

Aspectos de Derecho Internacional Privado en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007): Nuevos modelos de análisis

por

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. SISTEMA DE FUENTES APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO.
- III. ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO ROMA I.
- IV. TIPO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU: *NORMAS DE EXTENSIÓN*.
- V. DIRECTIVAS COMUNITARIAS RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU:
 1. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DIRECTIVA 93/13:
 - A) *Elección de ley a favor de un tercer Estado.*
 - B) *Estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.*
 2. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA: DIRECTIVA 97/7.
 3. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE GARANTÍAS: DIRECTIVA 99/44.

- VI. CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU FRENTE A LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMIDORES:
 - 1. VÍNCULO ESTRECHO CON LA UNIÓN EUROPEA.
 - 2. CUALQUIERA QUE SEA LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES PARA REGIR EL CONTRATO.
- VII. RELACIONES ENTRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I, LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU:
 - 1. RELACIONES ENTRE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU.
 - 2. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU.
 - 3. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMO.
- VIII. ARTÍCULO 67 TR-LGDCU Y ARTÍCULO 3.4 DEL REGLAMENTO ROMA I.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. El Reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales —en adelante «Roma I»—, *DOUE* L 177 de 4 de julio de 2008 (LCEur 2008, 1070), regula en su artículo 6 la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Sin embargo, no es la única norma de Derecho Internacional Privado que regula en la Unión Europea este problema. Existen varias Directivas Comunitarias en materia de consumidores que determinan su ámbito de aplicación en el espacio. A saber: la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; 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; y la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de venta y garantías de los bienes de consumo.

Se trata de normas unilaterales comunitarias que determinan el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Privado Comunitario en aras de los intereses de los consumidores, frente a las normas de conflicto multilaterales recogidas en el Reglamento Roma I (1). En principio las Directivas Comunitarias tienen su propio ámbito de aplicación en el espacio, por lo que el Reglamento Roma I no debería inmiscuirse en su aplicación.

(1) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 11-112; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 71-74 y 287.

2. Esta multiplicidad de fuentes comunitarias crea una cierta complejidad en los operadores jurídicos, básicamente por dos razones.

En primer lugar, porque rompe la unidad de fuentes del Derecho Internacional Privado contractual en la Unión Europea. En este sentido, el Reglamento Roma I, considerado como una especie de «codificación global europea en materia de contratos» (2), puede verse corregido por la presencia de estas normas de Derecho Internacional Privado que se encuentran «fuera del Reglamento Roma I» y que prevalecen sobre lo dispuesto en el Reglamento Roma I, tal y como dispone el artículo 23 del Reglamento Roma I en relación con el Considerando 40, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por el Reglamento Roma I. Se produce, de este modo, una «erosión del Reglamento Roma I» (3).

En segundo lugar, estas Directivas constituyen un conjunto de normas de Derecho Internacional Privado «para los supuestos intracomunitarios» (4). Se crean así «dos sistemas de Derecho Internacional Privado»: uno para los supuestos internacionales «no comunitarios», y otro para los supuestos internacionales pero «intracomunitarios», sin definir claramente la diferencia entre unos supuestos y otros (5).

(2) I. J. BENNETT, «The Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», en *CMLR*, 1980, vol.17, págs. 269-277; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 73; G. SACERDOTI, «Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento», en G. SACERDOTI/M. FRIGO (coord.), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2.^a ed., Giuffrè, Milán, 1994, págs. 1-16; R. VANDER ELST, «L'unification des règles de conflits de lois dans la CEE», en *Journal des Tribunaux*, 1973, págs. 243-254.

(3) J. BASEDOW, «Europäisches Internationales Privatrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, págs. 1921-1930; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 287; D. MARTINY, «Europäisches Internationales Vertragsrecht – Erosion der Römischen Konvention?», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, págs. 107-119. En sentido similar, B. VON HOFFMANN, «Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht», en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1995, págs. 52-65; J. BASEDOW, «Europäisches Internationales Privatrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, págs. 1921-1939; H. J. SONNENBERGER, «Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts», en *Juristenzeitung*, 1998, págs. 982-989; S. LEIBLE, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVUe und in EG-Richtlinien», en H. SCHULTE-NOELKE/R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, págs. 353-382; G. FISCHER, «Das Kollisionsrecht der Verbraucherverträge jenseits von Artikel 5 EVUe», en *Festschrift für Bernhard Grossfeld*, Heidelberg, 1999, págs. 277-287.

(4) S. GRUNDMANN, «Binnenmarktkollisionsrecht – vom klassischen IPR zur Integrationsordnung», en *RabelsZ*, 2000, págs. 457-470; ID., «Das Internationale Privatrecht der E-Commerce- Richtlinie – was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?», en *RabelsZ*, 2003, págs. 246-262.

(5) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 73-74.

3. Ahora bien, las Directivas Comunitarias no se aplican de oficio ni son de directa aplicación por los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea. A diferencia de los Reglamentos comunitarios necesitan una Ley de transposición en cada uno de los Estados miembros. Por ello, su transposición puede variar de país a país con una clara lógica, en la mayoría de los casos, *legeforista* (6). Esta disparidad de transposiciones va a provocar la quiebra del principio de uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario; sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de las Directivas Comunitarias en materia de consumidores son normas que se aplican porque el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio del Espacio Económico Europeo, sin precisar claramente qué debe entenderse por tal vinculación o en qué casos no quedaría justificada la aplicación de la normativa comunitaria.

4. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 [Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TR-LGDCU)] tenía la difícil tarea de unificar en un solo cuerpo normativo todas las normas aplicables a los contratos de consumidores en España, incluyendo todas las normas de transposición de las Directivas Comunitarias en materia de consumidores (7). Esta labor no era nada fácil si tenemos en cuenta la cantidad de normas en materia de consumidores diseminadas por nuestro ordenamiento jurídico, su diferente contenido, el tiempo de su elaboración y los principios jurídicos en los que se habían basado (8).

Así, el artículo 67 del TR-LGDCU transpone y desarrolla lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; en el artículo 12 de la Directiva 97/7CE 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; y en el artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de venta y garantías de los bienes de consumo.

El artículo 67 TR-LGDCU dispone textualmente: *Artículo 67. Puntos de conexión. 1. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, serán aplicables a los consumidores y usua-*

(6) M. FALLON/S. FRANCO, «Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?», en *Private Law in the International Arena – Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague / Zürich, 2000, págs. 155-169; K. BITTERICH, «Die kollisionsrechtliche Absicherung der AGB-Richtlinie (Art. 6 Abs. 2) – Rechtszersplitterung statt Kollisionsrechtseinheit in Europa», en *Zeitschrift fuer Rechtsvergleichung*, 2002, págs. 122-133.

(7) Publicado en el BOE de 30 de noviembre de 2007.

(8) A. PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, año 19, núm. 209, febrero de 2008, pág. 6.

rios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro. 2. Las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, contenidas respectivamente en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

5. A pesar del esfuerzo unificador del artículo 67 TR-LGDCU no existe un instrumento legislativo que garantice la aplicabilidad del Derecho Comunitario en materia de consumidores.

En la actualidad existe una iniciativa del legislador comunitario en materia de consumidores que vendría a derogar las Directivas citadas. Se trata de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008 (Documento COM 2008 614 final). Las novedades más importantes de esta Directiva respecto a las existentes son las siguientes, tal y como se señala en su Exposición de Motivos:

- a) Las Directivas objeto de reexamen contienen cláusulas de armonización mínima, lo que significa que los Estados miembros pueden mantener o adoptar normas más estrictas de protección de los consumidores. Los Estados miembros han hecho amplio uso de esta posibilidad. El resultado es un marco normativo fragmentado a través de la Comunidad, que ocasiona unos costes significativos de cumplimiento a las empresas que desean realizar transacciones transfronterizas. La propuesta se aleja del enfoque de armonización mínima de las cuatro Directivas existentes (que permite a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales más estrictas que

las establecidas en la Directiva) para adoptar un enfoque de armonización plena (que prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva). Como tendremos ocasión de comprobar, el texto del artículo 67 TR-LGDCU es parcialmente incompatible con las Directivas en materia de consumidores citadas, justamente por el poder que tienen los Estados a la hora de transponer las Directivas en su propio ordenamiento jurídico.

- b) La Exposición de Motivos también señala que las normas sobre conflicto de leyes, como las incluidas en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no abordan este problema. Con arreglo al Reglamento Roma I, los consumidores que contratan con un comerciante extranjero no pueden ser privados de la protección que les proporcionan las normas de aplicación obligada de su país de origen. Parece que la Propuesta de Directiva quisiera quitar importancia a la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Ya de hecho, el artículo 3.4 del Reglamento Roma I parte de la armonización del Derecho Comunitario del que las partes no pueden disponer, a pesar de haber elegido la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea, cuando el contrato está conectado con uno o varios de los Estados miembros de la Unión Europea. Y como el legislador comunitario sabe que tal armonización no es plena señala que se aplicará el Derecho Comunitario tal como se aplica en el Estado miembro del foro. Actitud *legiforista* que ha sido muy criticada, tal y como se verá a continuación.

6. Uno de los problemas más graves que existe en la regulación de los contratos de consumidores es la coordinación en la aplicación de las normativas comunitarias de Derecho Privado existentes en materia de consumidores. Así, por un lado, el operador jurídico se encuentra con el Reglamento Roma I y, por otro lado, las Directivas Comunitarias en materia de consumidores y las leyes de transposición de dichas Directivas, como el TR-LGDCU.

II. SISTEMA DE FUENTES APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO

7. Encontrar la norma aplicable a la determinación del Derecho que debe regir un contrato internacional de consumidores no es tarea fácil para los operadores jurídicos. Por ello, se hace necesario establecer previamente el sistema de fuentes al que el operador jurídico se enfrenta a la hora de aplicar la normativa protectora en materia de consumidores:

- 1.º) Por un lado, el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 [DOUE L 177, de 4 de julio de 2008 (LCEur 2008, 1070)], sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) —ya citado— que ha venido a sustituir al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (LCEur 1980, 398) (en adelante CR) —salvo para Dinamarca—, que dejó de aplicarse a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual ha entrado en vigor el Reglamento Roma I, respecto a los contratos internacionales celebrados a partir de esa fecha (9). Esta normativa comunitaria no establece de forma directa y material las normas protectoras aplicables a los contratos internacionales de consumo sino que, a través de normas de conflicto, las normas más importantes de Derecho Internacional Privado, nos señalan de entre los ordenamientos jurídicos conectados con el contrato internacional de consumidores cuál de ellos es el aplicable. Se trata de una normativa de remisión que no soluciona de forma material y sustantiva los problemas, sino que remite la solución material del caso a un ordenamiento jurídico concreto, que puede ser el del foro o el de un tercer Estado. Dicho de otro modo, el Reglamento Roma I sólo determina la Ley aplicable a los contratos internacionales en los que interviene un consumidor.

(9) Sobre el Reglamento Roma I, vid., T. BALLARINO, «Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», en *CDT*, vol. 1, núm. 1, marzo de 2009, págs. 5-18; A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 11-112; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; S. FRANCO, «Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...», en *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, págs. 41-69; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*; H. KENFACK, «Le règlement (CE), núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», en *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, págs. 3-39; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», en *RCDIP*, 97, 4, 2008, págs. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», en *CMR*, 45, 2008, págs. 1687-1725; S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom I”)», en *RIW*, 8, 2008, págs. 528-544; L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução», en *Id.*, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, págs. 401-471; P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», en *IHR*, 2008, págs. 133-152; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

- 2.º) Por otro lado, las Directivas Comunitarias, que son objeto de transposición en cada uno de los Estados miembros, como son la Directiva 93/13, la Directiva 97/7 y la Directiva 99/44, ya citadas. Se trata de una normativa material y directa, a diferencia de las normas de conflicto, que no regulan la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados por un consumidor, pero que contienen normas que limitan la autonomía de las partes cuando se elige el Derecho de un tercer Estado en aras de la aplicación del Derecho Comunitario protector de los consumidores.
- 3.º) Y, por último, las Leyes de transposición de las Directivas Comunitarias, a través del artículo 67 TR-LGDCU, que sí fijan de forma directa, sustantiva y material las normas de protección de los contratos internacionales de consumidores, pero que al tratarse de una normativa reguladora de contratos internos de consumo, excepcionalmente aplicable a los contratos internacionales de consumidores cuando se den las circunstancias contempladas en el artículo 67 TR-LGDCU, tampoco fija la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados entre un consumidor y un profesional.

