

El derecho de repetición aparece en la mayor parte de los Estados miembros, como España, Portugal, Holanda, Italia, Alemania, Grecia y Francia. Sin embargo, en algunos Estados, como el Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Suecia, Finlandia y Dinamarca, no figura expresamente, aunque en alguno no es necesario, porque la jurisprudencia reconoce la existencia de una acción directa que faculta al vendedor final para repetir contra los vendedores anteriores.

La Directiva regula la garantía comercial, obligándose el garante a cumplir las condiciones ofrecidas en la garantía. Esta garantía aparece en los Estados miembros, aunque en Suecia el tratamiento de la misma es diferente.

Según la Directiva, son nulos los acuerdos entre el consumidor y el vendedor, antes de que se ponga de manifiesto la falta de conformidad del bien al contrato, que excluyan o limiten los derechos del consumidor.

Este criterio es seguido por los Estados miembros de la Unión Europea.

4. La transposición de la Directiva que se ha hecho en los Estados miembros de la Unión Europea pone de manifiesto, sin lugar a dudas, lo afirmado al comienzo de este estudio. En efecto, los Estados miembros no han transpuesto de la misma manera la Directiva, lo cual se explica por tratarse de una Directiva de mínimos. Por ello no puede afirmarse que exista un verdadero mercado interior de bienes de consumo al ser claramente insuficiente la unificación que se ha alcanzado en los diversos Estados miembros. Este dato, indiscutible, determina que la normativa comunitaria reguladora de los defectos del bien vendido sea bastante diferente en los Estados miembros, provocando consecuencias perjudiciales para el funcionamiento del mercado interior, al desincentivar las compraventas transfronterizas de bienes de consumo. No se ha logrado, por consiguiente, una solución plenamente satisfactoria a la problemática jurídica que plantean las transacciones transfronterizas de bienes de consumo. No obstante, se ha iniciado el camino que ha de conducir a la necesaria uniformidad de todos los Estados de la Unión Europea en una materia tan importante como es la relativa a la conformidad del bien con el contrato de compraventa de bienes de consumo (1).

---

(1) Una exhaustiva información normativa, jurisprudencial y doctrinal sobre la conformidad del bien al contrato, tanto en la Directiva comunitaria como en la normativa de los Estados miembros de la Unión Europea que la han incorporado, por Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea*, dos volúmenes, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2004, cuya obra ha sido tenida en cuenta a lo largo de todo el estudio.

# LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO INTRACOMUNITARIO. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por **Asunción Hernández Fernández**

Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Valencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La consolidación del mercado interior, la creación de un espacio donde se garantiza la libre circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales cambió inevitablemente el contexto en el que se realizan las transacciones de los consumidores europeos (1). Las actividades de los consumidores ya no se circunscriben a la escala nacional, sino que, por el contrario, muy a menudo el consumo se caracteriza hoy en día por un elemento transnacional, debido, entre otras cosas, a la multiplicación de los desplazamientos de los consumidores y a la aparición de nuevas técnicas de venta y prestación de servicios, sobre todo a través del comercio electrónico vía Internet o vía móvil (2). Por ello, el consumidor, en la actualidad, puede fácilmente comprar bienes o contratar servicios, para un uso privado, en otro país de la Unión Europea (UE), bien porque dicho consumidor se ha desplazado a ese país para realizar la transacción, o bien porque el vendedor o proveedor, establecido en otro país de la Unión Europea, ha dirigido su oferta comercial al país de residencia del consumidor.

Además, el desarrollo de las nuevas tecnologías en los últimos años, y el que se prevé para los años

venideros, supone para el Derecho superar una serie de nuevos desafíos que éste ha empezado a hacer frente decididamente. Uno de los aspectos que hasta hace un par de años se consideraba el principal obstáculo al desarrollo de la contratación transfronteriza era su alto nivel de inseguridad y la consiguiente desconfianza que ello producía en el consumidor. Hoy, gracias a la tecnología y a los avances experimentados por el Derecho, dicho problema se encuentra en franca vía de superación, siendo uno de los objetivos prioritarios de la Comisión Europea, la protección de los consumidores en el marco de las contrataciones transfronterizas (3).

Efectivamente, las instancias comunitarias, para obtener una mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos de la UE, entre otras iniciativas, están potenciando una decidida política de protección del consumidor con el fin de garantizar tanto la calidad de los productos y servicios que se introducen en el mercado, y la transparencia en las prácticas comerciales (4), como la efectividad en la resolución de los conflictos transfronterizos.

(1) Vid., GARRIDO COUREL, B., «El acceso de los consumidores a la Justicia», en *Diario La Ley*, n.º 5.601, de 19 de agosto de 2002, pp. 1-29.

(2) Vid., ICC-WORLD BUSINESS ORGANIZATION, Declaration de politique générale, «La competente et la loi applicable dans le commerce électronique», Comité ad hoc du projet sur le commerce électronique (PCE) sur la competente et la loi applicable, 6 de june 2001, Doc. ECP/AH1-100 final.

(3) Vid., la Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002 sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la comunidad (2002-2006), DO C 011, de 17 de enero de 2003. Y también, entre otros, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de junio de 2003 sobre la Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006;

(4) Vid., MASSAGUER FUENTES, J. y PALAU, F., «Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea», en *Instituto Nacional de Consumo* (<http://www.consumo-inc.es>), agosto 2002.

Ello nos lleva a afirmar que, la protección europea de los consumidores, no se manifiesta solamente en el ámbito del Derecho material, sino que se complementa con la potenciación de instrumentos de tutela procesal adecuados a la naturaleza específica de las situaciones jurídicas afectadas (5). En efecto, la UE procura facilitar el acceso a la justicia a través de diversas medidas, como la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (6), disponible en Internet, en la que también figura la información relativa a la solución de los litigios de los consumidores por medios alternativos; o la instauración de un Espacio Judicial Europeo a través de medidas como la reducción de los procedimientos de exequátur (7), la normativa destinada a suprimir el exequátur en los supuestos de créditos no impugnados (8) y la propuesta de la Comisión destinada a simplificar y acelerar la solución de los litigios transfronterizos de escasa cuantía.

Desde esta perspectiva, las instancias comunitarias insisten para que los Estados Miembros adopten medidas de política legislativa que faciliten a los ciudadanos en general, y a los consumidores en particular, un mayor nivel de acceso a la justicia, bien a través de mecanismos extrajudiciales de solución de controversias transfronterizas, o bien a través de un sistema de tutela jurisdiccional cada vez más efectivo (9).

Al referirnos a la solución de litigios transfronterizos en la vía judicial (10), surgen dificultades adicionales a las ya tradicionales de tipo lingüístico y financiero, concretamente me estoy refiriendo, entre otras, a las cuestiones de derecho internacional privado tales como la determinación de la ley apli-

cable al litigio, la determinación de la jurisdicción competente, el régimen de notificaciones en el extranjero, o la ejecución de la sentencia en un Estado diferente a aquél en el que se dictó.

Tomando como punto de partida una aproximación a la política comunitaria de protección de los consumidores, nos proponemos en el presente artículo analizar las cuestiones de competencia judicial internacional y derecho aplicable que puedan surgir en los litigios transfronterizos intracomunitarios de consumo, tanto conflictos derivados de la contratación tradicional como las peculiaridades que se pueden derivar de la contratación electrónica.

## 2. APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La política de protección del consumidor, ha experimentado una interesante y significativa evolución (11), no sólo en los Estados Miembros, sino también a escala comunitaria. Tras ser objeto inicialmente de medidas adoptadas de forma esporádica y ocasional con base en el artículo 100 del Tratado CE (actualmente artículo 94 CE), posteriormente la actuación comunitaria en materia de protección de los consumidores encontró, primero mediante el Acta Unica Europea de 1986, y después mediante el Tratado de la Unión Europea hecho en Maastricht en 1992, una mención expresa y una base jurídica más flexible en el artículo 100-A (actualmente artículo 95 CE), para pasar finalmente a constituir de forma autónoma, una de las políticas comunitarias del artículo 129-A (actualmente artículo 153).

De este modo, poco a poco se fueron adoptando numerosas e importantes Directivas que han tenido directamente en cuenta las exigencias de protección de los consumidores, conciliándolas con

(5) *Vid.*, LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Bruselas, 19 de abril de 2002 (COM (2002) 196 final).

(6) *Vid.*, Decisión del Consejo 2001/470/CE de 28 de mayo de 2001. DO L 174, de 27 de junio de 2001, p. 25.

(7) *Vid.*, Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12 de 16 de enero de 2001, p. 1.

(8) *Vid.*, Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004. DOUE L 143 de 30 de abril de 2004.

(9) *Vid.*, GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «El sistema arbitral español de consumo en el marco normativo de la Unión Europea», en *Diario La Ley*, n.º 5.984, de 26 de marzo de 2004, p. 2.

(10) La Comisión, en el «libro Verde sobre asistencia jurídica en litigios civiles: problemas para el litigante transfronterizo», afirmaba que se entenderá por «litigio transfronterizo» aquél en que la parte demandante (por ejemplo, un consumidor) está domiciliada en otro país distinto de aquél en el que la parte demandada (por ejemplo, un empresario o profesional) está legalmente establecida.

