciliación entre Derecho convencional y Derecho comunitario nos llevaría, por el contrario, a la inaplicación del Derecho europeo, al ser aplicable, en defecto de elección de la ley aplicable, el Derecho japonés.

Por tanto, para determinar la aplicabilidad del Derecho comunitario de las cláusulas abusivas ha de tenerse en cuenta la existencia de actividades comerciales orientadas hacia un Estado de la Unión Europea (35). Dicho criterio, que resulta flexible en su configuración, podrá ser objeto de conexiones que funcionen a modo de presunción, para hacer más fiable y seguro el sistema. En todo caso, la valoración judicial deberá estar presente en los casos más dudosos, que seguro se darán. Así, por ejemplo, para valorar si una publicidad va dirigida al mercado de un Estado miembro de la UE habrá que ver, por ejemplo, si dicha publicidad se difunde por una cadena de televisión de ámbito estatal o si, por el contrario, es recibida a través de una antena parabólica, o por un cable de red, pues en estos dos últimos casos no existirá actividad comercial dirigida hacia el mercado europeo. La necesidad de esta valoración será especialmente difícil respecto de la publicidad que tiene lugar a través de Internet, donde la configuración de la página y la aptitud de la empresa podrán ser elementos determinantes para la aplicación eventual del Derecho comunitario. Otros datos, como la existencia de una agencia en el país, serán más definitivos. Habida cuenta de la variabilidad de estas posibilidades, resultará deseable conceder cierto espacio en este ámbito para la valoración judicial.

3. Métodos de reglamentación disponibles: normas unilaterales y normas bilaterales

De acuerdo con el principio de subsidiariedad que, con claridad, informa la regulación europea en este ámbito, el legislador comunitario se contenta con determinar en qué supuestos es necesario garantizar la aplicación de alguna de las legislaciones armonizadas de los Estados miembros de la UE. En el resto, el art. 6.2 Directiva ofrece libertad a los Estados para optar por cualquiera de los modelos disponibles. El legislador español cuenta con la ventaja, en este momento, de conocer los diferentes modelos de transposición que ha registrado la práctica de Derecho comparado así como las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos.

Las opciones básicas son las del método de reglamentación unilateral y la del método de reglamentación bilateral. La norma podrá determinar cuándo son de aplicación las normas de transposición de la Directiva del Derecho español o bien señalar cuál es el Estado miembro de la UE cuyas normas serán aplicables a la cuestión. A su vez, en teoría, el método unilateral puede ser utilizado de dos modos. De acuerdo con el primero, el Derecho español sería declarado aplicable a todas las situaciones que presentaran una relación estrecha con la Comunidad Europea. La norma podría tener la siguiente redacción: «Las normas españolas sobre cláusulas abusivas son de aplicación a todos los contratos de consumo que presenten una relación estrecha con la Comunidad Europea». Este tipo de transposición tiene la ventaja de que garantiza la aplicación del Derecho comunitario a todas las situaciones conectadas con el Mercado interior y, por tanto, genera una adaptación normativa completa del art. 6.2 Directiva. Por otra parte, a efectos de operatividad práctica, facilita la resolución de los casos, pues el juez español siempre aplicará la ley española. Sin embargo, cuenta con el inconveniente de que prescinde de la existencia de divergencias normativas entre las legislaciones de los Estados miembros, posibles en virtud del art. 8 de la Directiva, por lo que no atiende de forma satisfactoria a las exigencias que proceden del principio de justicia y al respeto de un criterio de equivalencia entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero. Por otra parte, una norma de ese tipo escasamente tiene en cuenta la regla de reconocimiento mutuo que, en el ámbito del DIPr, como hemos dicho más arriba, introduce limitaciones no sólo 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. Cabe pensar, por ejemplo, en el contrato celebrado entre un consumidor con residencia habitual en España y una empresa con sede social en Suecia, que fue acordado en un viaje realizado por dicho consumidor a Estocolmo. Si los jueces españoles tuvieran competencia para conocer del caso, la norma española les obligaría a aplicar las normas españolas relativas a las cláusulas abusivas, con el resultado de un grave quebrantamiento a la regla de reconocimiento mutuo, pues la empresa sueca quedaría sometida, sin razón que lo justifique, a normas de cláusulas abusivas distintas de las existentes en el ordenamiento jurídico de su país. 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.