8. El problema que surge es la compatibilidad de la aplicación de todas estas normativas materiales y conflictuales a los contratos internacionales de consumo. A pesar de la complementariedad de los textos comunitarios, en realidad la aplicación de esta normativa material y conflictual comunitaria aplicable a los contratos internacionales de consumo se hace muy complicada.

La característica más importante, común a todas las normas que regulan la Ley aplicable a los contratos de consumidores, es la restricción de la autonomía de la voluntad de los contratantes en aras de la protección del consumidor, especialmente si es un consumidor comunitario. Partiendo de esta premisa, se hará un estudio de las normas aplicables a los contratos de consumo en la Unión Europea.

III. ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO ROMA I

9. Sin ánimo de exhaustividad, y a modo de resumen para poder entender la relación del Reglamento Roma I con el Derecho Comunitario armonizado en materia de consumo, se hará una breve referencia a la regulación de la Ley aplicable a los contratos de consumidores. El artículo 6 del Reglamento Roma I es una norma de conflicto multilateral que establece la Ley aplicable a los contratos de consumidores sobre la base de la restricción de la autonomía de la voluntad conflictual buscando la mayor protección del consumidor. La ley rectora de un contrato internacional de consumidores es la

Ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor (art. 6.2 del Reglamento Roma I) (10).

El artículo 6 del Reglamento Roma I protege la posición jurídica de los consumidores porque no tienen el mismo «poder de negociación». Por ello existe un alto riesgo de que la «elección de Ley» sea, realmente, y con mucha frecuencia, una «Ley impuesta» por el empresario o profesional al consumidor, que no tiene otra salida que aceptar dicha «elección de Ley» si quiere contratar.

10. Según este precepto son dos los puntos de conexión subsidiarios que utiliza el legislador para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumidores: la Ley elegida por las partes siempre que disponga de un mayor nivel de protección que la Ley de la residencia habitual del consumidor y, en su defecto, la Ley de la residencia habitual del consumidor (11):

- 1.º) Autonomía de la voluntad conflictual limitada. Tal y como establece el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, la Ley elegida no puede privar al consumidor de la «protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo y contenidas en la Ley del país en que dicho consumidor tenga su residencia habitual». Esta disposición que, en principio parece clara, no lo es tanto si se tiene en cuenta que no establece los mecanismos para comprobar si efectivamente la Ley elegida no ha sido impuesta por el empresario al consumidor y, sobre todo, partiendo de que es una elección válida libremente elegida por las partes, cómo, quién y en qué momento se decide si la Ley elegida es más o menos protectora que la Ley de la residencia habitual del consumidor (12). En cuanto al cómo, la mejor solución es aplicar la Ley elegida por los particulares corregida por las normas más favorables en materia de consumidores de la Ley de la residencia habitual del consumidor (13).

(10) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 86, con especial atención a la nota a pie núm. 185 sobre la extensísima bibliografía sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo.

(11) H. KENFACK, «Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», en *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pág. 33.

(12) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 104.

(13) G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 229.

En cuánto al quién y en qué momento, son cuestiones procesales que deben regirse por la *lex fori*.

- 2.º) Ley de la residencia habitual del consumidor. Tal y como establece el artículo 6.1 del Reglamento Roma I, la Ley objetivamente aplicable, en defecto de elección, es la Ley de la residencia habitual del consumidor. Este punto de conexión hay que tenerlo en cuenta en el momento de la celebración del contrato, *ex* artículo 10.3 del Reglamento Roma I. Esta Ley debe aplicarse, aunque no sea la más favorable para el consumidor. No se trata de una norma de conflicto materialmente orientada (14). Se trata de una Ley previsible para las partes con la que el consumidor se encuentra familiarizado y que, en caso de litigio, supone un ahorro de costes, pues coincide con el *forum* (art. 16 del Reglamento 44/2001) (15). Ello es así porque el Reglamento Roma I sólo se centra en los consumidores pasivos y no en los consumidores activos que se trasladan a un país extranjero, distinto al de su residencia habitual, por propia iniciativa para consumir.

11. El artículo 6 del Reglamento Roma I define como contrato de consumo: «el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que el profesional: *a*) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o *b*) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera incluido en el ámbito de dichas actividades» (art. 6.1 del Reglamento Roma I).

Cuando no se reúnan estos requisitos, la ley aplicable se determinará conforme a las reglas generales del Reglamento Roma I (arts. 3 y 4) (art. 6.4 del Reglamento Roma I). En definitiva, la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores sólo regula aquellos contratos que reúnen ciertas *condiciones*, que la mejor doctrina, considera *subjetivas, materiales y espaciales*. Faltando cualquiera de ellas, la cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato internacional se resuelve conforme a las normas de conflicto generales del Reglamento Roma I. En cuanto a lo que se refiere a las condiciones «materiales», todo contrato celebrado

(14) P. BERTOLI, «Il ruolo della Corte di giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento “Roma I”», en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 de marzo de 2006*, Padova, 2006, págs. 9-28, esp. págs. 19-20.

(15) G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 226.

entre profesional y consumidor está cubierto por el artículo 6 del Reglamento Roma I (16). En cuanto a las condiciones «subjetivas», el artículo 6 del Reglamento Roma I exige, para su propia aplicación, que el contrato haya sido celebrado entre un «consumidor» y un «profesional», entendiendo por consumidor la persona física que celebra un contrato «para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional» (17). Por tanto, de ningún modo las personas jurídicas pueden ser consumidores a efectos del Reglamento Roma I. Por último, en lo que se refiere a las condiciones «espaciales», el artículo 6.1 *in fine* del Reglamento Roma I exige también que concurra algún factor que permita «localizar», total o parcialmente, la operación de consumo en el «Estado de residencia habitual» del consumidor. Protege así, exclusivamente, al llamado «consumidor pasivo», que es un consumidor que se ve «asaltado» en su país por ofertas de consumo procedentes de empresarios y profesionales radicados en el extranjero. El consumidor pasivo, por tanto, no provoca la internacionalidad del contrato (18). Sin embargo, el Reglamento Roma I no protege a los consumidores activos, es

(16) Vid. S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom I")», en *RIW*, 8, 2008, págs. 528-544, concr. pág. 537; P. MANKOWSKI, «Consumer Contracts under Article 6», en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (eds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pág. 123; D. SOLOMON, «Verbraucherverträge», en F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, págs. 96-97.

(17) Vid., *ad ex*, A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 94-98; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 271-275; F. DENKINGER, *Der Verbraucherbegriff: eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, Berlin, 2007; E. H. HONDIUS, «The notion of consumer: European Union versus Member States», en *The Sidney Law Review*, 28, 1, 2006, págs. 89-98; D. MARTINY, «Verbraucherverträge», en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6.^a ed., Köln, 2004, págs. 645-703, concr. págs. 662-664; M. L. ULTSCH, *Der einheitliche Verbraucherbegriff: §§ 13, 14 BGB: nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben*, Baden-Baden, 2006; K.-U. WIEDENMANN, *Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht: eine Untersuchung zur Störung der Vertragsparität im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis und den Instrumenten zu deren Kompensation*, Frankfurt am Main, 2004.

(18) L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO, «Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa», en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 de marzo de 2006*, Padova, 2006, págs. 1-8, esp. pág. 6; A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 98-100; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 277-281.

decir, a los consumidores que se desplazan al país del empresario en busca de unas buenas condiciones contractuales. Dicho de otro modo, los contratos de consumo celebrados entre un empresario y un consumidor activo se regularán por las normas generales aplicables a los contratos internacionales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I (art. 6.3 del Reglamento Roma I). Podría pensarse que los consumidores quedan desprotegidos por el simple hecho de ser activos, sin embargo, estos consumidores activos quedan protegidos por las Directivas Comunitarias en materia de consumo ya citadas y las normas de transposición de las mismas en cada uno de los ordenamientos jurídicos que deben aplicarse con prioridad a lo dispuesto en el Reglamento Roma I, *ex* artículo 23 del Reglamento Roma I. Así lo señala también expresamente el artículo 3.4 del Reglamento Roma I.

12. En resumen, en el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el artículo 6 del Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del artículo 6.2 del Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

IV. TIPO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU: *NORMAS DE EXTENSIÓN*

13. Con la expresión «Puntos de conexión», el artículo 67 TR-LGDCU regula una serie de casos en los que, con independencia de la ley elegida por las partes para regir el contrato de consumo, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, recogidas en los artículos 82 a 91 TR-LGDCU, y las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, recogidas en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126 TR-LGDCU respectivamente, son siempre aplicables, incluso aunque sean contrarias a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico elegido por los contratantes. En realidad se tratan de *normas de extensión* no de «puntos de conexión» propios de las normas de conflicto, por lo que esta rúbrica no es acertada.

14. Las *normas de extensión*, como su propio nombre indica, extienden el ámbito de aplicación espacial de una ley interna reguladora de supuestos internos a determinadas situaciones «internacionales». Esto quiere decir varias cosas:

- 1.º) Los artículos 82 a 91, así como los artículos 92 a 106 y 114 a 126 TR-LGDCU son normas de «Derecho Privado interno» que sólo se aplican a los supuestos enteramente nacionales y nunca a las «situaciones privadas internacionales». Ahora bien, como el legislador

español quiere que estos preceptos citados se apliquen también a casos «internacionales», utiliza las normas de extensión recogidas en el artículo 67 TR-LGDCU. Esta afirmación puede comprobarse cuando el artículo 67 TR-LGDCU señala que, con independencia de «la ley elegida por las partes para regir el contrato» de consumo, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, recogidas en los artículos 82 a 91 TR-LGDCU, y las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, recogidas en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126 TR-LGDCU, serán siempre aplicables.

Hay que entender que este precepto se refiere a un contrato «internacional» de consumo porque es el único supuesto en las partes que pueden elegir la *lex contractus*, a través del poder que les otorga la autonomía de la voluntad *conflictual*. Se entiende que un contrato de consumidores es *internacional*, según la tesis del «elemento extranjero puro» —tesis seguida en el ordenamiento jurídico español en la mayoría de los casos— cuando el contrato presenta, al menos, un «elemento extranjero», con independencia de su naturaleza —como *ad ex* la nacionalidad o residencia habitual del consumidor—, de su intensidad —es decir, que el contrato internacional de consumo esté más o menos conectado con otros ordenamientos o Estados— y de su relevancia —es decir, la importancia objetiva del elemento extranjero en el contexto del contrato de consumidores—. En consecuencia, el «elemento extranjero» es cualquier dato presente en el contrato de consumidores que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Para que se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU es necesario que el juez español, que conoce del litigio, compruebe que el contrato presenta algún elemento que no está conectado con el territorio o el ordenamiento jurídico español. Si el juez español comprueba que todos los elementos del contrato de consumo están localizados en el territorio español, no sería de aplicación jamás el artículo 67 TR-LGDCU que, sólo es aplicable, cuando las partes pueden elegir la *lex contractus* al contrato de consumidores, es decir, cuando el contrato de consumo es «internacional».

La consecuencia jurídica más importante de este hecho es que el contrato internacional de consumo va a dejar de regularse por el Derecho material interno español para entrar a ser regulado por normas de Derecho Internacional Privado, como es el artículo 67 TR-LGDCU, norma de extensión que permite aplicar las normas reguladoras de los contratos internos de consumo a los contratos internacionales. Si esta norma de extensión no existiera las normas

del TR-LGDCU no podrían aplicarse jamás a los contratos internacionales de consumidores.