(11) Entre otras podemos mencionar: La *Resolución* del Consejo de 19 de mayo de 1981, relativa al Segundo Programa de la CEE para una política de protección e información de los consumidores; La *Comunicación* de la Comisión sobre el Nuevo Impulso para la política de protección de los consumidores (COM (85) 314, de 23 de julio de 1985); El *Plan Trienal* de acción sobre política de los consumidores en la CEE, 1990-1992 (COM (90), 98 final, de 8 de mayo de 1990); *Plan de acción* sobre la política de los consumidores 1999-2000, aprobado por resolución del Consejo de 28 de junio de 1999; Y la *Decisión* 238/1999 del Parlamento y del Consejo por la que se establece un marco general de actividades comunitarias a favor del consumidor, DO L 39 de 9 de febrero de 1999, que abarca el período hasta el 2003.

las exigencias derivadas de la realización del mercado interior y con la progresiva liberalización de la circulación de mercancías y de personas entre los Estados Miembros (12).

El marco jurídico actual en el derecho comunitario originario viene constituido por el artículo 153 del Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente:

«1.º Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2.º Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.

3.º La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado primero mediante: a) medidas que adopte en virtud del art. 95 en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

4.º El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.

5.º Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

Sin embargo, aunque existe el artículo 153 del Tratado como base para la política de los consumidores, las medidas de defensa y protección de los mismos con fundamento en dicho precepto no han sido adoptadas más que excepcionalmente (13),

(12) Vid., HERNÁNDEZ BATALLER, B., *La protección de los consumidores en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: Situación actual y perspectivas de futuro*, Valencia, 2005, pp. 20-21.

(13) Vid., *Decisión 20/2004/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de diciembre de 2003, por la que se establece un marco general para la financiación de acciones comunitarias en apoyo de la política de

de hecho, resulta necesario recordar que el Derecho europeo del consumo se desarrolla, casi esencialmente, alrededor del artículo 95 del Tratado, que es la base jurídica para la aproximación de legislaciones que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (14).

El artículo 153 del Tratado aporta una característica negativa y una positiva. La primera se refiere a la ausencia de mención al derecho de acceso a la justicia de los consumidores, y aunque la competencia de las instituciones comunitarias en materia judicial no es completa, esto no debería impedir que el derecho del consumidor a una justa compensación de daños sufridos, o el derecho de acceder a la resolución de conflictos, sean judiciales o no, estuviera confirmada por el artículo 153. Por otro lado, la característica positiva se basa en una triple aportación:

a) La incorporación de la denominada *cláusula horizontal* o el *reconocimiento de la horizontalidad* de la política comunitaria de los consumidores, ello comporta que, en todas las decisiones de las diferentes políticas deberían ser tomados en consideración, según criterios objetivos y públicos, los intereses de los consumidores (15). Para que esto pueda ser realmente efectivo, la Comunidad tendrá que reorganizar sus estructuras y unidades de manera que la coordinación entre los diversos órganos encargados de adoptar acciones que puedan influir en la protección de los consumidores, sea operativa;

b) La incorporación de lo que se ha denominado *Doble Subsidiariedad*. En efecto, además de la subsidiariedad primaria y general del artículo 5 del Tratado, en el caso de las medidas mencionadas en la letra a) del apartado 3 del artículo 153, el legislador ha querido someterlas a un filtro aún más riguroso que funciona como una verdadera subsidiariedad secundaria y consiste en que estas me-

los consumidores en el período 2004-2007. DOUE L n.º 5 de 9 de octubre de 2004.

(14) No obstante, en la Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98 «Alemania vs. Parlamento y Consejo», se indica claramente que un acto adoptado sobre el fundamento del art. 95 debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones del establecimiento y funcionamiento del mercado. Basándonos en esta afirmación, la mera constatación de las disparidades entre las reglamentaciones nacionales, así como el riesgo abstracto de obstáculos a las libertades fundamentales del Tratado o distorsión de la competencia, no es suficiente para usar como fundamento jurídico, este artículo.

(15) Vid., GUILLÉN CARAMES, J., «El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 5, 2003, pp. 238-239.

didadas comunitarias únicamente serán admisibles siempre que completen o apoyen las iniciativas de los Estados miembros en los ámbitos en cuestión.

c) Y el reconocimiento a nivel de Derecho comunitario originario, para esta política, del *principio de armonización mínima*, dejando un margen de apreciación a los Estados miembros para la adopción de medidas de protección más estrictas (16).

El anterior artículo 129 A TCE distinguía dos posibles actuaciones de la Comunidad encaminadas a la protección de los consumidores, por un lado hablaba de «medidas» adoptadas en el marco de la realización del mercado interior, y por otro hablaba de «acciones concretas» que apoyen y complementen las políticas nacionales de protección de los consumidores. Bajo esta terminología se podía entender que la Comunidad podía adoptar tanto medidas normativas de carácter vinculante como medidas y acciones no vinculantes (17). El actual artículo 153 TCE define ambas actuaciones de igual forma bajo la denominación de «medidas» por lo que queda zanjada la polémica sobre el carácter normativo de las medidas específicas en el ámbito de protección de los consumidores.

Siguiendo esta línea de actuación, la Comisión mediante Comunicación de 7 de mayo de 2002 fijó la Estrategia en materia de política de los consumidores para el período 2002-2006 (18), en la que se determinaban tres objetivos a medio plazo: a) alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores; b) aplicación más eficaz de las normas sobre protección de los consumidores; c) participación más adecuada de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias. A los efectos de desarrollar el primero de los objetivos fijados, la Comisión se propuso, por una parte, revisar la legislación comunitaria en materia de protección de los consumidores (19), y por otra, en el ám-

(16) Vid., BOURGOINIE, TH., «Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?», en *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, 1-2 mars-juin, 2005, pp. 153-174.

(17) Vid., GUILLÉN CARAMES, J., «El marco jurídico de la política comunitaria...», *op. cit.*, 2003, p. 241.

(18) Vid., la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social y al Comité de las Regiones, denominada «Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006». COM (2002) 208 final. También hay que tener en cuenta la Decisión 20/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de diciembre de 2003, por la que se establece un marco general para la financiación de las acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores en el período 2004/2007 (DO L n.º 5 de 9 de enero de 2004), que fue modificada por Decisión 786/2004/CE (DO L 138 de 30 de abril de 2004).

(19) La Comisión se proponía realizar una armonización plena de la Directiva 94/47/CE relativa al régimen de tiempo compartido (DO L n.º

bitio de la legislación sobre contratos con los consumidores, y dentro del marco de los trabajos llevados a cabo a tenor de la Comunicación sobre Derecho contractual europeo (20), puso en marcha un proceso de consulta sobre posibles problemas para el mercado interior y la aplicación uniforme del Derecho comunitario a consecuencia de las diferencias de las legislaciones contractuales nacionales.

Hasta la actualidad, y como resultado de la Estrategia en materia de política de los consumidores 2002/2006, se han aprobado dos normas que tienen una especial incidencia en la aplicación del Derecho comunitario, por una parte, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (21) y, por otro, el Reglamento de cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación del Derecho de los consumidores (22). Dicho Reglamento utiliza dos términos que, a los efectos del presente artículo, nos interesa destacar, y son «situaciones transfronterizas» e «infracciones intracomunitarias». Efectivamente, el Reglamento establece una red de autoridades públicas competentes en materia de protección de consumidores para las situaciones transfronterizas (23) con una doble finalidad, por una parte, la de prestarse asistencia mutua (que cubre el intercambio de información, las solicitudes de medidas de aplicación así como la coordinación de las actividades de vigilancia del mercado y la aplicación de la legislación), y por otra, la de adoptar las medidas necesarias para garantizar la cesación o prohibición de las infracciones intracomunitarias (24), es decir, las autori-

280/83 de 1994); y la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados (DO L n.º 158 de 23 de junio de 1990), a fin de minimizar las variaciones en las normas de protección de los consumidores existentes en el conjunto de la Unión Europea.

(20) Vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de febrero de 2003 relativa al Plan de acción sobre un Derecho contractual europeo más coherente. COM (2003) 68 final.

(21) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE. DOUE L 149, de 11 de junio de 2005.

(22) Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. DOUE L 364, de 9 de diciembre de 2004.

(23) El Reglamento, con el fin de garantizar un control eficaz y efectivo en las situaciones transfronterizas, armoniza determinadas competencias y procedimientos de las autoridades de los Estados miembros eliminando, en dichos Estados, los obstáculos a los consumidores extranjeros. Este Reglamento es aplicable a partir del 29 de diciembre de 2005.

(24) El artículo 3 b) del Reglamento 2006/2004 define el concepto de «infracción intracomunitaria» como todo acto u omisión contrario a la legislación protectora de los intereses de los consumidores que perjudique o pueda perjudicar los intereses colectivos de los consumidores que residen en uno o varios Estados miembros distintos del Estado miembro



dades públicas para cumplir los objetivos fijados en el derecho comunitario, si resulta necesario, deberán acudir a los tribunales de justicia para proteger los intereses colectivos de los consumidores de otros Estados miembros.