Una segunda opción legislativa consistiría en elaborar una norma que extendiese el ámbito de aplicación de la ley a todos los supuestos de contratos de consumidores conectados con el mercado español, con una redacción como la siguiente: «Las normas españolas sobre cláusulas abusivas son aplicables, cualquiera que sea el Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato haya sido celebrado como consecuencia de las actividades comerciales realizadas por el cocontratante sobre el territorio español». Esta opción legislativa tiene como ventaja que puede sortear los problemas derivados de la regla comunitaria de reconocimiento mutuo, pues en los supuestos comprendidos en su ámbito de aplicación normalmente será posible estimar legítima la restricción a las libertades de circulación que supone esta norma. En efecto, la regla de reconocimiento mutuo admite también excepciones, y probablemente sería admisible la aplicación de normas imperativas de un país cuando el mismo posee interés en tal caso, por ejemplo porque su ámbito de aplicación es razonable, adecuado al fin que se persigue y

proporcional. El inconveniente de este método de reglamentación radica en que, por definición, hace surgir una laguna de regulación respecto de los supuestos relevantes para el Derecho comunitario que no están comprendidos en el ámbito de la norma estatal. En la práctica, una norma de este tipo impone al juez la carga de una más complicada gestión y administración del sistema, pues habrá de congeniárselas, a través de expedientes diversos, para garantizar el objetivo perseguido por la Directiva comunitaria. Entre los expedientes a utilizar cabría proponer bien la bilateralización del criterio de conexión utilizado por la norma, o bien la integración de la laguna a través del recurso al ámbito de aplicación atribuido a sí mismas por el Derecho de otros Estados miembros de la UE. Si se opta por este último sistema, tendría también el tribunal que resolver eventuales conflictos positivos y negativos de normas, y sería necesario establecer pautas de preferencia aplicativa entre las normas extranjeras que reclamasen su aplicación al caso. A la vista de esta complejidad, es posible dudar sobre la compatibilidad de este sistema con la exigencia establecida por el TJCE de que «la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara, y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales». En nuestra opinión, difícilmente podrá darse dicha compatibilidad. Por último, es preciso saber que la opción por el método unilateral es el resultado de una valoración sobre la intercambiabilidad entre los Derechos estatales. En efecto, este método presupone que los objetivos de regulación perseguidos por cada Estado no son necesariamente idénticos. Y las desigualdades no se manifiestan sólo en la regulación material sino también en la necesidad de establecer ámbitos de aplicación especiales, que tengan en cuenta las particularidades de la situación de cada Estado. Habida cuenta que, en lo que se refiere a la regulación de las cláusulas abusivas, no parecen existir, en términos generales, intereses especiales en cada Estado, que deban predeterminar ámbitos de aplicación especiales para dichas normas, no deberá existir inconveniente en llevar a cabo una distribución simétrica de competencias legislativas, teniendo en cuenta el mismo criterio de justicia a través de una norma de conflicto bilateral (36).

Por ello pensamos que la mejor opción para la transposición del art. 6.2 Directiva viene dada por una norma de formato bilateral, que designe al Derecho del Estado miembro de la UE que habrá de ser aplicado en una situación que resulta relevante para el Derecho comunitario (37). Esta norma no genera ningún tipo de laguna de regulación, pues todos los casos que resultan relevantes para el Derecho comunitario quedan comprendidos en su ámbito de aplicación, y obtienen, como respuesta, la aplicación del Derecho de un Estado miembro de la UE. La norma, por otra parte, es congruente con la existencia de cierta equivalencia entre las legislaciones estatales armonizadas. Además, el método bilateral es coherente con la regla de reconocimiento mutuo, pues no impone la aplicación obligatoria del Derecho de ningún Estado miembro, pudiendo servir, a través de una elección apropiada de criterios de conexión, para reforzar la aplicación de la ley del Estado de origen, e igualmente para introducir excepciones a la aplicación de dicha ley cuando quepa descubrir exigencias imperativas relacionadas con la protección del consumidor, ya dentro incluso de las relaciones relevantes para el Derecho comunitario.