- 2.º) El artículo 67 TR-LGDCU es una norma *pro lex fori*, puesto que sujeta los contratos internacionales de consumo al Derecho Sustantivo español, es decir, al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex fori*). Para ello es necesario que el contrato internacional de consumo esté conectado con el ordenamiento jurídico español o con el Derecho Comunitario, pues la norma de extensión contemplada en el artículo 67 TR-LGDCU, en definitiva, recorta el ámbito de aplicación de la norma de conflicto reguladora de los contratos de consumo contemplada en el artículo 6 del Reglamento Roma I, que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009. El Reglamento Roma I ha sustituido al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo Dinamarca (art. 24.1 del Reglamento Roma I). Así el artículo 67 TR-LGDCU señala expresamente que sólo son aplicables los preceptos citados, con independencia de la ley aplicable al contrato internacional de consumo, «cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo».

Aunque el artículo 67 TR-LGDCU se refiera expresamente a puntos de conexión, ya ha quedado claro que en realidad debería decir normas de extensión, pues el artículo 67 TR-LGDCU no regula normas de conflicto en materia de consumidores, las únicas normas de Derecho Internacional Privado que contienen puntos de conexión. Las normas de conflicto en materia de contratos de consumo nos señalan, entre los distintos ordenamientos vinculados al contrato internacional de consumo, cuál de ellos debe regular la situación. Por tanto, emplea un método de reglamentación «indirecto» cuyo cometido es «localizar» el contrato internacional de consumo en un país concreto, y su ordenamiento jurídico proporcionará la solución concreta a la situación privada internacional objeto del litigio. La norma de conflicto es la norma más utilizada por el Derecho Internacional Privado en todos los países. Su estructura es muy peculiar porque está formada por un supuesto de hecho, un punto de conexión y una consecuencia jurídica. En nuestro caso, el supuesto de hecho es el contrato internacional de consumo, los puntos de conexión los fijados por las normas de conflictos recogidas en el Reglamento Roma I, y la consecuencia jurídica la aplicación bien, de la ley elegida por las partes, o bien de la ley designada mecánicamente a través de los puntos de conexión objetivos recogidos en el Reglamento Roma I citado. El punto de conexión es aquella circunstancia empleada por el legislador para señalar el Dere-

cho aplicable a una situación privada internacional, que expresa un vínculo entre un supuesto internacional y un determinado país.

Ahora bien, las normas de conflicto recogidas por el Reglamento Roma I se van a ver desplazadas por las Directivas Comunitarias en materia de contratos de consumo y por las Leyes de transposición de las mismas, como establece el artículo 67 TR-LGDCU, siempre que se esté conociendo por un juez español y se cumplan las condiciones de aplicación del Derecho armonizado del Estado español (19).

V. DIRECTIVAS COMUNITARIAS RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

15. El Texto Refundido de 2007 supone una transposición de las numerosas Directivas existentes en materia de consumidores. En concreto, por lo que a efectos del artículo 67 nos interesa, las Directivas que nos atañen son las siguientes:

- a) Artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo:
«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».
- b) Artículo 12 de la Directiva 97/7CE 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:
«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros».
- c) Artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo:

(19) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm 2/2009, versión *on line*, págs. 8-9.

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

16. Se trata de Directivas de «tercera generación» porque incorporan la obligación de los Estados de asegurar que el consumidor no pierda la protección que ofrecen las Directivas debido a la elección de una Ley de un tercer Estado en los casos en los que el contrato presenta vínculos estrechos con el territorio de los Estados miembros. Regulan de forma especial el ámbito de aplicación espacial de las Directivas a relaciones internacionales en las que interviene un consumidor (20). Tanto la Directiva en materia de contratos a distancia como la Directiva sobre garantías de los bienes de consumo recogen la misma formulación que la Directiva en materia de cláusulas abusivas. Por ello, todos los problemas que plantea la transposición de la Directiva, relativa a las cláusulas abusivas con los instrumentos normativos previos aplicables a los contratos de consumidores se pueden trasladar a los supuestos de integración de las Directivas sobre contratos a distancia y garantías.

17. Los preceptos de Derecho Internacional Privado, contenidos en estas Directivas, indican que los derechos reconocidos al consumidor por tales Directivas pueden hacerse valer (21):

- 1.º) Aunque las partes hayan elegido como Ley aplicable al contrato, la Ley de un «tercer Estado» o «Estado no miembro».
- 2.º) Siempre que el contrato presente una «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad» (Directiva 93/13, relativa a las cláusulas abusivas), un «vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros» (Directiva 97/7, relativa a los contratos a distancia, y Directiva 2002/65, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros), o un «vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros» (Directiva 99/44, relativa a la venta y garantías de bienes de consumo). De este modo, si el contrato está de algún modo «vinculado con la Unión Europea», el consumidor se beneficia de los derechos que le concede el Derecho comunitario material, sin que ello se vea perjudi-

(20) B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003, págs. 128-130; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 174-175.

(21) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 291-292.

cado por el hecho de que el profesional haya impuesto en el contrato una cláusula de elección de Ley aplicable al contrato en favor del «Derecho de un tercer país».

1. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DIRECTIVA 93/13

18. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (cláusulas abusivas), indica en su artículo 6.2 que los derechos recogidos en la Directiva en favor del consumidor deben poder hacerse valer siempre que «*el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*», con independencia de que las partes hayan elegido «*el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato*».

19. Aunque esta fórmula se recoge en las Directivas posteriores en materia de consumidores, como veremos a continuación, algunos autores consideran que esta limitación sólo tiene sentido en el contexto de la Directiva sobre cláusulas abusivas, puesto que la cláusula de elección de Ley puede ser por sí misma una cláusula abusiva que desproteja al consumidor (22). Sin embargo, otros autores matizan esta afirmación partiendo de que implícitamente también es aplicable la limitación establecida en el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 en los casos en los que no hay elección de Ley (23). Esta idea fue la base de la STJCE, de 9 de noviembre de 2000, as. C-381/98, *Ingmar*. Sin embargo, esta última opción no es viable, puesto que el tenor literal del artículo 6.2 de la Directiva 93/13 es muy claro (24).

20. Tanto la Directiva 93/13 como las posteriores que se aprobaron en materia de consumo protegen tanto a los consumidores activos como a los consumidores pasivos, siempre que se cumpla con las condiciones de aplicación espacial de las Directivas, en los casos en los que se ha elegido la Ley aplicable de un Estado no miembro de la Unión Europea (25). Sin embargo, algunos au-

(22) M. FALLON/S. FRANCO, «Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?», en *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TCM, Asser Press, 2000, pág. 160; M. FALLON, «Le principe de proximité dans le droit de l'Union Européenne», en *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pág. 254.

(23) W. H. ROTH, «Grundfragen im künftigen internationalen Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft», en *Privatrecht in Europa (Vielfalt, Kollision, Kooperation)*, Fs. Für H. J. Sonnenberger, CH Beck, München, 2004, págs. 597-598.

(24) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, págs. 263-265.

(25) A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Incorrecta transposición de la noción de “vínculo estrecho con el territorio comunitario” de las Directivas de Consumo (STJCE de 9-9-2004, as. 70/03 Comisión c. España)», en *RDCE*, 2005, págs. 535-551; M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen

tores han entendido que las Directivas también son aplicables cuando el contrato está «estrechamente vinculado con la Unión Europea» pero el contrato queda regulado objetivamente por la Ley de un tercer país (26). Esta idea es la recogida por la Ley de transposición actual en España de las Directivas en materia de consumo, tal y como se recoge en el artículo 67 TR-LGDCU, en virtud del cual las normas de protección de los consumidores recogidas en el TR-LGDCU se aplican con independencia de cuál sea la Ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que éste presente una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

21. En definitiva, son dos los problemas que se plantearon por vez primera con la interpretación del artículo 6.2 de la Directiva 93/13: 1.º) La obligatoriedad o no de que las partes hubieran hecho uso de su autonomía conflictual y en concreto, a favor del Derecho de un tercer Estado; y 2.º) Qué debía entenderse por relación estrecha.

A) Elección de Ley a favor de un tercer Estado

22. ¿Cabe la posibilidad de la protección de las Directivas Comunitarias en materia de consumidores cuando las partes no han elegido la Ley aplicable al contrato?

A mi entender, el tenor literal del precepto no deja dudas: es necesaria una elección de Ley, a pesar de que la doctrina considera que también son aplicables las Directivas en defecto de elección de Ley. Existe, por tanto, un sector doctrinal que no parte de la existencia de un acuerdo de elección de Ley sino simplemente de que el Derecho aplicable al contrato sea el Derecho de un «Estado tercero», aunque no exista elección de Ley (27). El artículo 6.2 de la Propuesta se refería a la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias para que el consumidor no se viera privado de la protección resultante de la Directiva, «sea cual fuere la ley aplicable al contrato». De esta redacción se dedujo claramente que se refería tanto a la elección de

men de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, pág. 264.

(26) E. JAYME, «Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990)*, París, 1991, págs. 77-86; P. v. WILMOWSKY, «EG-Freiheiten und Vertragsrecht», en *Juristenzeitung*, 1996, págs. 590-596.

(27) E. JAYME, «Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990)*, París, 1991, págs. 77-86; ID., «Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1978, págs. 105-123; B. VILÁ COSTA, «Artículo 3 LCGC», en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. MIQUEL RODRÍGUEZ (coords.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 39.

ley como a la determinación objetiva de la Ley. El texto aprobado, sin embargo, rechazó esta limitación en los casos en los que las partes no habían hecho uso de su autonomía conflictual. Queda claro, por tanto, que el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 sólo limita la autonomía de la voluntad.

23. Una vez resuelto el problema de la Ley elegida por las partes, también ha sido objeto de polémica si tal elección de Ley debía ser la de un Estado no miembro de la Unión Europea. Todas las Directivas en materia de consumo parten de la elección del «Derecho de un tercer país». De hecho, en la Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas, el artículo 6.2 se refería a «cualquier ley aplicable al contrato» y con la nueva redacción se incluyó expresamente el «Derecho de un tercer país» (28). Por ello, no se podrán aplicar jamás las Leyes de transposición de las Directivas en materia de consumidores, si el contrato es internacional y se celebra entre un consumidor y un profesional en el caso de que las partes hayan elegido como Ley rectora del contrato la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, como *ad ex*, el Derecho italiano. Ello iría en contra del Derecho material comunitario en materia de consumo. Siempre que se aplique el Derecho armonizado de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, sin importar cuál, se cumplen los criterios de funcionamiento del mercado interior (29).

B) *Estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea*

24. ¿Qué debe entender por «estrecha relación»? En realidad el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 limita la autonomía de la voluntad de los contratantes «cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Dicho de otro modo, estaría introduciendo un límite a la autonomía conflictual de los contratantes que los instrumentos internacionales, como el Reglamento Roma I, *ex* artículo 3, no recogen.

Básicamente con la STCE (Sala 1.^a) de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03, */caso Comisión vs. España/* [STJCE 2004, 227] ha quedado claro que no se pueden utilizar los criterios establecidos en el artículo 5 CR ni, por supuesto, en el artículo 6 del Reglamento Roma I, en vigor actualmente, porque las Directivas incorporan una noción más flexible que los criterios de

(28) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, pág. 264.