El nuevo programa de acción para el período 2007-2013 viene recogido en la Comunicación de la Comisión titulada «*Más salud, seguridad y confianza para los ciudadanos: Estrategia de salud y protección de los consumidores*» (25), que incluye una propuesta de Decisión que formula un nuevo programa de acción en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores. Centrándonos exclusivamente en la política de los consumidores se pretende actuar en cuatro vertientes: a) mejorar la comprensión de los consumidores y de los mercados; b) mejorar la aplicación de la normativa, su seguimiento y sus vías de recurso; c) informar y educar mejor a los consumidores; y d) regular mejor la protección de los consumidores, lo que incluye completar la revisión de las Directivas en materia del Derecho de consumo, y seguir desarrollando un marco común de referencia (26) para el Derecho contractual europeo (27).

Finalmente, la ampliación de la Comunidad Europea a veinticinco miembros ha comportado cambios importantes en las orientaciones de fondo de la política de los consumidores, en especial en las formas concretas de definir nuevas me-

didias de protección de los consumidores y aplicarlas de forma efectiva, con un grado suficiente de armonización en todo el territorio europeo, cuya heterogeneidad en materia de normativas nacionales ha crecido de modo considerable (28). Efectivamente, la reciente orientación de la Comisión parece haber cambiado en un triple sentido:

- Favorecer la *Armonización total* como medio de proceder a la aproximación de las legislaciones en ámbitos vinculados a la protección y a la defensa de los consumidores. Esto implicaría que el nivel de protección al consumidor establecido en las Directivas tendría que ser evidentemente mayor que el que sería necesario con una cláusula de mínimos y podrían surgir problemas si ese nivel de protección comunitario es menor que el ya existente en el marco nacional de un Estado miembro.
- Sobre valoración del principio de *Reconocimiento mutuo*. En este punto, hay que señalar que, aunque su aplicación esta justificada con carácter general, hay ámbitos en los que su adopción equivale a someter a los consumidores a las diferentes legislaciones de los Estados miembros, con lo que se crean situaciones de menor claridad y confianza para la celebración de contratos transfronterizos de consumo, por lo que sería deseable realizar una aplicación prudente de este principio adaptada a la realidad de cada sector.
- La utilización del concepto de *Consumidor medio*. La evolución de la definición estándar de consumidor (29) utilizada en diversas Directivas relativas a la protección del consumidor (30), ha llevado a la Comisión a la utilización de la definición de «Consumidor medio» que según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en sus últimas sentencias especialmente en materia de propiedad industrial e intelectual

en el que se originó o tuvo lugar el acto u omisión en cuestión, o en el que esté establecido el comerciante o proveedor responsable, o en el que se encuentren las pruebas o los activos correspondientes al acto u omisión.

(25) Vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, titulada «*Más salud, seguridad y confianza para los ciudadanos: Estrategia de salud y protección de los consumidores*», de 6 de abril de 2005, COM (2005) 115 final. Contiene una propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores para el período 2007-2013.

(26) Vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa al Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro. COM (2004) 651 final. La Comisión estableció una estructura para el Marco Común de Referencia: La estructura prevista es la siguiente: 1) Se enunciarán los principios fundamentales comunes del Derecho contractual, incluyendo directrices para las eventuales excepciones a dichos principios; 2) Dichos principios fundamentales estarán apoyados mediante definiciones de conceptos claves; 3) Los principios y las definiciones se completarán mediante normas tipo, que constituirían el núcleo del marco común de referencia. El calendario establecido es: el año 2007 para la presentación de un informe con todos los elementos necesarios para que la Comisión elabore este marco que se adoptaría en el año 2009.

(27) Vid., Conclusions du Conseil sur le projet de droit européen des contrats et la revision de l'acquis en matière de protection des consommateurs. 2694ème Conseil Competitivité (Marché intérieur, industrie et recherche) 28 et 29 novembre 2005. DOC 13056/05.

(28) Vid., Dictamen del comité económico y social europeo sobre «*La política de los consumidores tras la ampliación de la Unión Europea*», de 10 de febrero de 2005, pp. 6-9.

(29) El artículo 15 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, habla del consumidor como una persona (física) que actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional.

(30) Vid., ROMERO GARCÍA MORA, G., «*Perspectivas para el consumidor ante el derecho europeo de contratos*», *INC*, 2003, pp. 145 y ss. En la Directiva 90/314/CE sobre viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L n.º 158 de 23 de junio de 1990), se puede entender incluido dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas.

tual (31) es el «consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». Con esta definición, la política de protección de los consumidores puede perder parte de su carácter tuitivo, ya que pueden quedar desprotegidos los consumidores menos informados o los que tengan una formación más baja, perdiendo por tanto su carácter estándar de protección de la parte más débil.

### 3. EL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO INTRACOMUNITARIO: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### 3.1. La Noción de Consumidor

En relación al concepto de consumidor, es sabido que el mismo puede ser entendido en sentido estricto o en sentido amplio (32). A pesar de la creciente tendencia restrictiva (33) en orden a la determinación de dicho concepto, aún hoy la legislación no es unánime en el contenido del concepto de consumidor (34). El artículo 15 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil (35) define al consumidor como aquella persona que celebra un contrato para «un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional», deduciéndose de la jurisprudencia del TJCE (36) que dicho término sólo se refiere al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales, entendiendo la anterior afirmación como referida a contra-

(31) Vid., STJCE de 7 julio de 2005, asunto C- 353/03 «*Société des Produits Nestlé SA*»; STJCE de 7 de julio de 2005, asunto C-385/03, «*Miles Handelsgesellschaft International MbH*»; STJCE de 30 de junio de 2005, asunto C- 286/04 «*Eurocemex SA*»; STJCE de 22 de junio de 1999, C- 342/97 «*Lloyd Schuhfabrik Meyer*»; STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C- 329/02 «*Sat 1 v. OAMI*».

(32) Sobre el contenido restrictivo o amplio del concepto de consumidor, vid., BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, MacGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 60 y ss.

(33) En el caso de la contratación electrónica parece que la tendencia del legislador es la del recurso al concepto restrictivo de consumidor. Así, en la letra e) del Anexo de la LSSICE que contiene las definiciones que en la misma se manejan, se define al consumidor por remisión a los dispuesto en el artículo 1 de la LGDCU, que contiene una noción restrictiva (similar a la de la Directiva sobre comercio electrónico) identificándolo como «*aquel sujeto que contrata para uso o consumo de su entorno personal o familiar, despojado de cualquier vinculación profesional, comercial o industrial*».

(34) Vid., la Directiva 90/314/CE sobre viajes combinados...en la que parece entenderse incluido dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas. Vid., ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

(35) DOCE L 12, de 16 de enero de 2001.

(36) Entre otras vid., STJCE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, «*Benincasa v. Dentalkit*».

tos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privadas de un individuo sin entrar en la situación subjetiva de dicha persona, la cual puede ser consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

*Ejemplo 1:* La Sra. Martínez, con domicilio en Denia (Valencia), y dueña de una importante bodega de vinos, recibe por correo una publicidad sobre la última colección de joyas en oro y diamantes de una famosa marca con sede en Holanda. Como había tenido un buen año y había aumentado las ventas de su mejor vino, decide hacerse un regalo y comprarse uno de los anillos de diamantes publicitados, para lo cual se traslada a Amsterdam (Holanda) donde se encuentra la fábrica de esta marca, para supervisar *in situ* las joyas, y tras comprobar las facilidades de pago que le ofrecían, adquiere el anillo seleccionado.

En el ejemplo citado estaríamos ante una *consumidora* que celebra el contrato para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional y además es una relación *transfronteriza intracomunitaria*, pues el domicilio de las partes se encuentra en Estados miembros diferentes (37). No obstante, la determinación de cuando una persona actúa en calidad de comerciante o profesional y cuando no, puede presentar alguna dificultad en ciertas ocasiones.

*Ejemplo 2,* STJCE de 20 de enero de 2005 (38): El Sr. Gruber, con domicilio en Austria, agricultor de profesión y propietario de una granja, decidió rehacer el techo de la misma, para lo cual compró a la empresa Bay Wa, domiciliada en Alemania, y que había publicitado sus productos en Austria a través de folletos, la partida de tejas que necesitaba. Aproximadamente el 62% de la granja estaba destinada a vivienda familiar y el 38% restante a pocilga y almacén de piensos. El Sr. Gruber se desplazó a Alemania para verificar la calidad de las tejas y en una conversación con el empleado de Bay Wa le comunicó que era agricultor y que quería tejar su explotación, sin precisar si el edificio en cuestión lo destinaba o no a vivienda familiar. Al día siguiente telefoneó desde Austria acep-

(37) Vid., AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 83-101.