4. Criterios de conexión para el régimen de DIPr de las cláusulas abusivas

Para definir los términos de una norma bilateral de DIPr del régimen de las cláusulas abusivas interesará que los criterios de conexión utilizados respondan a las necesidades propias del Mercado interior europeo y, a la vez, a las necesidades propias de la protección de los consumidores. Para garantizar la aplicación del Derecho armonizado cabe, por tanto, distinguir supuestos según exista o no la necesidad de proteger al consumidor. Si no es el caso, la norma habrá de venir definida por dar la mejor satisfacción posible a la regla de reconocimiento mutuo, determinando así la aplicación de la ley del Estado de origen, de la sede social de la sociedad o de la residencia habitual del empresario. Si dicho empresario o sociedad no tienen su sede en la Unión Europea, y por tanto no está en juego la regla comunitaria, parece razonable que el consumidor pueda invocar la ley del país de su residencia habitual. Si, por último, el consumidor no tiene su residencia habitual en la Unión Europea y, por casualidad, se da el caso de que la empresa cocontratante tampoco tiene su sede en un país comunitario, como regla de cierre, podría ser de aplicación el Derecho del foro.

Pero para un consumidor puede no ser indiferente que se aplique el Derecho español o el Derecho alemán relativo a las cláusulas abusivas. Por ello, sería posible también establecer un sistema de protección análogo al que diseña el art. 5 CR, que sería utilizable, sólo y exclusivamente, en el ámbito de la norma de transposición. A pesar de que la Directiva no lo impone, el legislador español podría dar relevancia a la situación especial en la que se encuentra el consumidor cuando, a la vista de las circunstancias, puede esperar la aplicación del Derecho del país en el cual entra en contacto con el cocontratante, en un sentido análogo, aunque no totalmente coincidente, con el 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. Cuando no existe actividad comercial del cocontratante sobre el país de la residencia habitual del consumidor, o si esa actividad no puede ser considerada como relevante a efectos de generar la apariencia descrita, no existirá entonces motivo para proteger al consumidor, siendo de aplicación la regla general descrita en el apartado anterior.

5. Carácter abusivo de los pactos de elección del Derecho aplicable

Para terminar, en nuestra opinión, resultaría conveniente aprovechar la próxima reforma de la regulación de DIPr de las cláusulas abusivas para clarificar los términos de aplicabilidad del número 28 de la disposición adicional 1.ª LGDCU, que considera como abusivos a los pactos de elección de ley que designen a un Derecho extranjero distinto con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle su actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza. La falta de precisión del legislador español respecto a la aplicabilidad de esta norma puede suscitar, y lo ha hecho, cierta controversia. Por una parte, esta disposición es aplicable incluso aunque sea elegido como Derecho aplicable al contrato el Derecho de un Estado miembro de la UE. Aunque esta situación, ciertamente, no cuadra con el ámbito dispuesto por el art. 6.2 Directiva para la actuación de los legisladores estatales, en nuestra opinión es posible considerar la consideración de esta cláusula abusiva como habilitada por el art. 8 de la Directiva, que establece cierta libertad a los Estados a la hora de definir las cláusulas que deban ser consideradas como tales. De no admitirse