(29) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm 2/2009, versión *on line*, págs. 16-17.

vinculación recogidos en el Convenio de Roma o en el Reglamento Roma I. Lo que no queda nada claro es qué elementos del contrato son los que hay que tener en cuenta para considerar que hay una «estrecha vinculación» con la Unión Europea, pues según el TJCE, el concepto de vínculo estrecho está deliberadamente formulado para que no se pueda restringir con ninguna normativa convencional. Así se permite que cada tribunal pueda tomar en consideración los diversos «contactos» de «cada contrato» con la Unión Europea en «cada caso concreto» para comprobar la existencia de una «estrecha vinculación entre el contrato y la Unión Europea» (30). Serán las Leyes de transposición de cada Estado de la Unión Europea las que deberán definir qué se entiende por «estrecha relación». El problema surge porque las legislaciones que transponen las Directivas pueden ser distintas de país a país con lo que, de optar siempre por el Derecho del foro, con independencia de la Ley elegida por los contratantes, podría provocar una situación *legeforista* si, por ejemplo, el contrato estuviera más vinculado con otro Estado de la Unión Europea (31). En este caso, tendría más sentido aplicar la Ley de transposición del Estado más conectado con el contrato aunque no fuera la del foro. Esta idea se conjuga mal con el nuevo artículo 3.4 del Reglamento Roma I, donde se limita la ley elegida a los contratos internacionales cuando se trate de relaciones jurídicas intracomunitarias y se haya elegido la Ley de un tercer Estado. El Reglamento Roma I opta, en cualquier caso, por la aplicación del Derecho Comunitario, tal y como se aplique en el Estado cuyo juez está conociendo del caso y no por la aplicación del Derecho estatal comunitario más conectado con el contrato. Ello es así porque, en realidad, las Directivas comunitarias no contemplan normas de conflicto unilaterales sino «normas de extensión comunitarias», es decir, normas que extienden la aplicación del Derecho Comunitario a contratos internacionales de consumo, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con la Unión Europea y las partes hayan hecho uso de autonomía conflictual en favor del Derecho de un tercer Estado. De ahí que el Reglamento Roma I, *ex* artículo 3.4, parta de la aplicación del Derecho Comunitario del foro en lugar del Derecho Comunitario del Estado más conectado. Si fuera una norma de conflicto comunitaria, entonces sí tendría sentido aplicar el Derecho Comunitario armonizado más vinculado con el contrato internacional. Esta misma argumentación puede trasladarse, *mutatis mutandis*, a la aplicación de las normas contempladas en las Directivas sobre consumidores a los contratos de consumo.

(30) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 292.

(31) P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 175.

25. La normativa que desarrollaba en España esta norma de Derecho Internacional Privado se contenía en el artículo 10 bis.3 de la LGDCU (Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios) 26/1984, de 19 de julio, al que se refiere expresamente el artículo 3 de la LCGC (Ley de Condiciones Generales de la Contratación) 7/1998, de 13 de abril, y que fue modificado por la Disposición Adicional 1.^a de la LCGC (32). Por otro lado, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación dispone en su artículo 3, párrafo segundo, que dicha norma *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*.

Frente a estos preceptos, el Tribunal de Justicia consideró, en su sentencia de 9 de septiembre de 2004, ya citada, que el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor que otorga la Directiva abarca a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, mientras que el artículo 5 del Convenio de Roma sólo se aplica a determinados contratos. También consideró que el concepto *estrecha relación* utilizado en el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva no debe resultar restringido por la combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos a la residencia y celebración del contrato, contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma. Todo ello ha supuesto, según el Tribunal de Justicia, que España habría introducido en este ámbito una restricción incompatible con el nivel de protección fijado en la Directiva 93/13/CEE. Por ello, para adecuar la STJCE con la normativa española, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ha declarado, en su Exposición de Motivos IV, que al objeto de cumplir con este aspecto de la sentencia, se ha tenido en cuenta que la regulación del artículo 6 de la LCGC se dirige no tanto a los consumidores como a las relaciones entre empresarios o profesionales, por lo que se matiza que los supuestos en los que el adherente sea un consumidor, su regulación se encuentra en la LGDCU. Por su parte, la redacción del artículo 10 bis, apartado 3 de la LGDCU, se aproxima a la del precepto de la Directiva 93/13/CEE, añadiendo un segundo párrafo, con un claro carácter explicativo, propuesto por la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

Por ello, a la vista de la mencionada sentencia, en la Exposición de Motivos VI de la Ley 44/2006, se consideró necesario la modificación de los preceptos citados al objeto de adecuarlos a los términos de la Directiva 93/13/CEE.

(32) G. A. BOTANA GARCÍA, «Comentario al artículo 10 bis.3», en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. MIGUEL RODRÍGUEZ (coords.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 254-255; M. J. LUNAS DÍAZ, «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial», en *Derecho de los Negocios*, 99, 1998, pág. 7.

Unas modificaciones puntuales que afectaron al artículo 10 bis.3 LGDCU y al artículo 3, párrafo segundo LCGC, en lo que al objeto de trabajo interesa.

A este respecto, el artículo 3 LCGC, modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, señala que la Ley española sobre condiciones generales de la contratación, que protege a los adherentes a tales condiciones se aplica: *a) En el caso de contratos internacionales sujetos a la Ley española; b) En el caso de contratos internacionales sujetos a una Ley extranjera, la LCGC se aplica siempre que el contrato esté «particularmente conectado con España» con el objetivo de defender al pequeño y mediano comerciante frente a imposiciones de las grandes multinacionales extranjeras.* El artículo 3 LCGC indica que dicha conexión concurre cuando se verifican, cumulativamente, dos circunstancias (art. 3.II LCGC). Primera: emisión de la declaración negocial del adherente *en territorio español*. Segunda: residencia habitual del adherente en España. Todo ello, «sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales». Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará el artículo 10 bis.3 LGDCU.

El artículo 10 bis.3 ha sido modificado por la Ley 44/2006 para cumplir con lo indicado por la STJCE de 9 de septiembre de 2004. Así el precepto establece: *«Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».*

26. Estos preceptos siguen vigentes, pues la LCGC no ha sido derogada por el TR-LGDCU, como establece el artículo 59.3 TR-LGDCU: *«Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación».* Y no hay que olvidar que el artículo 3 LCGC señala que cuando el adherente sea un consumidor se aplicará el artículo 10 bis.3 LGDCU.

Varios aspectos deben tomarse en consideración:

- 1.º) El actual artículo 67.1 TR-LGDCU recoge básicamente lo señalado en el artículo 6 de la Directiva 93/13, pero con la actual redacción del precepto, resultante de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Simplemente el Texto Refundido hace alusión expresa a los artícu-

los 82 a 91, que son los preceptos donde se regulan las normas sustantivas relativas a la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas.

Con esta nueva redacción España cumple lo indicado por la STJCE (Sala 1.^a) de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03, */caso Comisión vs. España* [STJCE 2004, 227] para respetar lo recogido por el artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. Siempre había existido la opinión generalizada de que el artículo 5 del Convenio de Roma, al que aludía expresamente el artículo 10 bis. 3 LGDCU, se adaptaba mal a lo recogido por el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 (33). En este sentido, la STJCE no supuso ninguna sorpresa. Según el TJCE, España no había adaptado correctamente su legislación a los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13. Por un lado, el TJCE consideró que el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor, que otorga la Directiva 93/13, abarca a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, mientras que el artículo 5 del Convenio de Roma sólo se aplica a determinados contratos celebrados por los consumidores pasivos. Por otro lado, el TJCE consideró que el concepto «estrecha relación» utilizado en el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva citada no debía resultar restringido por la combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos a la residencia y celebración del contrato, contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma; es decir, la Directiva protege tanto al consumidor «pasivo» como al «activo» y el Convenio de Roma protege a los contratos celebrados por consumidores pasivos y no a todos, pues ni siquiera en lo que se refiere estrictamente a los consumidores pasivos los elementos de comparación entre la Directiva y el Convenio de Roma coinciden (34). Se entiende por consumidor activo los que sobrepasan las fronteras estatales en busca de unas condiciones contractuales más ventajosas. Por ello, el TJCE consideró que España había introducido una restricción incompatible con el nivel de protección fijado por la Directiva 93/13 (35).

(33) M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive núm. 93/13, de 5 avril 1993», en *REDC*, 1996-1, págs. 3-27; L. FUMAGALLI, «Le clausule abusive nei contratti con i consumatori tra Diritto comunitario e Diritto internazionale privato», en *Riv.dir.int.priv.pr.*, 1994-1, págs. 15-32; L. CANNADA BARTOLI, «Questioni di Diritto internazionale privato relative alla Direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori», en *Riv.Dir.Int.*, 1995, págs. 324-344.

(34) M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, págs. 493-494.

(35) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación del sistema español de Derecho Internacional Privado de las cláusulas abusivas al Derecho Comunitario: claves para una

- 2.º) El artículo 90 TR-LGDCU precisa que se considera cláusula abusiva la «*sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza*». El problema está en determinar cuándo es de aplicación este precepto. Podría interpretarse que su aplicación no depende de que el Derecho extranjero elegido sea el de un tercer Estado. Sin embargo, esta interpretación sería contraria al artículo 6.2 de la Directiva 93/13, objeto de transposición en el TR-LGDCU. Por tanto, habría que optar por la interpretación en favor de la aplicación del artículo 90 TR-LGDCU sólo en los supuestos en los que se designa el Derecho extranjero de un tercer Estado (36). Igualmente este artículo 90 TR-LGDCU es aplicable en el caso de que la Ley española rija las «cláusulas abusivas» del contrato internacional de consumo.

2. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA: DIRECTIVA 97/7

27. La Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997 (contratos a distancia) indica en su artículo 12 que los derechos reconocidos a los consumidores por tal Directiva deben poderse hacer valer «*cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros*» y aunque las partes hayan elegido como Ley aplicable al contrato, «*el Derecho de un país tercero*». Se trata de una Directiva de «tercera generación» porque incorpora la obligación de los Estados de asegurar que el consumidor no pierde la protección que ofrece la Directiva debido a la elección de una Ley de un tercer Estado.

Esta Directiva fue desarrollada en España por el artículo 48.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, precepto redactado por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre de 2002. Este artículo

nueva transposición y propuesta legislativa», en *Diario La Ley*, núm. 6242, 29 de abril de 2005, págs. 1932-1942; *Id.*, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*; S. VILALTA MENADAS, «Características básicas de la reforma introducida en materia de consumidores y usuarios en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Modificaciones legales en materia de cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 38, 2007, págs. 22-33.

(36) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 289; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 17.

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

Este artículo 48 ha sido derogado y, en la actualidad, es el artículo 67.2 TR-LGDCU el que transpone el artículo 12 de la Directiva 97/7 al regular las normas de protección en materia de contratos a distancia (37). El artículo 67.2 TR-LGDCU indica que las normas de protección en materia de contratos a distancia contenidas en los artículos 92-106 TR-LGDCU son aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Y se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea. Este precepto no desarrolla fielmente el artículo 12 de la Directiva 97/7/CE. En particular, porque protege de manera indebida mediante la aplicación del Derecho europeo de consumo al consumidor que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, circunstancia que bien puede no reflejar un vínculo real con la Unión Europea. Ejemplo: contrato celebrado a distancia por empresa canadiense con español que dispone de su residencia habitual en Boston (38).

3. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE GARANTÍAS: DIRECTIVA 99/44

28. La Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999 (determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo), en su artículo 7.2 indica que los derechos recogidos en favor del consumidor en la Directiva deben poder hacerse valer incluso cuando la «legislación de un Estado no miembro» es el Derecho elegido por las partes para regir el contrato, siempre que el

(37) M. A. PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, año 19, núm. 209, febrero de 2008, pág. 8.

(38) J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 290.

contrato «*presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros*». Se trata de una fórmula idéntica a la recogida por la Directiva sobre cláusulas abusivas (39).

Esta Directiva fue desarrollada en España por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, cuyo artículo 13 transpone lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Directiva 99/44. El artículo 13 de la Ley 23/2003 señalaba: «*Puntos de conexión. Las normas de protección de los consumidores contenidas en esta Ley serán aplicables, cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea*».

Este precepto ha sido derogado y la cuestión se rige ahora por el artículo 67.2 TR-LGDCU en cuya virtud, «*las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114-126 TRLGDCU serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Y se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea*».

VI. CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU FRENTE A LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMIDORES

29. El artículo 67 TR-LGDCU establece que serán de aplicación a los consumidores las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 y las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, contenidas respectivamente en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126:

(39) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, págs. 262-263.