(38) STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C- 464/2001 «*Johann Gruber v. Bay Wa AG*».

tando la oferta. Según el Sr. Gruber las tejas suministradas no eran de un color uniforme, por lo que presentó una demanda contra Bay Wa ante los tribunales austriacos. El tribunal de casación planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

El TJCE en esta sentencia estableció que cuando una persona celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en las disposiciones protectoras de los consumidores, pues aunque el destino del bien tenga una finalidad parcialmente privada, la persona que contrata no precisa de dicho beneficio procesal. El resultado únicamente sería distinto y estaría justificada la protección, si el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal e insignificante, afirmación cuya prueba correspondería a la persona que pretende invocar esta protección y que sería valorada por el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

Por otra parte, la relevancia de la apariencia con la que se contrata, es decir, si es o no relevante que el cocontratante del supuesto consumidor conozca tal condición, cobra especial interés en los contratos a distancia y contratos electrónicos (39). En estos casos, los tribunales competentes deberán comprobar si la otra parte (vendedor) podía ignorar la finalidad privada de lo adquirido debido al comportamiento del consumidor (Ej. oferta aceptada vía email con logotipo de una oficina), y si es así, la buena fe de la parte vendedora estará protegida y el asunto no entraría en el ámbito de aplicación de las disposiciones de protección del consumidor (40).

### 3.2. Competencia Judicial Internacional en materia de contratos Transfronterizos celebrados por consumidores

La protección de los intereses económicos de los consumidores constituye un objetivo general del De-

(39) Vid., FALLOON, M., «La protection internationale de l'acheteur sur l'interréseau dans le contexte communautaire», en *La protection des consommateurs acheteurs à distance. Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit compare*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 244-267.

(40) Vid., AÑOVEROS TERRADAS, B., «Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor», en *Diario La Ley*, n.º 6.264, de 31 de mayo de 2005, p. 3.

recho comunitario, establecido, como ya hemos analizado, en el artículo 153 TCE. En materia de competencia judicial internacional, el legislador comunitario consideró que la protección del derecho a una tutela judicial efectiva de los consumidores requería el establecimiento de foros distintos (arts. 16-17 Reglamento 44/2001) (41) a los establecidos por la normativa general, para facilitar así su acceso a la justicia. Es más, su aplicación a los contratos suscritos a través de medios electrónicos, donde la posición de debilidad del consumidor es patente, resulta indispensable. Efectivamente, en este tipo de contratación *on line* es frecuente que el empresario predisponga el contenido del contrato electrónico e inserte en el mismo una cláusula de sumisión a los tribunales del país (42). Eso le permite ofrecer productos a precios competitivos, pues disminuye costes, algo que beneficia a los consumidores. Pero, al mismo tiempo, supone una carga enorme para el consumidor, que para recuperar cifras monetarias moderadas debería litigar ante tribunales extranjeros, algo de lo que al final, desiste (43).

Ahora bien, para que estas normas resulten aplicables y así evitar estas «cláusulas de sumisión a la fuerza» (44) que perjudican al consumidor, parte débil de la relación jurídica, es necesario que el contrato de consumo transfronterizo intracomunitario reúna una serie de elementos subjetivos y objetivos establecidos en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

#### 3.2.1. Elementos Subjetivos que deben concurrir en un contrato de consumo transfronterizo intracomunitario

El art. 15.1 del Reglamento limita la aplicación de las normas especiales de los artículos 16 y 17 a los con-

(41) DO L 12 de 16 de enero de 2001.

(42) Vid., STJCE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-243/98, «Océano Grupo Editorial y Salvat editores v. Rocío Murciano Quintero», Rec. I-4941, apr. 21-24; y sobre este tema, Vid., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 80 y ss.

(43) Por ello, hoy en día han surgido mecanismos alternativos de resolución de controversias de consumo como son los ODR (*on line dispute resolution*), en los que se ofrece una mediación o un arbitraje *on line* a los empresarios y consumidores que desean contratar por medios electrónicos.

(44) Vid., STONEY, M. A., y STONEY, S., «The problems of jurisdiction to e-commerce. Some suggested strategies», in *Logistics Information Management*, vol. 16, n.º 1, 2003. Como ejemplo de cláusula de sumisión en un contrato electrónico transnacional podemos destacar la siguiente: «*This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of USA. All aspects of all actions brought relating to the subject-matter of this Agreement shall be governed by USA laws. The parties hereto hereby consent to the exclusive jurisdiction and venue of the Courts of USA for any action that may be brought in connection with this Agreement.*».



tratos celebrados «por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Aunque ya hemos analizado en párrafos anteriores la noción de consumidor, varias precisiones debemos hacer en este momento:

A) Una de las partes del contrato ha de ser un consumidor y la otra un profesional. No puede beneficiarse de los foros de competencia especiales, dado que falta el desequilibrio contractual entre las partes, el consumidor que ha adquirido el producto o servicio de una persona que no actuaba en el marco de su actividad profesional, es decir, se excluyen las relaciones C2C (*consumer to consumer*).

B) El consumidor únicamente podrá prevalerse de estas normas de competencia cuando sea él mismo el que ejercita la acción judicial. Estos foros de competencia no son aplicables cuando la acción la ejercita una asociación de consumidores en nombre del consumidor o cuando se presenta una acción colectiva. En estos casos el TJCE (45) afirma que las asociaciones no han celebrado contratos de consumo con profesionales y que el objeto del proceso no va referido a un contrato sino a una materia no contractual como es la declaración general de ilicitud de ciertas condiciones generales de la contratación.

### 3.2.2. Elementos Objetivos que deben concurrir en un contrato de consumo transfronterizo intracomunitario

Para que el consumidor se pueda beneficiar de la protección en materia de competencia judicial internacional establecida por los artículos 16 y 17 es necesario que se trate de alguno de los contratos previstos en el art. 15, letras a), b), o c) del Reglamento 44/2001:

A) *Una venta a plazos de mercaderías*: La noción de mercaderías excluye los bienes inmuebles. La aplicación de las normas especiales de jurisdicción a las compraventas a plazos se justifica en que este tipo de transacciones ligan al consumidor con el profesional hasta que ha podido concluir el pago de los plazos adeudados. En estos casos, resultan irrelevantes las circunstancias que rodearon la conclusión del contrato, es decir, si fue el consumidor o el profesio-

(45) Vid., STJCE de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91 «Hutton»; y STJCE de 1 de octubre de 2002, «Henkel».

nal el que se desplazó al Estado del domicilio de la otra parte, si la contratación fue precedida de publicidad o oferta especialmente realizada, si fue celebrado por medios electrónicos o por medios tradicionales. La situación de dependencia que este contrato genera para el consumidor es suficiente justificación para activar estas normas de protección.

*Ejemplo 3*: Un consumidor domiciliado en Girona recibe por *e-mail* una oferta para adquirir un televisor de plasma de 50", oferta que parte de una empresa sita en Lion (Francia). Dadas las facilidades de pago que ofrece la empresa, aplazando el mismo en varios pagos sin intereses, el consumidor acepta la oferta y adquiere el televisor.

B) *Un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes*.

C) En todos los demás casos de contratos concluidos por consumidores, siempre que *la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*. A los contratos que reúnen las condiciones establecidas por el art. 15.1.c) se les denomina contratos celebrados por *consumidores pasivos*, en cuanto es el profesional o comerciante el que se dirige al Estado donde está domiciliado para ofrecerle sus productos o servicios. En cambio reciben la calificación de contratos celebrados por *consumidores activos* aquellos en los que es el consumidor el que acude al proveedor en busca del producto o servicio que comercializa (46), en estos casos, resultan aplicables las normas generales en materia contractual de los artículos 23.2, y 5.1 del Reglamento 44/2001.

Con este artículo 15.1.c) se superan los problemas derivados de las nuevas técnicas de comercialización derivadas de las nuevas tecnologías, pues se

(46) Sobre la distinción en el marco del Reglamento, Vid., FERNÁNDEZ MASIA, E., «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», en *Estudios sobre consumo*, n.º 63, 2002, p. 13; para algunos autores la distinción no resulta justificada en cuanto la necesidad de Asegurar un alto nivel de protección existe para ambos tipos de consumidores puesto que su posición en el contrato es igualmente débil, vid., BATALLA TRILLA, A., «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario», en *Diario La Ley*, n.º 6001, de abril de 2004, p. 4; y vid., DE MATOS, A. M., «Consumation transfrontière: d'un espece cloisonné à un espace judiciaire européen», en *Rev. Eur. Droit Cons.*, 2000, p. 159.

evita cualquier referencia a los actos que realiza el consumidor, en algunos casos de difícil o imposible localización en el espacio (47), sino que se centra en las actividades comerciales del profesional y su intención de penetrar en el mercado del Estado donde está domiciliado el consumidor (48). La nueva redacción dada por el Reglamento, elimina los problemas interpretativos que ofrecía el art. 13.3 del Convenio de Bruselas y de Lugano para los contratos de consumo transfronterizos en Internet (49).

Para beneficiarse de esta especial protección, el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 exige que concurren, *alternativamente*, cualquiera de estas dos circunstancias:

— Que el empresario o profesional *ejerciere actividades comerciales o profesionales* en el Estado de domicilio del consumidor. Se trata del criterio *Doing Business*, importado del DIPr. norteamericano, y serán competentes los tribunales del Estado donde, normalmente, realicen actividades comerciales los empresarios (mercado natural del empresario, verificado mediante contrataciones en dicho país, sucursales, agencias...). El empresario crea una situación de «comercialización normal en un país», por lo que acepta y es razonable que sea demandado en dicho país (50).