esta interpretación, no habría modo de aplicar el número 28 de la disposición adicional primera LGDCU cuando el Derecho elegido por las partes sea el de un Estado miembro de la Unión Europea. Un segundo problema que plantea esta disposición es el relativo a su ámbito de aplicación. La pregunta sería: ¿esta norma es aplicable para eliminar todas las cláusulas de elección de ley de todos los contratos de consumo que quepa celebrar? ¿O la misma está limitada a los supuestos en que sea aplicable el Derecho español? Una respuesta afirmativa a la última cuestión conllevaría limitar la eficacia de esa disposición a los supuestos en los que sea el Derecho español designado como aplicable al contrato. Para aumentar la funcionalidad de esta norma, la misma podría recibir aplicación cuando el Derecho español sea declarado aplicable al caso de forma objetiva, es decir, en caso de que no hubiera existido la cláusula de elección de ley (38). De este modo, si un contrato de consumo es celebrado entre una empresa alemana y un consumidor con residencia habitual en España, y el Derecho francés es designado como aplicable al contrato, la cláusula podría ser considerada como abusiva, en virtud del núm. 28 disp. adic. 1.ª LGDCU, si el Derecho español es aplicable en defecto de elección. Más allá de esa situación cesaría la eficacia internacional de la norma española. Como tercera opción, a fin de otorgar todavía mayor utilidad a esa disposición, sería posible elevarla a la condición de norma internacionalmente imperativa, con lo cual se impediría seleccionar una ley que no tuviera nada que ver con el contexto del contrato, en el sentido especificado por el núm. 28 de la disp. adic. 1.ª LGDCU (39). Respecto de esta posibilidad, habría que cuestionarse si la norma española podría, y debería, servir para invalidar un pacto de elección del Derecho aplicable contenido en un contrato de consumo celebrado por un consumidor que carece de residencia habitual en España. Para clarificar la situación, en nuestra opinión, convendría que el legislador se pronunciase en torno al ámbito de aplicación de la disposición examinada, es decir, que su ámbito de aplicación fuera establecido de forma expresa. Mientras tanto, el problema estará dejado en manos del intérprete, con el límite de las situaciones cuya competencia internacional corresponda a los jueces españoles.

Un último problema que presenta esta disposición es que la misma, habrá de ser objeto de una interpretación adecuada a su finalidad de protección del consumidor, de forma que permita la oportunidad de aplicar el Derecho elegido como aplicable al contrato si ello le favorece. Por ello, en la terminología española, la cláusula habrá de ser calificada no como negra, sino como gris, permitiendo que, a la vista de la cláusula concreta del contrato que sea objeto de valoración, sea posible, en cada caso, decidir si es posible considerarla o no como abusiva (40). Habida cuenta que la consideración de las cláusulas abusivas puede variar de país a país, esta interpretación abriría la posibilidad de utilizar el Derecho más favorable, entre el elegido y el aplicable de forma objetiva, al efecto de declarar el carácter abusivo de las diferentes cláusulas del contrato. Creemos que, dada la peculiaridad del sector, debería poder admitirse esta aplicación combinada de normas de uno y otro ordenamiento jurídico. El último problema que plantea el núm. 28 disp. adic. 1.ª LGDCU es su eventual incompatibilidad con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo. Es sabido que la inadmisibilidad de los pactos de elección de ley es contraria a esta regla, pues no permite elegir, como Derecho aplicable al contrato, el Derecho del Estado del país de origen. Por tanto, únicamente cabría la posibilidad de admitir dicha restricción si está justificada, es decir, si persigue un interés general, si la medida es adecuada objetivamente al fin que persigue y si es proporcional. A nuestro modo de ver, la legitimidad del objetivo es clara, pues la norma persigue proteger al

consumidor. Tan clara no resulta la adecuación objetiva, pues puede ser que el Derecho elegido favorezca al consumidor. Y en este ámbito, del Derecho de consumo, no es posible quedarse en la mera favorabilidad de las normas en términos de DIPr., tal y como ocurre en el ámbito de los contratos comerciales. La atribución a esta disposición de carácter gris creemos que será suficiente para que la norma siga cumpliendo con su objetivo. Y respecto de la proporcionalidad, la medida no va más allá de lo necesario para cumplir con su objetivo de proteger al consumidor frente a un Derecho elegido que no sea esperable o previsible. Por ello, creemos que podría ser una restricción justificada a la libre circulación de mercancías y servicios.