- 1.^a) Siempre que el contrato mantenga una «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo».
- 2.^a) Cuando las partes hayan elegido la Ley aplicable a su contrato.

30. Estos criterios que utiliza el legislador español atribuyen a la legislación española un ámbito de aplicación excesivo e injustificado, pues los criterios que recoge el artículo 67 TR-LGDCU van mucho más allá de lo exigido por el legislador comunitario para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directivas Comunitarias en materia de consumidores (40). De hecho, se podrían plantear las mismas cuestiones y responder con los mismos argumentos que en el caso de la STJCE de 9 de septiembre de 2004 citada. Veamos cada una de las dos condiciones de aplicación del artículo 67 TR-LGDCU.

1. VÍNCULO ESTRECHO CON LA UNIÓN EUROPEA

31. Para que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, como norma que transpone las Directivas en materia de consumidores, es necesario que el contrato presente un vínculo con la Unión Europea. De no existir este vínculo, son las normas de conflicto del Reglamento Roma I, o en su caso del Convenio de Roma de 1980, las que determinan la ley aplicable al contrato internacional de consumidores.

32. Se han utilizado varias interpretaciones para explicar qué debe entenderse por «vínculo estrecho con la Unión Europea o con el Espacio Económico Europeo», tal y como lo entiende el artículo 67 TR-LGDCU.

Por un lado, se ha entendido por «vínculo estrecho» el que la situación cumpla con las exigencias del artículo 5 CR y actual artículo 6 del Reglamento Roma I (41). Se exige, así, que el consumidor tenga su residencia habitual en la Unión Europea y que se trate de un consumidor pasivo en los términos de los preceptos citados. Esta primera interpretación es rechazable, porque no resuelve los problemas generados por los «consumidores activos» en la Unión Europea, que es precisamente, el objetivo de estas Directivas.

Por otro lado, la STJUE de 9 de septiembre de 2004 estableció claramente que no era posible ni deseable concretar la noción de «vinculación estrecha con la Unión Europea» mediante «fórmulas rígidas», como pueden ser el lugar de celebración del contrato, la residencia de las partes, el lugar de celebración del contrato, etc. La «formulación genérica» o «flexible» de la «proximidad entre el contrato y la Unión Europea», que se encuentra en las

(40) P. DE MIGUEL ASENSIO, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005, págs. 300-303.

(41) G. PIZZOLANTE, «L'incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori», en *RDIPP*, 2005, pág. 377.

Directivas citadas, es totalmente deliberada. Así se permite que cada tribunal pueda tomar en consideración los diversos «contactos» de «cada contrato» con la Unión Europea en «cada caso concreto». En la labor de concretar, «caso por caso», la existencia de una «estrecha vinculación entre el contrato y la Unión Europea», los tribunales pueden tener presentes distintas variables. Así *ad ex* los jueces y tribunales comunitarios pueden tener en cuenta el principio de «previsibilidad de la Ley aplicable», de modo que el Derecho material comunitario de protección de consumidores debe aplicarse cuando ambas partes, profesional y consumidor, pueden «prever», razonablemente, que tal Derecho es el que debe regir el contrato. Se entiende que el Derecho comunitario material de los consumidores es perfectamente previsible cuando el «contexto del contrato» es el «mercado comunitario». Así, *ad ex* un consumidor con residencia habitual en la Unión Europea y profesional con establecimiento en la Unión Europea; un profesional con establecimiento en la Unión Europea y consumidor residente en un tercer país, siempre que el consumidor se desplace a la Unión Europea para consumir, o dicho consumidor realice la oferta de contrato al profesional; consumidores con residencia habitual en la Unión Europea y profesionales radicados fuera de la Unión Europea, pero el contrato se ha celebrado previa publicidad o iniciativa comercial del profesional «dirigida a la Unión Europea».

Sin embargo, es imprevisible la aplicación del Derecho material comunitario cuando el «contexto del contrato» no es el «mercado comunitario». Así, *ad ex*, consumidores con residencia habitual fuera de la Unión Europea y profesional con establecimiento fuera de la Unión Europea; profesional radicado en la Unión Europea y consumidor con residencia habitual en un tercer país, si el contrato se ha celebrado previa publicidad o a iniciativa comercial del profesional «dirigida al tercer país» donde reside habitualmente el consumidor o a través de establecimientos del empresario sitios en el tercer país de residencia habitual del consumidor; consumidores con residencia habitual en la Unión Europea y profesionales radicados fuera de la Unión Europea, pero el contrato se ha celebrado a iniciativa del consumidor, bien a distancia o bien porque el consumidor se desplaza al tercer país para consumir (42).

33. Ahora bien, el artículo 67 TR-LGDCU, a diferencia de las Directivas Comunitarias que transpone, sí define qué debe entenderse por «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo», diferenciando este vínculo entre la aplicación de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, por un lado, y la aplicación de las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, por otro. No se entiende muy bien por qué esta diferenciación a la hora de establecer los «vínculos

(42) J. CARRASCOSA GÓNZALEZ, «CAPÍTULO XXVII. Operaciones internacionales de consumo», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., 2009-2010, Granada, Comares, pág. 679.

estrechos» cuando en realidad las normas comunitarias que transpone son muy similares. La única justificación que puede haber es el hecho de que no se elaboraron al mismo tiempo ni por el mismo legislador (43).

34. Así, según el artículo 67.1 TR-LGDCU, para aplicar las normas de protección frente a las cláusulas abusivas de los artículos 82 a 91, se entiende que el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias:

- el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo;
- el profesional dirija sus actividades a uno o varios Estados miembros por cualquier medio de publicidad o comunicación, siempre que el contrato esté comprendido en el marco de sus actividades;
- si el contrato se refiere a un bien inmueble debe estar situado en el territorio de un Estado miembro.

Bastaría con que se diera una sola de estas circunstancias para entender que existe un «vínculo estrecho» y que debe aplicarse, en consecuencia, el Derecho español. Este elenco de circunstancias es ejemplificativo. No se trata de un *numerus clausus* sino de que, en particular, existen una serie de elementos que pueden suponer que el contrato de consumidores está vinculado con el Espacio Económico Europeo. En principio, del tenor literal de este precepto, podría desprenderse la protección del consumidor por parte del Derecho armonizado español, incluso en relación con determinados contratos ajenos al territorio de la Unión Europea, puesto que bastaría con que el empresario dirigiera sus actividades por cualquier medio de publicidad a un Estado miembro para que pudiera aplicarse lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, aunque el consumidor tuviera su domicilio fuera de la Unión Europea (44).

35. Sin embargo, para aplicar las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, según el artículo 67.2 TR-LGDCU, se entiende que el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias:

- el bien que haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea;

(43) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm 2/2009, versión *on line*, págs. 18-19.

(44) En contra de esta solución, vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 179.

- el contrato se ha celebrado total o parcialmente en un Estado de la Unión Europea;
- una de las partes contratantes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea;
- el contrato presenta cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

36. Como la definición de los vínculos estrechos con la Unión Europea es distinta en estos dos casos, puede ocurrir que un contrato internacional de consumidores no presente vínculos estrechos según el artículo 67.1 TR-LGDCU y, sin embargo, por ser el consumidor ciudadano español, *ad ex*, sí sean de aplicación las normas contempladas en el artículo 67.2 TR-LGDCU. Además, siguiendo con este ejemplo, la mera referencia a la nacionalidad de un consumidor en la Unión Europea puede no suponer que exista un vínculo estrecho real con el territorio del Espacio Económico Europeo. Si un ciudadano español compra un bien en Marruecos a una empresa española, es totalmente exagerado aplicar el Derecho español contemplado en el artículo 67.2 TR-LGDCU. Igualmente el lugar de celebración del contrato es totalmente desproporcionado como para considerarlo un vínculo suficiente de cara a la aplicación del Derecho protector de los consumidores. En definitiva, la redacción del artículo 67.2 no desarrolla fielmente el artículo 12 de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y el artículo 7.2 de la Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de las ventas y garantías de bienes de consumo. En particular, porque protege de manera indebida mediante la aplicación del Derecho europeo de consumo al consumidor que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, circunstancia que bien puede no reflejar un vínculo real con la Unión Europea. Así, *ad ex*, un contrato celebrado a distancia por empresa canadiense con español que dispone de su residencia habitual en Nueva York no presenta un vínculo estrecho con la Unión Europea. Igualmente la conexión del lugar de celebración del contrato en la Unión Europea puede no implicar una verdadera vinculación con el territorio comunitario, pues puede tratarse de un lugar completamente ocasional.

37. Estas críticas hay que entenderlas teniendo en cuenta la consecuencia jurídica que implica que el operador jurídico español considere que existen vínculos estrechos con el territorio de la Unión Europea. Esta consecuencia jurídica no es otra que la aplicación de una Ley interna española reguladora de situaciones internas, de Derecho Privado, aplicable incluso a los contratos internacionales de consumo por el mero hecho de que el consumidor sea nacional comunitario o el contrato se haya celebrado, incluso parcialmente, en la Unión Europea, porque así lo establece expresamente el artículo 67.2 TR-LGDCU. Sin embargo, esta consecuencia jurídica tiene sus límites. A saber, sólo son aplicables las normas internas españolas del TR-LGDCU ci-

tadas por el propio artículo 67 TR-LGDCU si las partes han hecho uso de su autonomía conflictual; dicho de otro modo, si las partes han elegido la *lex contractus*. Ello no implica que el Derecho elegido no sea aplicable al caso, sino que su aplicación no puede contrariar lo dispuesto en los artículos 82 a 91, en relación con las cláusulas abusivas, y en los artículos 92 a 106 y 114 a 126, en materia de contratos a distancia y garantías. Por tanto, no es suficiente que el tribunal español se declare competente de un litigio derivado de un contrato de consumidores para no tener en cuenta la designación de un Derecho extranjero sino que además ese Derecho extranjero debe ser el de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo.

Sin embargo, se ha criticado que el artículo 67 TR-LGDCU no contemple la posible aplicación de otro Derecho comunitario distinto al español, si el juez español comprobara que, en realidad, el contrato internacional de consumidores presenta vínculos más estrechos con otro Estado de la Unión Europea (45). A mi entender, esta crítica no tiene mucho sentido si partimos de dos hechos. Primero: que el artículo 67 TR-LGDCU no es una norma de conflicto unilateral, sino una norma de extensión que, como su propio nombre indica, extiende el ámbito de aplicación espacial del Derecho interno español a una situación privada internacional que presenta vínculos estrechos con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Segundo: el problema se puede plantear porque para aplicar las normas de extensión españolas, la situación privada debe presentar vínculos con el territorio español. De ahí que la consecuencia jurídica sea la aplicación de un Derecho que regula situaciones privadas internas a situaciones privadas internacionales. Sin embargo, el que no se refiera al territorio español sino al territorio del Espacio Económico Europeo no debe suponer un problema, pues las Directivas Comunitarias lo que pretenden es la protección del consumidor dentro de la Unión Europea, con lo que, en principio, la aplicación de cualquiera de los derechos armonizados en esta materia estaría cumpliendo esta labor. Lo único que hace el artículo 67 TR-LGDCU es afirmar que, en los casos en los que se cumplan las condiciones allí previstas, el Derecho armonizado que debe aplicarse es el español, es decir, el Derecho recogido en los artículos 82 a 91 del TR-LGDCU para proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y en los artículos 92 a 106 y 114 a 126 para proteger a los consumidores en materia de contratos a distancia y de garantías.

(45) P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 178.

2. CUALQUIERA QUE SEA LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES PARA REGIR EL CONTRATO

38. Además de que exista un vínculo estrecho entre el contrato internacional de consumo y el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo es necesario, como condición de aplicación del artículo 67 TR-LGDCU, que las partes hayan elegido la Ley aplicable al contrato internacional, como manifestación de la autonomía conflictual de los contratantes. Esta ley debe ser siempre, para que pueda quedar limitada por las normas de Derecho español, contempladas en el artículo 67 TR-LGDCU, de transposición de las Directivas en materia de consumidores, la de un Estado no miembro de la Unión Europea, tal y como establecen expresamente los artículos 6.2 de la Directiva 93/13, artículo 12 de la Directiva 97/7 y artículo 7.2 de la Directiva 99/44: el Derecho de un tercer Estado.