— Que el empresario o profesional *dirigiere sus actividades comerciales* a dicho Estado miembro de domicilio del consumidor o a varios Estados miembros comprendido este último. Es el criterio del *Stream-of-Commerce*, también procedente del DIPr. norteamericano (51), y serán competentes los tribunales del Estado a cuyo mercado «se dirige» el empresario mediante actos comerciales concretos (mercado de conquista). Es el empresario el que desea asaltar comercialmente un merca-

do, acepta el riesgo y ha de ser demandado en ese mercado de conquista (52).

*Ejemplo 4*, STJCE de 11 de julio de 2002 (53): El Sr. Gabriel, nacional austriaco con domicilio en Viena (Austria), recibió en su domicilio privado y en sobre cerrado varias comunicaciones personalizadas procedentes de Schlank & Schick, sociedad alemana con domicilio social en Lindau (Alemania) que se dedica a la venta por correo de mercancías tanto en Austria como en Francia, Bélgica y Suiza. Estas comunicaciones le indicaban a Sr. Gabriel que había ganado en un sorteo un premio en metálico, y que para recibirlo sólo tenía que solicitarlo mediante un formulario y simultáneamente adquirir ciertas mercancías (por un importe de 200 Ats) que ofrecía dicha sociedad en un catálogo que también le había sido enviado. El Sr. Gabriel cumplimentó debidamente y envió a la sociedad alemana los documentos pertinentes para reclamar el pago del premio y realizó el pedido de artículos del catálogo por un importe superior al requerido. La sociedad le entregó las mercancías pero no el premio. Como consecuencia de ello, el Sr. Gabriel decidió ejercitar una acción jurisdiccional contra la sociedad alemana. El TJCE consideró que se trataba de una acción en materia de contratos de consumo y sujeta a los foros de especial protección, por lo tanto el Sr. Gabriel pudo interponer su acción ante los tribunales austriacos.

La noción de «*actividades dirigidas*» introducida por el Reglamento que parece coincidir, aunque con una imperfecta adaptación, con el término norteamericano del *Targeting*, es un concepto abstracto que, por sí solo y sin ulterior precisión normativa, deja un amplio margen de interpretación. Si bien nadie duda de la inclusión de los contratos celebrados previo envío de publicidad u oferta por correo o por email del proveedor al consumidor, más problemático resulta la calificación de los contratos celebrados a partir de una oferta realizada en un Website, es decir, ¿en qué supuestos deberá entenderse que una empresa o profesional ha dirigido sus actividades, a través de su *website* al Estado Miembro del domicilio del consumidor en

(47) Puede haber supuestos muy variados como lugar de localización física del servidor, lugar desde donde se emite la oferta *on line*, lugar donde se gestiona la página web de contratación...Sobre este tema, Vid., ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comercio electrónico: Competencia judicial internacional y Ley aplicable», en GÓMEZ SEGADE, J. A. y otros, *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 428 y ss.

(48) FERNÁNDEZ MASIA, E., «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *op. cit.*, 2002, p. 14.

(49) Vid., LÓPEZ TARRUELLA, A., «Cross-border Disputes on On-Line Consumers Contracts in the European Union. The Brussels Convention, the Brussels Regulation and the role of alternative dispute resolution systems», en *Journal of Network Industries*, vol. 2, n.º 2, 2001, pp. 231-266; *vid.*, STONE, P., «Internet Consumer Contracts and European private international law», en *Information and communications technology law*, vol. 9, 2000, pp. 10 y ss.

(50) Vid., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, *op. cit.*, 2001, p. 85.

(51) Vid., WAGSTAFF, T., «Personal jurisdiction in Cyberspace and the Stream of Commerce», en *The Cyberspace Law Review*, 2000.

(52) Vid., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2005, p. 555.

(53) Vid., STJCE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, «*Rudolf Gabriel v. Schlank & Schick GmbH*». Aunque esta sentencia se dictó en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, sus conclusiones son perfectamente aplicables al contexto del Reglamento 44/2001.

aras de considerar a éste como legitimado para interponer una demanda contra la misma ante los tribunales de su propio domicilio?

Varias interpretaciones (54) se han propuesto para precisar el concepto de *actividades dirigidas en el contexto de Internet*. A modo de principio general, y salvo indicaciones en contrario, un sitio web en Internet se reputa dirigido a todo el mundo. Pero, no todo *website* accesible en un país comporta actividades comerciales o profesionales dirigidas a dicho país, el alcance de esta página web puede ser limitado mediante una mención expresa, introducida en forma de *disclaimers* o notas informativas, que anuncie los Estados que desea incluir y los que desea excluir de su ámbito de actuación, o bien, mediante el establecimiento de mecanismos técnicos que limiten de facto la posibilidad de contratar a los consumidores residentes en determinados Estados.

Ante la oleada de críticas que despertó la redacción de este artículo en la industria del comercio electrónico internacional (55), dado que parecía imponerse a los proveedores de servicios que contrataran con consumidores a través de páginas Web la carga de litigar en el extranjero con sujeción a todas las jurisdicciones de los Estados miembros, el Consejo y la Comisión se vieron obligados a emitir una Declaración concertada, en fecha 24 de noviembre de 2000 (56), según la cual, la publicación de una página web

(54) Vid., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., 2005, pp. 556, 557; vid., CACHARD, O., «La Regulation internationale du marché électronique», LGDJ, París, 2002, p. 62.

(55) Parece indudable la conveniencia de contar con una regulación a escala internacional que sirviera de marco normativo general en materia de competencia judicial e hiciera frente a las necesidades derivadas del comercio electrónico, cuya dimensión es por naturaleza internacional. Sin embargo la dificultad de integración de los enfoques europeos y americano sobre las cuestiones de jurisdicción competente ha producido el fracaso de los intentos que han surgido en este sentido. Vid., CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (Hague Conference on private International law), «Aspects juridiques d'une transaction commerciale électronique», EU2004.NL; vid., ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comercio electrónico: competencia judicial internacional y ley aplicable», op. cit., 2001, pp. 421 y ss.; y vid., VON MEHREN, A., «La redaction d'une convention universellement acceptable sur la competente judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conférence de la Haye peut-il aboutir?», en *Revue critique de droit international privé*, 90, 2001, pp. 85 y ss.

(56) El Consejo y la Comisión se vieron obligados a emitir una «Declaración Concertada a los arts. 15 y 73 del Reglamento 44/2001 relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia». El objetivo era servir a los tribunales nacionales para saber en qué supuestos puede considerarse que estamos ante contratos celebrados en Internet por consumidores pasivos. Vid., BORRAS, A., *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Barcelona, Tecnos, 2003, pp. 156-157 (nota al pie).

comercial en Internet no significa que, automáticamente, el empresario se lance a la conquista de todos los mercados del mundo, «para que el art. 15.1c resulte aplicable, no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro de domicilio del consumidor (...), sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades (...) teniendo en cuenta que la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente (determinante)».

Por lo tanto, todo empresario que dispone de un *website* interactivo visible en un país y que incita a la contratación a distancia en ese determinado Estado, si recibe pedidos procedentes de ese país, pedidos que son aceptados por el empresario, está desplegando «actividades dirigidas» a ese Estado y en caso de conflicto el consumidor puede verse protegido por las normas especiales de competencia judicial, de los art. 16 y 17 del Reglamento.

*Ejemplo 5:* Una empresa española con sede en Jaén vende aceite de oliva con denominación de origen. Desde hace un año ha puesto en marcha un *website* interactivo redactado en español y en inglés y que contiene diferentes precios según sean los envíos para países de la UE o para Norteamérica. Un consumidor con domicilio en Eslovenia hizo un pedido de una caja de aceite a través del *website*. Como la caja llegó en pésimas condiciones, este consumidor podía interponer la demanda ante los tribunales de su país puesto que las actividades comerciales de la empresa estaban dirigidas a todos los Estados miembros de la UE y Norteamérica.

Sin embargo, si el *website* tiene *disclaimers* o declaraciones limitando la oferta a un número determinado de Estados y excluyendo los otros, si un consumidor del Estado excluido contrata con este empresario o proveedor a través de esa página web, no estaría cubierto por la protección que confieren los artículos anteriores, ya que estaríamos ante un consumidor activo y le serían aplicables las normas generales del Reglamento en materia contractual (57).

(57) FERNÁNDEZ MASIA, E., «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», op. cit., 2002, p. 18.