6. Propuesta legislativa

1. Ámbito de aplicación de la norma de DIPr de las cláusulas abusivas. Esta norma será de aplicación a los contratos de consumo que reúnan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- * que contengan un pacto por el que se designe como ley aplicable el Derecho de un Estado que no forme parte de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, y
- * que hayan sido celebrados por consumidores que tengan tal carácter con arreglo a lo dispuesto por la Directiva 93/13/CE, y además
- * que presenten un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

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

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

- a) la ley del Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que tenga su domicilio o sede social el cocontratante.
- b) en su defecto, la ley del Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que el consumidor tenga su residencia habitual.
- c) en su defecto, la ley española.

3. Protección del consumidor. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consumidor tendrá derecho a no ser privado de la protección establecida por la ley del Estado miembro de la Unión 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 Estado su actividad encaminada a la promoción de contratos iguales o similares al celebrado.

(*) El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación BJU2002-01180 (Derecho privado europeo) financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

(**) La dirección de correo electrónico del autor es: (festeban@ugr.es).

(1) Entre estas normas se encuentran las siguientes: el art. 6.2 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el art. 12 de la Directiva 97/7/CE del PE y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, el art. 9 de la Directiva 94/47/CE del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y el art. 12.2 Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

(2) Sobre esas deficiencias, que en síntesis se concretan en el carácter complejo del sistema, pues conlleva elevados costes de administración, así como la aparición de alicientes relacionados con el forum shopping, puede verse nuestro trabajo La protección de los consumidores en el mercado interior europeo, Granada, Comares, 2003, págs. 261-262. También véase AÑOVEROS TERRADAS, B., Los contratos de consumo intracomunitarios, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, págs. 45-46.

(3) Véase la propuesta del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado en BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Décima Reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Roma, 15-17 de septiembre de 2000)», REDI, núm. 2, 2000, págs. 659-662. E igualmente la realizada por AÑOVEROS TERRADAS, B., Los contratos de consumo intracomunitarios, op. cit., págs. 193 y 225.

(4) Véase nuestra propuesta en La protección de los consumidores en el mercado interior europeo, op. cit., págs. 269-274.

(5) El art. I-33 TC establece esta misma definición para la nueva ley marco europea.

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

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

(8) Esta última ha sido la consideración que ha recibido por nuestra parte. En su favor juega la redacción de su supuesto de hecho, que no se refiere al Derecho español sino, de modo general, a las normas sobre cláusulas abusivas y, por otra parte, el hecho de que dicha disposición remite a la regulación del art. 5 CR, norma de cuyo carácter bilateral no es posible dudar. Mantienen también el carácter bilateral de esta norma VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 3», en MENÉNDEZ

MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Madrid, Civitas, 2002, pág. 179.

(9) Véanse los considerandos 30, 32 y 33 de la decisión.

(10) Su función consistiría en «evitar el riesgo que existe en ciertos casos de privar al consumidor de la protección comunitaria cuando se designa como ley aplicable al contrato el Derecho de un país tercero. A este respecto, aquella disposición prevé, en las relaciones contractuales que implican a países terceros, el mantenimiento de la protección que la Directiva otorga a los consumidores en las relaciones contractuales intracomunitarias, siempre que el contrato mantenga una estrecha conexión con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». No hace aquí el Tribunal más que reproducir el considerando vigésimo segundo de la Directiva 93/13/CEE y el propio art. 6.2 de la misma.

(11) Según el tenor de esta disposición «Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales».

(12) Véase el considerando 28 de la decisión.

(13) Véanse los Considerandos 27 y 28 de las Conclusiones del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed.