Sin embargo, el artículo 67, tanto en su apartado 1 como en su apartado 2 sólo exige, para que la elección realizada por las partes se vea limitada por la aplicación de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas y/o por la aplicación de las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, que el contrato esté conectado con un Estado del territorio del Espacio Económico Europeo «cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contrato».

Esta afirmación es totalmente incompatible e incoherente con las disposiciones de las Directivas citadas que transpone. Todas las Directivas que transpone este precepto parten de la elección del «Derecho de un tercer país». De hecho, en la Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas, el artículo 6.2 se refería a «cualquier ley aplicable al contrato» y con la nueva redacción se incluyó expresamente el «Derecho de un tercer país» (46). Por lo que no cabe duda que la redacción del artículo 67 se adapta mal a los objetivos de las Directivas Comunitarias que transpone. Por ello, no se podrá aplicar jamás el Derecho español, tal y como señala el artículo 67 TR-LGDCU, si el contrato es internacional y se celebra entre un consumidor y un profesional, en el caso de que las partes hayan elegido como Ley rectora del contrato la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, como *ad ex*, el Derecho italiano. Ello iría en contra del Derecho material comunitario en materia de consumo. Siempre que se aplique el Derecho armonizado de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, sin importar cuál, se cumplen los criterios de funcionamiento del mercado interior (47).

(46) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, pág. 264.

(47) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 16.

39. Lo que no plantea dudas es que las partes deben haber elegido la Ley aplicable al contrato internacional de consumidores, sin que sea posible aplicar esta norma en los casos en los que se determina objetivamente la *Lex contractus*. El artículo 67 TR-LGDCU sí deja claro este extremo, que también sufrió una gran modificación en la Propuesta de Directiva respecto a la Directiva que después se aprobó. El artículo 6.2 de la Propuesta se refería a la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias para que el consumidor no se viera privado de la protección resultante de la Directiva, «sea cual fuere la ley aplicable al contrato». De esta redacción se dedujo claramente que se refería tanto a la elección de ley como a la determinación objetiva de la Ley. El texto aprobado, sin embargo, rechazó esta limitación en los casos en los que las partes no habían hecho uso de su autonomía conflictual. No se entiende muy bien por qué nuestro legislador sí tuvo en cuenta esta modificación y no la que sufrió el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 en relación con la elección de la Ley de un tercer Estado.

VII. RELACIONES ENTRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I, LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

40. Una de las cuestiones más complejas es determinar el ámbito de aplicación en el espacio de cada una de las normativas comunitarias materiales y conflictuales existentes en materia de consumidores, pues en principio todas ellas son aplicables a los contratos internacionales de consumo (48).

1. RELACIONES ENTRE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

41. El artículo 67 TR-LGDCU debe aplicarse a los contratos internacionales de consumo, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación y los objetivos perseguidos por las Directivas que transpone. Sin embargo, el artículo 67 TR-LGDCU va más allá de las Directivas por dos razones básicamente:

- 1.^a) Porque no exige que la Ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un tercer Estado, entendido como Estado no miembro de la Unión Europea. De la dicción literal del precepto también podrían aplicarse las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 y las normas de protec-

(48) M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, págs. 473-499.

ción en materia de contratos a distancia y de garantías contenidas en los artículos 92 a 106 y 114 a 126, respectivamente, en los casos en los que las partes eligen como *lex contractus* la Ley de un Estado miembro. Sin embargo, las Directivas citadas exigen, para que puedan aplicarse las medidas adoptadas por los Estados miembros conforme a las Directivas Comunitarias, que se haya optado por la legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea como Derecho aplicable al contrato internacional de consumo.

- 2.^a) Porque el concepto de consumidor es mucho más amplio que el empleado por las Directivas Comunitarias. El artículo 3 del TR-LGDCU señala que, a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas *físicas o jurídicas* que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Sin embargo las Directivas que transpone el TR-LGDCU se refieren a un concepto de consumidor mucho más estricto. Así el artículo 2 de la Directiva 93/13 señala que se entenderá por «consumidor» toda persona *física* que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Igualmente el artículo 2 de la Directiva 97/7 señala que se entenderá por consumidor toda persona *física* que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe ajeno a su actividad empresarial. Y en el mismo sentido, el artículo 1.2 de la Directiva 1999/44 señala que se entiende por consumidor, a efectos de la Directiva, toda persona *física* que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad empresarial.

En estos casos los objetivos de las Directivas Comunitarias deben primar sobre la dicción literal del artículo 67 TR-LGDCU. De tal modo que el artículo 67 sólo puede aplicarse e interpretarse sobre la base de las Directivas que transpone, nunca más allá de lo que las Directivas comunitarias quisieron regular.

2. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

42. Las relaciones entre las Leyes de transposición de las Directivas y el Reglamento Roma I, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, se rigen por el principio de *especialidad*, por lo que las Leyes de transposición de las Directivas se aplican antes que lo dispuesto en el Reglamento Roma I para la determinación de las normas aplicables a los contratos inter-

nacionales de consumo, siempre que los ámbitos de aplicación espacial, material, temporal y personal coincidan.

Si los ámbitos de aplicación de ambas normativas comunitarias —el Reglamento Roma I y el TR-LGDCU, como reflejo de las Leyes de transposición de las Directivas Comunitarias en el ordenamiento jurídico español— no coinciden prima siempre la aplicación del Reglamento Roma I sobre la aplicación del artículo 67 TR-LGDCU. En este caso es el principio de *jerarquía* y no el de especialidad el que se impondría y, por tanto, el Reglamento Roma I no se vería desplazado por el Derecho material comunitario armonizado. Pongamos un ejemplo para la mejor comprensión del problema. El TR-LGDCU considera consumidores también a las personas jurídicas (art. 3 TR-LGDCU); sin embargo ni para el Reglamento Roma I ni para las Directivas las personas jurídicas pueden considerarse consumidores. En este caso, los consumidores personas jurídicas no están protegidos por el Derecho comunitario, ¿se aplica entonces el TR-LGDCU? A mi entender no podría aplicarse el Derecho interno español porque prima la aplicación, en este caso, del Reglamento Roma I en materia de contratos internacionales, por el principio de jerarquía establecido en el sistema de fuentes. Ahora bien, como las personas jurídicas no son consideradas consumidores por el Reglamento Roma I, no podría determinarse la Ley aplicable por el artículo 6 del Reglamento Roma I, norma específica en materia de consumidores, sino por los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, normas que regulan la Ley aplicable a los contratos en general cuando no existe una parte débil en el mismo. El Reglamento Roma I no considera a las personas jurídicas consumidores, pero sí que regula la Ley aplicable a cualquier contrato internacional, incluidos los celebrados por personas jurídicas, con lo cual no puede verse desplazada la aplicación de un Reglamento comunitario por una norma de Derecho Privado interno como es el TR-LGDCU.

43. En consecuencia, para saber el instrumento normativo aplicable y comprobar si la aplicación del Reglamento Roma I puede verse desplazada por la aplicación del TR-LGDCU, a través de lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, habría que examinar varios supuestos de hecho distintos:

1.º *Consumidor persona jurídica*. Si se trata de regular contratos internacionales en los que una de las partes es un consumidor persona jurídica habría que aplicar los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento Roma I. No es aplicable el artículo 6 del Reglamento Roma I, norma protectora de los consumidores, porque el Reglamento Roma I no considera consumidores a las personas jurídicas. ¿Puede verse la elección de Ley realizada por los contratantes limitada por lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU cuando, a efectos del Reglamento Roma I, no se trata de un contrato de consumidores? Para contestar correctamente a esta pregunta hay que diferenciar tres casos distintos:

1. Si el Reglamento Roma I, *ex* artículos 3 y 4, lleva a la aplicación del Derecho sustantivo material español, como el Derecho material español lo protege, entonces podemos aplicar también el artículo 67 TR-LGDCU, a los efectos de determinar el régimen sustantivo material. En definitiva, partiendo de la teoría de la segunda calificación sí podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU como corrección en la aplicación de la Ley española cuando el consumidor es una persona jurídica. Veamos un ejemplo para entender este complicado problema: un Juez español para saber qué norma de Derecho Internacional Privado debe aplicar a un contrato de consumo internacional debe calificar el contrato como de consumidores, en virtud del artículo 12.1 del Código Civil, conforme a la *lex fori*, si se trata de una norma de producción interna, o conforme a la calificación convencional o comunitaria, si se trata de un Convenio o de una norma comunitaria. Imaginemos que el contrato es realizado entre un profesional y una PYME española que actúa como parte consumidora. En este caso, es aplicable el Reglamento Roma I por parte del juez español, y según la calificación otorgada por el Reglamento no puede considerarse como un contrato de consumidores. Por tanto, hay que aplicar las normas de conflicto recogidas en los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, que regulan la Ley aplicable a los contratos internacionales en general. Pero si las partes eligen como ley rectora del contrato la Ley española, según la teoría de la «segunda calificación», habría que volver a calificar el contrato según el Derecho material interno español para saber qué concretas normas materiales y sustantivas se van a aplicar al contrato internacional. Como el TR-LGDCU lo considera como un contrato de consumo, el juez español tendría que aplicar las normas recogidas en el TR-LGDCU en cuanto que normas materiales y sustantivas aplicables al fondo del contrato en cuestión, como parte de la *Lex causae*.
2. Si el Reglamento Roma I lleva a la aplicación de un tercer Estado, en este caso, aunque el contrato presente vínculos estrechos con la Unión Europea, como se trata de un contrato no cubierto por las Directivas Comunitarias, aunque el TR-LGDCU haya incluido los contratos de consumidores personas jurídicas en su ámbito de aplicación, no podría aplicarse la protección de las Directivas ni de las Leyes de transposición. En definitiva, el artículo 3 del TR-LGDCU donde se define qué se entiende por consumidores es parcialmente contrario a las Directivas Comunitarias citadas. Así, *ad ex*, si las partes eligen el Derecho turco aplicable a un contrato internacional de consumo entre un profesional y una persona jurídica como *lex contractus*, aunque la persona jurídica tenga su domicilio en Espa-

ña no puede verse protegido por la aplicación del artículo 67 TR-LGDCU, porque para las Directivas Comunitarias que transpone no se considera contrato de consumo al entender que no hay parte débil y, por tanto, no puede beneficiarse del Derecho protector material comunitario en materia de consumidores. Este contrato en cuestión se vería regulado por el artículo 3 del Reglamento Roma I, porque al ser un Reglamento universal o con carácter *erga omnes* se aplica con independencia de que la Ley elegida por los contratantes sea la de un Estado miembro de la Unión Europea o la de un tercer Estado, como es Turquía.

3. En ningún caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU cuando las partes eligen la Ley de un Estado miembro de la Unión Europea que no sea España, pues ese es el espíritu de las Directivas, aunque el TR-LGDCU considere que lo dispuesto en el artículo 67 es de aplicación con independencia de cualquier ley elegida por las partes, sea la de un Estado miembro o sea la de un tercer Estado. Esta afirmación del artículo 67 también es parcialmente contraria a lo dispuesto en las Directivas citadas en materia de consumo.

2.º *Consumidor pasivo persona física.* Los contratos internacionales de consumo celebrados entre un profesional de la contratación y un consumidor pasivo quedan protegidos por la aplicación de la normativa conflictual comunitaria recogida por el Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores: artículo 6 del Reglamento Roma I. El artículo 6 del Reglamento Roma I protege la posición jurídica de los consumidores porque no tienen el mismo «poder de negociación». Por ello existe un alto riesgo de que la «elección de Ley» sea, realmente, y con mucha frecuencia, una «Ley impuesta» por el empresario o profesional al consumidor, que no tiene otra salida que aceptar dicha «elección de Ley» si quiere contratar. Sin embargo, el artículo 6 del Reglamento Roma I sólo regula ciertos contratos concluidos por consumidores pasivos a la hora de fijar su «Ley aplicable». Para ello, el contrato debe cumplir ciertas «condiciones subjetivas», ciertas «condiciones materiales» y ciertas «condiciones espaciales» —como se precisó con anterioridad—.