*Ejemplo 6:* Una empresa sueca con sede en Estocolmo vende a través de su *website* productos de jardinería. Se trata de una página interactiva escrita únicamente en sueco y donde los precios están expresamente indicados sólo para pedidos provenientes de Noruega, Suecia y Finlandia. Un consumidor domiciliado en Alicante y de nacionalidad sueca, realiza un pedido a esta empresa a través de la página interactiva. En este caso si surgiese algún litigio, el consumidor no estaría cubierto por la protección del art. 15.1.c) del Reglamento ya que sería un consumidor activo, y se le aplicaría las normas generales de competencia judicial en materia contractual

Como hemos indicado, para que el consumidor se pueda beneficiar de la protección en materia de competencia judicial internacional establecida por los artículos 16 y 17 es necesario que se trate de alguno de los contratos previstos en el art. 15, letras a), b), o c) del Reglamento 44/2001. Por el contrario, no se considerarán contratos de consumo y por lo tanto no estarán protegidos por la sección 4.<sup>a</sup>, Título II del Reglamento 44/2001: A) Los contratos de Transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento, que sí que se beneficiarían de la protección mencionada; B) Los contratos de seguros, que disponen de reglas especiales en los artículo 8 a 14 del Reglamento 44/2001; C) Contratos cubiertos por el artículo 22.1 del Reglamento sobre competencias exclusivas, como los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles; y D) Supuestos en los que, aunque interviene un consumidor, en realidad nunca ha llegado a celebrarse formalmente un contrato, como el caso de la STJCE de 20 de enero de 2005 (58).

*Ejemplo 7, el caso «Engler»:* La Sra. Engler domiciliada en Austria, recibió un correo, dirigido a ella personalmente, de la empresa Janus Versand domiciliada en Alemania. Esta empresa se dedicaba a la venta por correspondencia. El correo que recibió la Sra. Engler contenía un bono de pago cuya formulación y contenido le hizo creer que había ganado un premio en metálico. Pero junto al bono también le en-

viaron un catálogo de los productos que la empresa alemana vendía. La Sra. Engler rellenó el bono de pago tal y como le indicaban y lo remitió a la empresa pero no hizo ningún pedido de productos. La empresa se negó a pagar el premio y la Sra. Engler interpuso una acción judicial ante los tribunales austriacos. El TJCE, en contestación a las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas, entendió que no se podía aplicar la protección especial en materia de contratos de consumidores porque no había habido ningún contrato, sino que de lo que se trataba era de una acción de naturaleza contractual (art. 5.1) pues al enviar la promesa de premio a nombre del consumidor sin que éste lo solicitara, esto constituye una obligación libremente asumida por el vendedor y por tanto asimilable a una obligación contractual.

### 3.2.3. *Foros de competencia judicial en los contratos de consumo transfronterizos intracomunitarios*

En el supuesto de que el contrato cumpla con los requisitos impuestos por el art. 15 del Reglamento 44/2001, y se trate de litigios, ya sean derivados de la contratación tradicional o de la contratación electrónica (59), en los que el demandante es el consumidor, éste puede demandar al profesional-empresario ante cualquiera de los siguientes tribunales:

1.º Ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el profesional o empresario, teniendo en cuenta que «*cuando el cocontratante del consumidor no estuviera domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado*» (art. 15.2 R.44/2001). Es el tradicional criterio del «domicilio del demandado» (art. 2 R.44/2001), con lo que se facilitará la ejecución de la sentencia, al tener su patrimonio, normalmente, en el país de su domicilio.

(58) *Vid.*, STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02 «*Petra Engler v. Janus Versand GmbH*», aunque esta sentencia se dictó en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, la solución adoptada por el Tribunal es perfectamente aplicable en el ámbito del Reglamento 44/2001. Sobre este tema, *vid.*, ANOVEROS TERRADAS, B., «Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor», *op. cit.*, 2005, pp. 5-6.

(59) *Vid.*, PALAO MORENO, G., «Acceso á justiça estatal na sociedade global e novas tecnologias: os casos do brasil e da espanha», en *Justiça, Trabalho e Criminalidade na Tecnologia Informática*, Centro universitario de Joao Pessoa-UNIFE, Paraíba-brasil/Universidad de Valencia, 2004, pp. 15-59; PALAO MORENO, G., *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunales competentes*, en OCTAVIO PIMENTE, L. (coord.), Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latino Americano, vol. 1, Juruá Editora, Chile, 2001, pp. 271-287.



2.º Ante los Tribunales del Estado en que estuviera domiciliado el consumidor. Se trata del tradicional criterio del *Forum Actoris*, previsto para beneficiar a la parte débil de la relación jurídica, el consumidor. En este caso, el art. 16.1 R.44/2001 indica no sólo los tribunales estatales competentes sino el tribunal territorialmente competente, que se corresponde con el del domicilio del actor-consumidor.

3.º O ante el tribunal que ambas partes acuerden, art. 17 R. 44/2001, siempre que concurra algunas de estas circunstancias: a) Que se trate de un acuerdo posterior al nacimiento del litigio, con lo que se evita una renuncia previa del consumidor al foro de su domicilio; b) Que permita al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la Sección del Reglamento que protege al consumidor; c) Que, estando ambos contratantes domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, sometieran el asunto a los tribunales de tal Estado, siempre que la Ley de éste no prohíba tales acuerdos. En todo caso, el acuerdo expreso de elección de foro debe ser válido en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Evidentemente cuando hablamos de elección *on line* del tribunal estatal competente, este acuerdo atributivo de competencia debe reunir varios requisitos: i) Que el contenido de la cláusula de sumisión sea accesible a través de una pantalla de ordenador y que se pueda conservar tanto la información como el pacto de sumisión; ii) No es necesario que el acuerdo atributivo de competencia esté firmado por ambas partes, siempre que se pueda deducir la inequívoca voluntad de las partes de someterse a unos concretos tribunales estatales; iii) En el caso de que la sumisión electrónica esté contenida en las condiciones generales de la contratación, a las cuales se acceden mediante un *link* que abre otra pantalla, el contrato suscrito por el consumidor debe remitir directamente a estas condiciones, bien mediante un icono visible o bien mediante una apertura automática de las mismas, en ambos casos el consumidor, antes de suscribir el contrato, debe leer y aceptar tales condiciones.

Si por el contrario, es el empresario-profesional el demandante, éste sólo puede demandar al consumidor ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor, art. 16.2 R.44/2001. Se garantiza también así la protección del consumidor *online*, sólo puede ser demandado en el país de su domicilio, sin que se vea obligado

a desplazarse para defenderse ante los tribunales de otro Estado, siendo indiferente la situación física de los ordenadores desde los que se contrata y siendo indiferente también la situación física del servidor, perteneciente al proveedor de *Hosting*, en el que se aloja el *website* que ha permitido la contratación electrónica.

### 3.3. Derecho aplicable en materia de contratos transfronterizos celebrados por consumidores

En el proceso de aplicación de las normas jurídicas, el tribunal que se declara competente para conocer del litigio derivado de un supuesto de tráfico jurídico externo deberá determinar la ley aplicable al contrato conforme a las normas de su Derecho Internacional Privado (DIPr. del foro). La Ley aplicable a los contratos internacionales en España se encuentra regulada en el Convenio de Roma de 1980 (CR) (60) que, desde su entrada en vigor, constituye la pieza central del sistema de Derecho internacional privado unificado en materia contractual para todos los Estados miembros de la UE. Esto ha supuesto en nuestro derecho internacional privado autónomo, el desplazamiento de las normas de conflicto en la materia contenidas en el artículo 10.5 del Código Civil (contratos en general), el 10.6 (contratos de trabajo), y 10.8 (excepción de interés nacional) (61). Aunque ha quedado confirmado, según las consultas realizadas por la Comisión (62), que el Convenio de Roma es un instrumento muy apreciado y utilizado en los círculos jurídicos y profesionales, todos se han pronunciado a favor de su transformación en Reglamento Comunitario, incidiendo en la necesidad de actualizar y mejorar la claridad y precisión de su texto e introducir la nueva realidad del comercio electrónico evitando la exclusión de los llamados consumidores activos o móviles (63). Consecuencia de todo ello ha sido la publicación

(60) Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE 171, de 19 de julio de 1993, c.e. en BOE 198 de 9 de agosto).

(61) Vid. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M., «Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico» en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pp. 638-685.

(62) Vid., Libro Verde de 14 de enero de 2003 sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su aplicación. COM (2002) 654 final.

(63) Vid., Dictamen del Comité económico y social Europeo sobre el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, INT/176 de 29 de enero de 2004.



de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 15 de diciembre de 2005 (64).

### 3.3.1. *Contratos de consumo transfronterizos «cubiertos» por la protección del artículo 5 del Convenio de Roma (CR)*

El Convenio de Roma contiene una norma de conflicto, el artículo 5, que determina la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores, con el objetivo de proteger la posición jurídica, a priori más débil, de estos sujetos.

Se consagra la autonomía de la voluntad en la *electio legis* siempre que esta elección no prive al consumidor de la protección de las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual y la contratación hubiera sido hecha bajo ciertas condiciones objetivas (art. 5.2 CR), de esta manera, se garantiza que el nivel de protección del consumidor en la contratación transfronteriza sea igual a la que se le otorga en un contrato meramente interno, pero a su vez, no impide que, si la ley elegida le otorga una protección más elevada, el consumidor pueda beneficiarse de ella. En ausencia de elección, los contratos de consumo se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 5.3 CR), al tiempo que esa misma ley es la que rige la forma de estos contratos (art. 9.5 CR).