(14) La formulación de esta idea de «conciliación» se debe a JAYME, E. y KOHLER, CH., quienes entienden que la interpretación de las normas de DIPr que contienen los actos de Derecho derivado, no puede ignorar la existencia de convenios internacionales, como el de Roma, que presentan una clara conexión comunitaria. De acuerdo con esta visión, indican la necesidad de que los Estados miembros de la UE, al interpretar el criterio de la «vinculación estrecha con la Comunidad» que utilizan las normas de DIPr que contienen las directivas, tengan en cuenta el principio de conciliación descrito. 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. Este principio ha sido también propuesto por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado en sus diferentes reuniones y es seguida por otros muchos autores.

(15) Esta idea fue expresada por BASEDOW, J., «Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht», en SCHNEIDER, A. K., HEISS, H., y RUDISH, B., *Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz. Referate und Diskussionen berichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert* Facilides, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1995, págs. 14-15. Se trata de la opción mantenida y desarrollada en nuestro trabajo *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, op. cit., págs. 169-171.

(16) Asunto C-381/1998: «Ingmar GB Ltd».

(17) En concreto, para hallar este ámbito de aplicación, el TJCE tuvo en cuenta la finalidad de la Directiva (la protección del agente comercial una vez que se ha extinguido el contrato), el carácter imperativo de sus normas, la finalidad de la directiva de uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad y la de incrementar la seguridad de las operaciones comerciales. Por todo ello el Tribunal indicó 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 citadas disposiciones mediante el simple juego de elección de la ley

aplicable», siempre que «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».

(18) Éstos son los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o servicios, así como los contratos destinados a la financiación de tales suministros. Quedan expresamente excluidos de dicho ámbito de aplicación los contratos de transporte, los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual. Los contratos sobre bienes inmuebles o los de time sharing tampoco quedan incluidos.

(19) Respecto de la postura de la Comisión, véase el considerando 28 de la decisión. Véase también el considerando 28 de las conclusiones del Abogado General.

(20) Esta parece ser la opinión de VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 3», cit., pág. 147.

(21) Vid., ESTEBAN DE LA ROSA, F., La protección de los consumidores en el mercado interior europeo, op. cit., pág. 239. En igual sentido, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 3», cit., págs. 176-177; AÑOVEROS TERRADAS, B., «Nota a la sentencia TJCE 9 de septiembre 2004» en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1, 2005, pág. 271.

(22) Sobre el carácter abusivo de esta cláusula en el Derecho español, véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 156.

(23) En efecto, cabe apreciar en la jurisprudencia española una línea muy constante a la hora de atribuir eficacia directa entre particulares a las directivas comunitarias, a pesar de que dicho efecto no ha sido reconocido por el TJCE. Véanse las SS TS 12 julio y 23 de septiembre 1996, de 5 de julio de 1997, de 8, 14, 25 y 30 de noviembre de 1996, de 4 de diciembre de 1996, de 1 de febrero de 1997, de 20 de febrero de 1998. En la jurisprudencia menor, las SS AP Málaga 6 octubre 1998. También, en este sentido, la Sentencia AP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4.ª) de 18 de marzo 2002 y la sentencia AP Castellón (Secc. 1.ª), de 4 de mayo de 2001. Una valoración negativa del reconocimiento de efecto directo horizontal a las directivas comunitarias puede verse en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997».

(24) Como se sabe, el TJCE ha reconocido el efecto directo de las directivas sólo en las relaciones verticales, y no en las horizontales. Véanse las sentencias TJCE de 14 de julio de 1994, As. C-91/1992: «Facini Dori» de 7 de marzo 1996, As. 192/1994: «El Corte Inglés». RDCE, 1999, págs. 121-122.

(25) La sentencia AP Madrid (Secc. 10.ª) de 7 de abril 2003 admite el efecto interpretativo, de una forma muy cercana al efecto directo. Según la Audiencia, el órgano jurisdiccional nacional que debe de interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado perseguido por esta y atenerse así al párrafo tercero del art. 189 del Tratado CE. En igual sentido véase la sentencia AP Madrid de 8 febrero 2003.