Visto que si se trata de regular contratos internacionales en los que una parte es un consumidor pasivo persona física habría que aplicar el artículo 6 del Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable, pues es la norma específica diseñada para la regulación de contratos de consumo, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento Roma I, habría que preguntarse si, en este caso, la elección de Ley puede verse parcialmente limitada por lo dispuesto en el artículo 67

TR-LGDCU. Dicho de otro modo, habría que preguntarse en qué casos el artículo 6 del Reglamento Roma I es desplazado por el artículo 67 TR-LGDCU cuando se trata de regular un contrato internacional entre un consumidor pasivo y un profesional de la contratación cuyo contrato está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I y, por tanto, presenta un «vínculo estrecho» con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

En este caso, es el principio de *especialidad* el que debe regir la relación entre ambas normativas, teniendo en cuenta que lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU no es de aplicación cuando las partes han elegido la ley de un Estado miembro de la Unión Europea. Como indican las Directivas Comunitarias es necesario que las partes hayan elegido la Ley de un tercer Estado, aunque no lo diga expresamente el TR-LGDCU. Hay que hacer énfasis en que sólo puede aplicarse el artículo 67 TR-LGDCU si la ley elegida es la de un tercer Estado, pues lo dispuesto en el artículo 67 va en contra de las Directivas Comunitarias de consumidores citadas. En este mismo sentido, el artículo 6.2 del Reglamento Roma I señala que la elección de Ley no puede contrariar jamás la aplicación de las normas imperativas del país de la residencia habitual del consumidor que supongan un mayor nivel de protección que la Ley elegida. Con lo cual si el consumidor tiene su residencia habitual en España, independientemente de la Ley elegida por los contratantes, habrá que aplicar junto a la Ley elegida por las partes lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, como Derecho imperativo del ordenamiento jurídico donde se encuentra la residencia habitual del consumidor, si es una normativa más protectora para el consumidor.

3.º *Consumidor activo*. El TR-LGDCU protege tanto a los consumidores activos como a los consumidores pasivos, tal y como se regulaba en las Directivas objeto de transposición por esta normativa española. El Reglamento Roma I, sin embargo, sólo protege a los consumidores pasivos. Por ello, surge la duda de cuál es la ley aplicable a los contratos de consumo cuando el consumidor es activo.

Para entender la problemática de este tema hay que hacer varias precisiones. El artículo 6.3 del Reglamento Roma I regula el contrato de consumo celebrado por un consumidor activo, es decir, un consumidor cosmopolita que se desplaza para consumir al país del empresario o profesional en busca de unas condiciones contractuales más ventajosas (49). Según este precepto, el contrato de consumo se rige por la Ley determinada de conformidad con los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I. Por tanto, dicho contrato se rige por la Ley elegida por las partes y, en su defecto, normalmente, por la Ley del país donde tiene su sede el empresario. Sin embargo, la solución recogida en este

(49) M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pág. 493.

artículo 6.3 del Reglamento Roma I produce consecuencias negativas, porque permite al empresario «imponer» una Ley aplicable al contrato bajo la apariencia de una auténtica y real elección de Ley de las partes. En efecto, numerosos consumidores que contratan en el mercado comunitario están desprotegidos, de forma que el empresario les puede «imponer» una Ley aplicable, camuflada bajo una elección de Ley por las partes. Si dicha Ley «elegida» por las partes resulta ser la Ley de un «Estado no comunitario», el consumidor carece de los derechos que le otorga el Derecho comunitario. Ahora bien, en los casos en los que el contrato presenta vínculos estrechos con la Unión Europea, son de aplicación las Directivas Comunitarias y las Leyes de transposición, en concreto, el artículo 67 TR-LGDCU, reflejo de dicha transposición, que protege a los consumidores tanto si son activos como si son pasivos cuando deciden celebrar un contrato internacional con un profesional de la contratación, con independencia de la Ley elegida por los contratantes.

La falta de protección del «consumidor activo» que opera «en el mercado comunitario» es incompatible con la idea de «mercado único comunitario». En efecto: el consumidor debe «poder elegir» con qué profesional o empresa contratar, ya sea una empresa radicada en el Estado de su residencia habitual o radicada en otro Estado comunitario y en condiciones de igualdad. Si no se protege al «consumidor activo», éste no puede aprovecharse de las ventajas de operar en un «mercado único», pues sólo le compensa contratar con las empresas radicadas en su propio país, y no con las empresas radicadas en otros países comunitarios, pues en este caso no está «protegido» por el Derecho Internacional Privado. No existe ni «mercado único» ni sirve para nada la «armonización» de los Derechos nacionales de consumo de los Estados miembros.

En definitiva, si se trata de regular contratos internacionales en los que una parte es un consumidor activo persona física habría que aplicar los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, pues son los preceptos que regulan la Ley aplicable a los contratos internacionales con carácter general para determinar la Ley aplicable, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento Roma I, porque no es un contrato de consumidores a efectos del Reglamento Roma I, no entiende que exista una parte débil en el contrato a la que proteger. En este caso, el principio de *especialidad* debe regir las relaciones entre el Reglamento Roma I y el Derecho comunitario armonizado, con la consecuencia de que la elección de Ley puede verse parcialmente limitada o desplazada por lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU en dos supuestos: 1. Si el Reglamento Roma I remite al Derecho sustantivo material español, como *ad ex*, si las partes eligen como *lex contractus* la ley española, en virtud del artículo 3 del Reglamento Roma I. 2. Y también si se elige la Ley de un tercer Estado, pero la situación presenta un vínculo estrecho con la Unión Europea. En este supuesto es aplicable lo previsto en el artículo 67 TR-LGDCU. En ningún caso el artículo 67 TR-

LGDCU puede corregir la aplicación de la Ley elegida por los contratantes si se trata de una Ley de un Estado miembro de la Unión Europea, con independencia de que el artículo 67 establezca lo contrario.

3. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMO

44. Aunque las Directivas Comunitarias no son directamente aplicables, muchas veces se utilizarán como marco para la aplicación de las Leyes de transposición de las Directivas en aquellos casos en los que las Leyes de transposición van más allá de lo que quería el legislador comunitario, como es el caso del TR-LGDCU, como norma que transpone las Directivas en materia de consumidores. Por ello es necesario plantearse las relaciones existentes entre el Reglamento Roma I y las Directivas Comunitarias. El Reglamento Roma I no protege a los consumidores activos en su artículo 6, como acabamos de ver. Pues bien, la laguna del artículo 6 del Reglamento Roma I, que es una laguna consciente y querida por el legislador, se explica porque la protección del consumidor «activo» llega a través de las Directivas Comunitarias citadas y sus Leyes de transposición (50). Varios aspectos deben ser destacados al respecto:

- 1.º) Estas Directivas adoptan un «enfoque unilateral», por lo que vienen a decir que los consumidores pueden hacer valer los derechos que les reconocen las mismas cuando el caso está «estrechamente vinculado con la Unión Europea». Esta solución es la que recoge el artículo 67 TR-LGDCU. Con otras palabras, si el contrato está estrechamente vinculado con la Unión Europea, el Derecho Comunitario de protección del consumidor contenido en las Directivas Comunitarias, extiende su aplicación a tales contratos internacionales de consumo. Ello permite proteger a los «consumidores activos» en los casos «estrechamente conectados con la Unión Europea».
- 2.º) La prevalencia en la aplicación de las Directivas Comunitarias en materia de consumo sobre el Reglamento Roma I se recoge de forma expresa en el propio Reglamento Roma I, *ex* artículo 23. Ello es debido a que, a pesar del principio de primacía del Derecho Comunitario, como el Reglamento Roma I y las Directivas en materia de consumidores son normas de Derecho Comunitario, su relación se rige por el principio de especialidad, recogido en el artículo 23 del

(50) M. FALLON/S. FRANCO, «Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?», en *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TCM, Asser Press, 2000, pág. 161.

Reglamento Roma I citado (51). El Considerando 40 del Reglamento Roma I deja muy claro este extremo al señalar que el Reglamento Roma I «no debe excluir la posibilidad de incluir normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones contractuales en disposiciones de Derecho Comunitario en relación con materias específicas». Habría que señalar que, en realidad, las Directivas Comunitarias sobre protección de consumidores no recogen normas de conflicto —como dice el Reglamento Roma I— sino *normas de extensión*, como ya se ha señalado con anterioridad; por lo que no señalan la Ley aplicable a los contratos de consumo sino que extienden la aplicación del Derecho protector comunitario a los contratos de consumo cuando las partes eligen la Ley de un tercer Estado. Y, de hecho, se aplica el Derecho Comunitario tal y como es transpuesto en el Estado al que pertenece el juez que está conociendo del caso (art. 3.4 del Reglamento Roma I). Si las Directivas recogieran normas de conflicto, no limitarían simplemente la autonomía conflictual de los contratantes sino que establecerían los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable en defecto de elección. Por ello, no se aplica el Derecho Comunitario más conectado sino el Derecho Comunitario del foro, pues, en realidad, cualquier Derecho armonizado en la materia cumpliría con los objetivos de protección del mercado único.

- 3.º) La consecuencia jurídica de lo anterior es que la aplicación del Reglamento Roma I no puede solaparse sobre la aplicación de las Directivas Comunitarias en materia de consumo. En definitiva, hay que aplicar el Derecho Comunitario de consumo en los casos «estrechamente vinculados con la Unión Europea», partiendo de la prevalencia de las soluciones de Derecho Internacional Privado contenidas en estas Directivas sobre las soluciones de Derecho Internacional Privado contenidas en el Reglamento Roma I, evitándose que el contrato de consumo se rija por la Ley elegida por las partes. En efecto, sea cual sea la Ley elegida por los contratantes, serán de aplicación al contrato las disposiciones de estas Directivas, tal y como se formula en el artículo 67 TR-LGDCU, respecto a las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 y respecto a las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías contenidos respectivamente en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126, siempre que la aplicación de esta normativa interna de Derecho Privado español

(51) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 8.

no vaya en contra de lo dispuesto en las Directivas que transpone. Ello no deja de ser paradójico, si tenemos en cuenta que la determinación de la ley aplicable a los contratos de consumidores a través de las leyes de transposición de las Directivas comunitarias en materia de consumo puede provocar la aplicación de una Ley distinta a la contemplada en el Reglamento Roma I, *ex* artículo 6 (52).

45. El artículo 6 del Reglamento Roma I y las Directivas Comunitarias protectoras del consumidor son plenamente aplicables, también, para la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos de consumo. En efecto, ni la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 [comercio electrónico en el mercado interior], ni la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico —que transpone la Directiva 2000/31—, ni las Directivas Comunitarias en materia de contratos celebrados por consumidores contienen normas sobre la determinación de la «Ley aplicable» a los contratos internacionales electrónicos de consumo (art. 1.4 de la Directiva 2000/31 y art. 26 de la Ley 34/2002). Tampoco el artículo 6 del Reglamento Roma I ha introducido normas o cautelas específicamente previstas o diseñadas para los contratos *on line* o los contratos electrónicos de consumo. El legislador comunitario de 2008 fue consciente de ello. Por eso mismo, todas las observaciones realizadas sobre los problemas de aplicación del Reglamento Roma I y las Directivas Comunitarias sobre consumidores son perfectamente trasladables a los contratos electrónicos de consumo.