Lo anterior, es perfectamente aplicable a los contratos *on line* celebrados por consumidores (*Business-to-Consumer, B2C*) en los que se corre el riesgo de que el empresario que vende o presta sus servicios a través de Internet al consumidor, imponga a éste una elección de Ley que vendría a ser, con mucha frecuencia, la ley del país del empresario, y que el consumidor no tendría mas remedio que aceptar dicha Ley o, por el contrario, no contratar. No obstante, una excesiva protección jurídica del consumidor por parte del Derecho Internacional Privado acabaría por poner fin al comercio electrónico B2C, la carga sería tal, que el empresario, antes de verse sometido a una multiplicidad de leyes (tantas como países en los que residen sus clientes), no ofertaría ningún producto por Internet.

(64) COM (2005) 650 final.

Aunque ha sido muy criticado (65), el Convenio de Roma sólo protege, a la hora de fijar su ley aplicable, algunos contratos concluidos por consumidores (contratos celebrados por consumidores pasivos), excluyéndose expresamente otros de su ámbito de aplicación (contratos celebrados por consumidores activos). Los primeros se beneficiarían del régimen del art. 5 CR, mientras que los segundos quedarían sujetos al régimen general del art. 3 y art. 4 del CR, recibiendo, exclusivamente la protección establecida por los ordenamientos jurídicos estatales a partir de normas imperativas (66) aplicables en virtud del art. 7 CR «(...) *podrán aplicarse las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo más estrecho, si, y en la medida que, tales disposiciones, según la ley de ese país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato.*»

Por lo tanto, para que el contrato de consumo transfronterizo quede cubierto por la protección del artículo 5 CR, el contrato debe reunir ciertas condiciones (67), es decir, debe encuadrarse dentro de su ámbito de aplicación material y espacial.

En cuanto a su ámbito de aplicación material, el art. 5.1 CR exige que se trate de un «*contrato que tenga por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como los contratos destinados a la financiación de tales suministros*». Se incluyen, por tanto, los contratos siguientes:

- Contratos de suministro de bienes muebles corporales y de servicios,
- Contratos destinados a la financiación de tales suministros de bienes o servicios,
- Contratos que por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y

(65) DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, *op. cit.*, 2004, p. 12.

(66) *Vid.*, AÑOEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 100 y ss.; *vid.*, C. G. J. MORSE, «Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention», en *ICLQ*, 1992, pp. 1-21.

(67) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; *vid.*, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, 2005, pp. 400-401.

alojamiento (se trata de los llamados *Package Tours* o viajes organizados)

*Ejemplo 8:* La Sra. Pérez, ama de casa y con domicilio en Cuenca, decide contratar un viaje organizado para visitar los países escandinavos. Se había quedado viuda hacía ya algunos años y su gran ilusión era viajar al norte de Europa, así que con los ahorros que tenía, decidió aceptar la oferta de viaje de un catálogo, perteneciente a una empresa italiana, que le habían enviado por correo nominativo a su domicilio, para ello rellenó y mandó los documentos que le adjuntaban junto al catálogo. Al regresar del viaje la Sra. Pérez interpuso una demanda contra la empresa organizadora por la poca calidad del alojamiento y la falta de correspondencia entre lo que le ofrecieron en la publicidad y la realidad del viaje en su totalidad. Supuesto incluido en el art. 5 CR.

— Contratos en cuya virtud se adquieren bienes *on line* sin soporte físico —grabaciones videográficas o fonográficas, creaciones de diseño técnico, *software*, libro electrónico, etc. En principio, del tenor literal del artículo se desprendería que no estarían protegidos por el art. 5 CR pues no son servicios ni bienes muebles corporales. Pero, en realidad, se trata de una laguna del art. 5 CR, el precepto no contempló el supuesto ni para incluirlo ni para excluirlo, pues el legislador no tuvo en cuenta la realidad de las adquisiciones *on line* en los contratos *Business-to-Consumer*. La simple digitalización de estas transacciones internacionales, que son posibles por la tecnología de Internet, no debe llevar a excluirlas del ámbito de aplicación del art. 5 CR, pues como señala la doctrina (68), la esencia del contrato y la necesidad del consumidor que las adquiere para su uso personal son sustancialmente iguales, además no hay que olvidar que estos productos pueden ser adquiridos también en soporte material, CD Rom, discos, etc., por lo que el art. 5 CR es aplicable y el consumidor estará protegido en cuanto a la elección del Derecho regulador del contrato.

— Contratos de acceso a Internet que permiten la navegación electrónica, son contratos de

(68) Vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)» en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 231-242; vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 366 y ss.

servicios y como tales, están incluidos en el art. 5 CR.

— Contratos de servicios bancarios y bursátiles con consumidores finales.

En cuanto a su ámbito de aplicación espacial, el art. 5.2 CR exige, como condición de aplicación del precepto, que exista algún factor que permita localizar, total o parcialmente, la operación de consumo en el Estado de residencia habitual del consumidor (69), protegiendo así al llamado consumidor pasivo. Por lo tanto, el art. 5.2 CR requiere que concurran, de manera alternativa, alguna de la tres circunstancias siguientes:

— «*Que la celebración del contrato haya sido precedida, en el país de residencia habitual del consumidor, por una oferta especialmente dirigida al consumidor o por publicidad, siempre que el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato*». En este supuesto se incluyen las ventas por televisión, catálogo, vendedor a domicilio, correo electrónico o *e-mail* (el mensaje queda almacenado en el PC del consumidor y puede acceder al mismo varias veces, por tanto, la publicidad debe entenderse hecha en el país de residencia habitual del consumidor). Más problemático resulta encuadrar las ventas electrónicas a través de páginas web, en estos casos, se entenderá que existe oferta o publicidad dirigida cuando sean sitios web activos, que permiten o incitan a adquisiciones desde otros países (70), y el consumidor compile en su país de residencia el formulario electrónico para la adquisición del producto o servicio (71).

*Ejemplo 9:* Un estudiante de la Universidad de Valencia, con domicilio en Gandia, cansado de tener que acudir a la ciberoteca para poder navegar por Internet, contrata para su domicilio el acceso a Internet con la empresa *Genuity*, norteamericana pero con sucursal en París. Las condiciones del contrato, que eran inmejorables, las conoció por un correo electrónico

(69) Vid., DE MATOS, A. M., *Le contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, Marseille, PUAM, 2001.

(70) Vid., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., 2005, p. 563.

(71) Vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (propuesta de modificación del Art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)», en *GJ*, n.º 217, febrero 2002, pp. 75-91.

que recibió de la propia empresa en su cuenta de *Hotmail*, y de las que podía beneficiarse si contrataba *on line* a través de la página web interactiva antes del 1 de febrero, cosa que hizo. Sin embargo el ancho de banda y la rapidez prometida no eran reales, así que decidió interponer una demanda contra dicha empresa. Supuesto incluido en el art. 5 CR.

— *O que el vendedor o prestador de servicios, o su representante, haya recibido el encargo del consumidor en el país de la residencia habitual de éste.* Por ejemplo, ventas realizadas en exposiciones, ferias internacionales celebradas en dicho Estado.

— *O que, en el supuesto de ventas de mercancías, el consumidor se hubiera desplazado desde el Estado donde tiene su residencia habitual a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que dicho viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.*

Concurriendo tanto los requisitos materiales como los territoriales, los contratos de consumo transfronterizos se regirán, según el artículo 5.2 CR, por la ley elegida por las partes contratantes, elección que debe ser verdaderamente existente (verificando que el consentimiento de ambas partes fue claro y no forzado o inconsciente), válida (el CR permite elegir varias leyes aplicables al mismo contrato), y «no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual». En defecto de elección de la ley aplicable por las partes, el contrato de consumo transfronterizo se regirá por la ley del país de residencia habitual del consumidor (art. 5.3 CR), en cuanto ley del país en el cual la parte protegida desarrolla su actividad social y jurídica y que, por otro lado, se presume que otorga una mejor protección (72).

### 3.3.2. *Contratos de consumo transfronterizos «excluidos» de la protección del artículo 5 del Convenio de Roma (CR)*

Numerosos contratos de consumo transfronterizos quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 5

(72) Vid., ESPLUGUES MOTA, C. y HARGAIN, D., *Derecho del Comercio internacional. Mercosur-Unión europea*, Reus, SA, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 329.

CR, bien porque no encajan en el concepto material de contrato celebrado por consumidores que mantiene el art. 5 CR, bien porque no se verifican las condiciones territoriales o espaciales exigidas por el precepto, y nos encontramos con contratos celebrados por consumidores activos o móviles. En ambos casos, un modo de superación de estas deficiencias y siempre que el contrato esté vinculado con la Unión Europea (73) (proteger al consumidor intracomunitario que queda sin la protección del art. 5 CR) ha sido la prevista en ciertas Directivas armonizadoras de la legislación sobre consumidores. Estas Directivas (74) suelen incluir normas de aplicación a las transacciones internacionales y exigen a los Estados miembros incluir en su normativa medidas «para que el consumidor no quede privado de la protección de la Directiva por la elección de un derecho de un país tercero como derecho aplicable, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». Las normas de los Estados miembros que desarrollan las Directivas en materia de consumidores se aplican con preferencia al CR (art. 20).