(26) Véase en RDM, 1996, págs. 103-115. La traducción es nuestra.

(27) A pesar de que el art. 7 CR no ha sido pensado, inicialmente, para aplicar normas relativas a la protección de los consumidores, lo cierto es que, en este caso, la aplicación de la norma de protección de los consumidores tiene más que ver con una idea de

funcionamiento correcto del Mercado interior que con la simple y mera protección de los consumidores. De ahí que en este caso se justifique la utilización de esta vía. Un desarrollo más detenido sobre este tema puede verse en ESTEBAN DE LA ROSA, F., La protección de los consumidores..., op. cit., págs. 198-205.

(28) Dichas posibilidades para la resolución de conflictos positivos y negativos fueron desarrolladas en nuestra monografía La protección de los consumidores..., op. cit., págs. 249-260.

(29) Para que no fuese así, la elaboración de una norma de conflicto estatal en el ámbito del Derecho de contratos exigiría iniciar el procedimiento especial que contempla el art. 23 CR.

(30) Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999 en los asuntos acumulados C-369/1996 y C-376/1996: «Arblade».

(31) Véanse considerando 15 sentencia TJCE 9 septiembre 2004, As. C-70/2003: «Comisión/Reino de España», considerando 17 sentencia TJCE 10 mayo 2001, As. C-144/1999: «Comisión /Países Bajos», y considerando 18 sentencia TJCE 7 mayo 2002, As. C-478/1999: «Comisión/Reino de Suecia».

(32) Si atendemos a los objetivos declarados por la directiva de generar condiciones equivalentes de competencia para las empresas que actúan en la Comunidad, dicha limitación carece de sentido, pues, por ejemplo, una empresa japonesa que contrate con un consumidor activo con residencia habitual en España podrá soslayar el Derecho comunitario de cláusulas abusivas, al no resultar operativa la excepción que supone el art. 6.2 Directiva cuando la inaplicación del Derecho comunitario tiene lugar a través de una localización objetiva del contrato.

(33) Más abajo nos referiremos a la problemática particular que esta exigencia plantea respecto de la posibilidad de considerar como abusiva a la cláusula de elección de ley, lo que resultaría conforme con el núm. 28 de la disp. adic. 1.^a de la LGDCU.

(34) Más ampliamente, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., La protección de los consumidores, op. cit., pág. 179. Véase allí lo establecido por la sentencia TJCE 27 septiembre 1988 dictada en el asunto «Pasta de madera».

(35) Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., La protección de los consumidores, op. cit., págs. 176-186. Señalando que existe la vinculación del art. 6.2 Directiva cuando el proveedor extranjero opera en el mercado de un Estado miembro, véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 3», cit., pág. 175. Desde la perspectiva del consumidor, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (pág. 173) entienden que «el objetivo principal de la Directiva es asegurar la tutela de los consumidores que consumen en el mercado comunitario (con independencia de que el profesional sea o no comunitario)».

(36) Ello no supone ignorar que, en presencia de un problema concreto percibido en un Estado, y respecto de una concreta norma, sea posible averiguar una necesidad especial de regulación que haya de justificar un ámbito de aplicación especial. Pero entonces ya estaríamos hablando de una norma material imperativa, que aparecería como excepción al funcionamiento regular de la norma de conflicto general.

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

(38) Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores*, op. cit., págs. 237-239. En igual sentido, también AÑOVEROS TERRADAS, B., «Nota a la sentencia TJCE 9 septiembre 2004», cit., pág. 275.

(39) Véase VILÁ COSTA, B. y GARDEÑES SANTIAGO, M., «Comentario a la Disposición Adicional Primera, número 28 LGDCU», en ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 449.

(40) Una opinión distinta mantienen VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., quienes entienden que «si se llenan sus condiciones, la cláusula de elección es nula y se tiene por no puesta. No cabe comparación entre la ley elegida y la ley aplicable en defecto de elección». Véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 2», cit., pág. 222.