VIII. ARTÍCULO 67 TR-LGDCU Y ARTÍCULO 3.4 DEL REGLAMENTO ROMA I

46. Esta misma idea de protección del Derecho Comunitario recogida en el artículo 67 TR-LGDCU para los contratos internacionales de consumidores se vuelve a recoger en el artículo 3.4 del Reglamento Roma I para los casos en los que todos los elementos pertinentes de la situación se encuentran localizados en uno o varios Estados miembros y las partes eligen la Ley de un tercer Estado. En este caso, dicha elección se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho Comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo, tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro.

47. Se trata de una disposición que no existía en el Convenio de Roma de 1980 y que está inspirada en la opinión de algunos autores que defendieron

(52) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*, pág. 3.

la aplicación por analogía del artículo 3.3 del Convenio de Roma de 1980 a las situaciones puramente intracomunitarias y en el artículo 14.3 del Reglamento Roma II [Reglamento (CE), núm. 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales] (53). La solución ha sido criticada por el profesor P. LAGARDE: «La fórmula es excesiva, pues no hay fraude en eludir una disposición simplemente imperativa del Derecho objetivamente aplicable, procediendo a la elección de una ley que no la conocía. En realidad, esta disposición volvería a erigir toda disposición simplemente imperativa del Derecho Comunitario, desde el momento en que fuera objetivamente aplicable, en una disposición internacionalmente imperativa, o, dicho de otro modo, en una ley de policía» (54).

48. Este artículo 3.4 del Reglamento Roma I va a plantear muchos problemas de aplicación respecto de las Directivas existentes en materia de consumidores, pues supone un solapamiento de normas aplicables a los mismos contratos internacionales de consumidores. Hay que tener en cuenta varios datos para comprender por qué este límite impuesto a los contratos intracomunitarios por el artículo 3.4 del Reglamento Roma I no tiene base jurídica:

- 1.º) El problema de la traslación de esta regla a los contratos comunitarios, esto es, los contratos que se encuentran localizados en uno o varios Estados comunitarios, no tiene mucho sentido porque no existe una diferencia entre normas imperativas comunitarias aplicables a los casos puramente comunitarios y normas imperativas comunitarias aplicables a los casos internacionales.
- 2.º) Las normas comunitarias, como las Directivas o los Reglamentos, prevalecen siempre sobre la voluntad de los contratantes, no por el artículo 3.4 del Reglamento, sino sobre la base del artículo 23 del

(53) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 78-79; O. LANDO, «The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations», en *CMLR*, 1987, págs. 159-214, conr. págs. 180-182; R. MICHIELS/H.-G. KAMANN, «Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR», en *JZ*, 1997, págs. 601-609, conr. pág. 604. El artículo 14.3 del Reglamento (CE), núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), dice así: «Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro, no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho Comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo». Sobre esta disposición, vid., *ad ex*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado: El Reglamento «Roma II»*, Granada, Comares, 2008, pág. 98.

(54) P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», en *RCDIP*, 2006, págs. 331-349, conr. págs. 336-337.

Reglamento Roma I. El artículo 23 del Reglamento Roma I dispone: «*Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho Comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales*». Aunque existe una contradicción normativa entre el artículo 3.4 y el artículo 23 del Reglamento Roma I debe primar lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento Roma I (55).

- 3.º) Para entender este supuesto, habría que distinguir entre dos tipos de normas comunitarias: la Directiva y el Reglamento, pues su funcionamiento y aplicación son distintos. No es igual, jurídicamente hablando, que el contrato internacional de consumidores se vea afectado por la aplicación de una Directiva que por la aplicación de un Reglamento comunitario. Cuando se trata de aplicar una Directiva Comunitaria la transposición de la misma puede variar de un Estado miembro a otro. Esto se comprueba fácilmente con el TR-LGDCU cuando transpone las Directivas en materia de consumidores yendo mucho más allá de lo que las Directivas establecían. El artículo 3.4 *in fine* del Reglamento Roma I soluciona este problema al disponer que se aplicará el Derecho Comunitario tal y como se aplique en el Estado miembro del foro. Así, si conoce un juez español de un litigio derivado de un contrato internacional de consumo aplicará la ley elegida por los contratantes de un tercer Estado siempre que no contraríe las normas de Derecho Comunitario de las que las partes no puedan escaparse, si se encuentran todos los elementos del contrato localizados en uno o varios Estados miembros, pero no porque lo diga el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, sino porque lo dice el artículo 23 del Reglamento Roma I, y en el caso del ordenamiento jurídico español, el artículo 67 TR-LGDCU. Se trata de una solución *legeforista*, pues la transposición de las Directivas no se hace por igual en todos los Estados miembros de la Unión Europea (56). Sin embargo, la aplicación de esta solución

(55) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, págs. 10-11; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*, pág. 5.

(56) J. CARRASCOSA GÓNZALEZ, «CAPÍTULO XXVII. Operaciones internacionales de consumo», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., 2009-2010, Granada, Comares, pág. 515; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 9.

legeforista no tendría por qué plantear mayores problemas puesto que, en principio, siempre que se aplique el Derecho armonizado de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, sin importar cuál, se cumplen los criterios de funcionamiento del mercado interior.

Si, por el contrario, el contrato de consumidores se ve afectado por disposiciones imperativas contenidas en Reglamentos comunitarios, visto que el Reglamento comunitario es único en todos los Estados miembros, los preceptos del mismo «que no puedan excluirse mediante acuerdo», se aplicarán al contrato siempre sin necesidad de que lo refleje expresamente el Reglamento Roma I.

- 4.º) Además, las Directivas y Reglamentos Comunitarios, en muchos casos, se aplican aunque no se encuentren todos los elementos del contrato localizados en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea. Lo importante para que se aplique el Derecho Comunitario es que se den los elementos necesarios de aplicación territorial que exija la propia norma comunitaria (57). Los preceptos imperativos contenidos en Reglamentos o Directivas Comunitarias sólo pueden aplicarse al contrato cuando éste aparezca cubierto por el ámbito de aplicación espacial de la normativa comunitaria. Las Directivas en materia de consumidores contienen cláusulas expresas que determinan su ámbito de aplicación en el espacio. Otras, como la Directiva en materia de contrato de agencia, no lo contiene y el TJCE lo ha establecido en su jurisprudencia. La STJCE (Sala 5.^a), de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, /caso *Ingmar Gb tdy. vs Eaton Leonard Technologies Inc.*/ [STJCE 2000, 270] señaló que las normas de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, sobre el contrato de agencia, se aplican siempre que el agente comercial ejercite su actividad «en un Estado miembro». En definitiva, el legislador comunitario no determina la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, sino que fija el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Privado comunitario a través de normas de extensión (58). Esto es lo que ha hecho el legislador español al introducir en el TR-LGDCU la norma de extensión que recoge el artículo 67 TR-LGDCU. El único sentido que tiene el artículo 3.4 del Reglamento Roma I es fijar un meca-

(57) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*, pág. 5.

(58) U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, «The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts», en *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, núm. 103, págs. 132-133.

nismo de lucha contra el fraude de Ley al Derecho Comunitario. Es decir, si la situación está objetivamente vinculada exclusivamente con la Unión Europea el Derecho Comunitario debe ser aplicable. De este modo se respeta la «autoridad del Derecho Comunitario», su vocación de ordenación de las situaciones comunitarias, como ocurre en el Derecho de consumidores. En todo lo no regulado por normas imperativas de Derecho Comunitario, la elección por las partes de una Ley de un tercer Estado será efectiva. Con este mecanismo se impide que las partes fabriquen una conexión artificial, aparente y no real, con un tercer Estado y eviten la aplicación del Derecho Comunitario a una situación enteramente vinculada con la Unión Europea (59). En realidad, para este viaje no se necesitaban tantas alforjas.

- 5.º) Es bastante paradójico que el artículo 3.4 del Reglamento Roma I sólo sea aplicable cuando las partes hacen uso de su autonomía conflictual a favor del Derecho de un tercer Estado y no cuando, a través de elementos objetivos *ex* artículos 4 y siguientes del Reglamento Roma I, se designa la Ley de un tercer Estado. Hay que tener en cuenta, de todos modos, que el artículo 3.4 del Reglamento Roma I no significa que la elección a favor de la Ley de un Estado no miembro de la Unión Europea sea nulo, sino que cuando el contrato se encuentra objetivamente vinculado con la Unión Europea se dejarán de aplicar aquellas normas de la Ley del tercer Estado elegido que sean contrarias al Derecho Comunitario armonizado. En el caso de no existir elección, este Derecho Comunitario armonizado no podría limitar la aplicación del Derecho de un tercer Estado designado por los criterios establecidos en los artículos 4 y siguientes del Reglamento Roma I.

49. La justificación de este precepto no es otro que el de limitar la libertad de elección de Ley de los contratantes cuando interviene en el contrato una parte débil, como es el consumidor. El Reglamento Roma I se ha decantado por la libertad absoluta de las partes para elegir la ley de cualquier país, aunque el contrato carezca de vínculos efectivos con él. La amplitud con la que el Reglamento Roma I reconoce a las partes la facultad de elegir una ley estatal no conectada, de manera objetiva, con el contrato internacional ha provocado que el legislador comunitario tome las medidas oportunas para proteger al consumidor en el mercado comunitario. Entre estas medidas se encuentra la contemplada en el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, así como la regulación de la ley aplicable a los contratos de consumo recogida

(59) P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», en *RCDIP*, 2006, pág. 337.

en el artículo 6 del Reglamento Roma I —orden público de protección—. Por último, no hay que olvidar que el Reglamento Roma I, en su artículo 9, proclama la aplicabilidad de las leyes de policía de Estados especialmente conectados con el contrato —orden público de dirección— (60).

RESUMEN

CLÁUSULAS ABUSIVAS
CONSUMIDORES

El Reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales —conocido como «Roma I»—, DOUE L 177 de 4 de julio de 2008, regula en su artículo 6 la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Sin embargo, no es la única norma de Derecho Internacional Privado que regula en la Unión Europea este problema. Existen varias Directivas Comunitarias en materia de consumidores que determinan su ámbito de aplicación en el espacio. A saber: la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; 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; y la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de venta y garantías de los bienes de consumo. Estas Directivas pueden ser transpuestas de forma distinta de país a país con una clara lógica legeforista. En España la transposición de las Directivas citadas se recoge en el artículo 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 [Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los

ABSTRACT

ABUSIVE CLAUSES
CONSUMERS

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations —(Rome I)—, DOUE L 177, 4 July 2008, regulates in article 6 the law applicable to international consumer contracts. However, it isn't the only rule of private international law governing the European Union this problem. There are several Directives on consumers that determine its scope in space. To wit: Council Directive 93/13 EC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Council Directive 97/7 EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts and Directive 99/44/EC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. These Directives can be transposed differently from country to country with a clear logic legeforista. In Spain the transposition of these Directives set out in article 67 of Royal Legislative Decree 1/2007 of 16 November 2007 [revised text of the General Law on Protection of Consumers and Users and other complementary laws (TR-LGDCU)]. This paper tries to solve one of the most serious problems that exist in the regulation of consumer contracts: coordi-

(60) Vid., sobre estos temas, el sugerente estudio realizado por A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 52-133.

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TR-LGDCU)]. En este trabajo se intenta dar solución a uno de los problemas más graves que existe en la regulación de los contratos de consumidores: la coordinación en la aplicación de las normativas comunitarias de Derecho Privado existentes en materia de consumidores. Así, por un lado, el operador jurídico se encuentra con el Reglamento Roma I y, por otro lado, las Directivas Comunitarias en materia de consumidores y las leyes de transposición de dichas Directivas, como el TR-LGDCU. En definitiva, debe evitarse una situación en que haya dispersión de normas de conflicto, así como las diferencias entre esas normas.

nation in the implementation of community rules of private law existing on consumers. So on the one hand, the legal operator meets Rome I Regulation and, secondly, the EU Directives on consumer and the laws transposing the Directives, such as TR-LGDCU. Finally, a situation where conflict-of-law rules are dispersed among several instruments and where there are differences between those rules should be avoided.

(Trabajo recibido el 16-3-2010 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)