Así pues, según la redacción actual del artículo 5 CR, los contratos siguientes celebrados por consumidores quedarían excluidos de su protección especial:

— Al considerarse que el adquirente no está situado en una posición débil, los contratos cuyo objeto sea un bien inmueble (venta, arrendamiento de inmueble, multipropiedad inmobiliaria, etc.), cada vez más frecuentes en Internet, están excluidos del art. 5 CR. No obstante, la Directiva 94/47/CE sobre *Time Sharing* (75) protege a los adquirentes de multipropie-

(73) Sobre el término «vínculo estrecho con la UE», vid., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., 2005, pp. 406-407; vid., ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

(74) Estas Directivas evitan que, la elección por las partes como Ley aplicable al contrato del Derecho de un tercer país, impida que el consumidor pueda hacer valer los derechos que le son reconocidos por las Directivas comunitarias y sus normas de transposición, siempre que el contrato esté de algún modo estrechamente vinculado con la UE. Entre otras, vid., DIRECTIVA 93/13/CE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS de 5 de abril de 1993 que establece que, los derechos recogidos en la Directiva a 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» aunque las partes hayan elegido el derecho de un tercer Estado como derecho aplicable. Incorporada al ordenamiento jurídico español a través de LCGC 7/1998 cuyo artículo 3 ha sido muy criticado; DIRECTIVA 97/7/CE DE 20 DE MAYO DE 1997 SOBRE CONTRATOS A DISTANCIA, desarrollada en España por la ley 47/2002 de 19 de diciembre de 2002; DIRECTIVA 2002/65/CE SOBRE SERVICIOS FINANCIEROS; DIRECTIVA 99/44/CE DE 25 DE MAYO DE 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo, desarrollada en España por la Ley 23/2003, de 10 de julio.

(75) DO n.º L 280 de 29/10/1994.

dad inmobiliaria cuando el inmueble esté situado en el territorio de un Estado comunitario. Y se entiende aplicable la Directiva 85/577/CEE (76), siempre y cuando junto a la adquisición de la multipropiedad inmobiliaria (utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido), el consumidor adquiera también un derecho a disfrutar de determinados servicios, y el valor de éstos sea superior al del derecho de utilización del inmueble (77).

— Quedan excluidos también los contratos cuyo objeto sean derechos incorporeales (licencia de marca, licencia de patente, contrato de edición, etcétera). También en este caso, el art. 5 CR parte de la idea de que no existe un contratante situado en posición más débil y digno de protección, pues el sujeto que normalmente explota estos derechos es un comerciante o empresario. Pero no siempre es así, cada vez es más frecuente que los usuarios finales adquieran, para un uso personal, licencias de explotación de derechos incorporeales, por ello, el juez deberá realizar un desarrollo judicial de la norma para aplicar, dependiendo de cada caso, el art. 5 CR y proteger al consumidor de licencias de uso y explotación de bienes inmateriales.

— Están excluidos los contratos que tengan por objeto suministros de bienes, servicios o concesión de créditos a una persona para un uso relativo a la actividad profesional de la misma, lo que es lógico, visto que se trata de un contrato *Business-to-Business* y no *Business-to-Consumer*.

— Tampoco están protegidos por el art. 5 CR los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en que tenga su residencia habitual (art. 5.4 CR, artículo ideado para situaciones como los alojamientos en hoteles y cursos de idiomas desarrollados exclusivamente en Estados distintos al Estado de residencia habitual del consumidor). Sin embargo, estos contratos de prestación de servicios son usuales en Internet (acceso a bases de datos *online*, a grupos de noticias, a páginas web, libros electrónicos en bibliotecas digitales, revistas especializadas digitalizadas, etcétera), en suma informaciones situadas en países distintos al país

(76) DO n.º L 372 de 31/12/1985.

(77) Vid., STJCE de 22 de abril de 1999, asunto C-423/97 «*Travel Vac, SL, v. Manuel José Antelm Sanchis*». Es también interesante Vid., la STJCE de 25 de octubre de 2005, asunto C- 350/03 «*Elisabeth Schulte y Wolfgang Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*».

de residencia habitual del consumidor. Teóricamente, el art. 5 CR no sería aplicable, y no habría protección al consumidor a la hora de elegir la Ley aplicable al contrato porque es el consumidor el que se sumerge en un mercado extranjero. Ahora bien, como afirma la mayoría de la doctrina (78), el lugar de situación física del servidor, donde está alojada la información a la que se refiere el contrato de prestación de servicios, puede ser un lugar imprevisto, la situación física del servidor puede ser casual o cambiar con facilidad. Este dato, por tanto, obliga a una interpretación restrictiva del art. 5.4 CR, es decir, debe aplicarse sólo cuando el sujeto se desplace físicamente al país donde el servicio se presta, y esta interpretación haría aplicable la protección establecida en el art. 5 CR a los consumidores *on line* de servicios prestados en países diferentes al país de residencia habitual del consumidor.

### 3.3.3. *Novedades introducidas por la nueva redacción del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento Roma I*

Como afirma la Comisión, la Propuesta de Reglamento no tiene por objeto crear un nuevo cuerpo normativo, sino transformar un convenio existente en instrumento comunitario, eso sí, las modificaciones introducidas actualizan algunas disposiciones del Convenio de Roma y mejoran la claridad y precisión de su texto, reforzando la seguridad jurídica, pero sin introducir nuevos elementos que pudieran modificar sustancialmente el régimen jurídico existente. Tratándose de contratos de consumo transfronterizos, la norma de conflicto debería permitir reducir gastos para la resolución de los litigios correspondientes, a menudo de escasa cuantía, garantizándose la coherencia con el Reglamento 44/2001 (79), y teniendo en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia, especialmente el comercio electrónico.

La Propuesta de Reglamento Roma I contiene la siguiente redacción para el artículo 5 sobre contratos de consumo:

(78) Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, op. cit., 2002, pp. 370 y ss.; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, op. cit., 2001, pp. 93 y ss.; VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M., «Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico», op. cit., 638-685.

(79) DO L 12 de 16 de enero de 2001. Última modificación realizada por el Reglamento 2245/2004 (DO L 381 de 28 de diciembre de 2004).



«1. Los contratos de consumo en el sentido y en las condiciones previstos en el apartado siguiente se regirán por la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual.

2. El apartado 1 se aplicará a los contratos celebrados por una persona física, el consumidor, que tenga su residencia habitual en un Estado miembro, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, con otra persona, el profesional, que actúe en el ejercicio de su actividad profesional.

Se aplicará siempre que el contrato haya sido celebrado con un profesional que ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro de la residencia habitual del consumidor o que, por cualquier medio, dirija estas actividades a dicho Estado o a varios países entre los que se cuente dicho Estado miembro, y que el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades, a menos que el profesional ignore el lugar de la residencia habitual del consumidor y que esta ignorancia no sea imputable a una imprudencia por su parte.

3. El apartado 1 no se aplicará a los siguientes contratos:

a) Contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en que tenga su residencia habitual;

b) Contratos de transporte que no se refieran a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990.

c) Contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de uso de un edificio que no tengan por objeto un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994».

El apartado 1 propone una nueva norma de conflicto, previsible y de fácil comprensión, consistente en la única aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, sin modificar esencialmente el margen de maniobra del profesional en la concepción de sus contratos, pero, eso sí, evitando el

desmembramiento que se producía cuando había que aplicar simultáneamente la ley del profesional y las disposiciones imperativas de la ley del país del consumidor.

El apartado 2 precisa las condiciones de aplicación de la norma especial, recordando que el consumidor es una persona física que teniendo su residencia habitual en un Estado Miembro, contrata para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, y que el cocontratante del consumidor es un profesional que actúa en el ejercicio de su actividad profesional. De especial relevancia, sobretodo para la comercialización a distancia y a través de Internet, es la introducción del concepto «actividades dirigidas», criterio que ya figuraba en el artículo 15 del Reglamento 44/2001. Según la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión (80), conclusiones a tener en cuenta también en sede de derecho aplicable, para que las disposiciones protectoras del consumidor sean aplicables, no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, sino que es necesario también que se haya celebrado un contrato en el marco de estas actividades, por lo tanto, el mero hecho de que un *website* sea accesible desde cualquier parte (sea cual sea la lengua o divisa utilizada), no basta para que sean aplicables las disposiciones protectoras del consumidor, se exige, además, que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos, por el medio que fuere.

La propuesta de Reglamento Roma I ya no exige que el consumidor haya realizado los actos necesarios para celebrar un contrato en el país de su residencia habitual, condición sin sentido para los contratos concluidos vía Internet. Precisamente y sobretodo, para este tipo de contratos, la última frase introduce una cláusula de salvaguardia para proteger al profesional en aquellos casos en los que el consumidor miente sobre su lugar de residencia habitual, no obstante, no hay que olvidar que le corresponderá al profesional garantizar, por los medios técnicos a su alcance, que su formulario tipo le permita realmente identificar el lugar de residencia del consumidor.

(80) *Vid.*, Declaración Concertada del Consejo y de la Comisión a los arts. 15 y 73 del Reglamento 44/2001 relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia.