
Estudios

Coordinador: José Ignacio Paredes Pérez.

MERCADO INTERIOR, COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

por Stefan Leible (*)

Universidad de Bayreuth (Alemania)

RESUMEN: Internet opera como un mercado global de productos y servicios al que le son desconocidas las fronteras nacionales, lo cual genera una amplia variedad de problemas jurídicos a los que no se puede dar respuesta mediante un cybersderecho trasnacional. Por consiguiente, el Derecho internacional privado y procesal de origen comunitario son decisivos para lograr la protección del consumidor que realiza actos de comercio electrónico dentro del Mercado interior. El presente artículo realiza en primer lugar una breve referencia a la armonización del Derecho material por parte de la Comunidad Europea. Sigue un análisis del art. 15 del Reglamento Bruselas I y del nuevo art. 6 del Reglamento Roma I, que se compara con su predecesor, el art. 5 del Convenio de Bruselas, acabando con unas propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave: Mercado interior, comercio electrónico, protección del consumidor, Derecho internacional privado, Reglamento Bruselas I, Reglamento Roma I.

ABSTRACT: The Internet operates as a global market of products and services which ignores national boundaries. This generates a wide range of legal problems that cannot be solved by a sort of transnational cyberlaw. Thus, European International Private Law and European International Procedure Law are decisive in order to achieve real consumer protection in the field of e-commerce within the Internal Market. The present paper contains a brief reference to the harmonisation of material law by the European Community followed by an analysis of Art. 15 of the Brussels I Regulation and Art. 6 of the Rome I Regulation in comparison with its predecessor Art. 5 of the Rome Convention. Finally, some de *lege ferenda* proposal are made.

Key words: Internal Market, e-commerce, consumer's protection, International Private Law, Brussels I Regulation, Rome I Regulation.

I. INTRODUCCIÓN

Internet posibilita en un alcance hasta ahora desconocido el tráfico de productos y servicios. Al mismo tiempo, los consumidores están cada vez más familiarizados con estos medios. Desde el ordenador de su casa pueden informarse cómodamente, pero también escoger entre un amplio abanico de ofertas. Es cosa fácil concluir un contrato con un

simple *click*, sin estar ligado a las fronteras nacionales.

Con el crecimiento de los negocios transfronterizos en Internet crecen también, no obstante, los conflictos potenciales. ¿Qué hacer cuando el oferente extranjero no cumple o cumple mal? A menudo queda tan sólo abierta la vía judicial. ¿Pero cuál es el Tribunal competente para conocer de un pleito de estas características? ¿Quién puede demandar en su país de origen y quién debe cargar con las molestias de seguir un proceso en el extranjero? Y aun cuando la competencia internacional ya se ha determinado, se plantea la cues-

(*) El autor desea expresar su agradecimiento a su colaboradora Rosa Miquel Sala por la traducción del manuscrito al español.

ción adicional del derecho aplicable: ¿qué derecho material tiene que aplicar el Tribunal: el derecho propio de una o de otra parte o tal vez un tercer ordenamiento (1)?

Este artículo se propone abordar en detalle estas cuestiones. Sin embargo, antes de entrar en los pormenores técnicos, son necesarias algunas reflexiones de fondo sobre la relación entre el comercio electrónico y el Derecho internacional privado en el mercado interior.

II. COMERCIO ELECTRÓNICO, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y MERCADO INTERIOR

Las innovaciones técnicas significan siempre para el Derecho una prueba de fuego: ¿Se ha adaptado a los nuevos retos o debe ser adaptado, modificado o desarrollado? Este problema se presenta de forma especialmente acentuada con la llegada de los llamados «nuevos medios», que comporta el paso a la era de la sociedad de la información. Las informaciones son accesibles en todo el mundo en cuestión de segundos, la comunicación por escrito y en imágenes a través de las fronteras estatales es posible sin ningún problema, etc. La conclusión de contratos transfronterizos se ha vuelto considerablemente más fácil. Internet actúa como motor de este desarrollo, que hará que el mundo se convierta en una «aldea global» —una aldea que de vez en cuando causa la impresión de que existe al margen de cualquier vínculo territorial o jurídico, y de que ella misma es quien se da sus propias leyes. Este desarrollo afecta especialmente al Derecho internacional privado.

Función del Derecho internacional privado es averiguar el derecho aplicable en supuestos de hecho con un elemento de extranjería. El Derecho internacional privado es, como consecuencia, el Derecho del derecho aplicable para supuestos de hecho transfronterizos, es decir internacionales. Esta internacionalidad nos remite a Internet como un sistema de información disponible globalmente y como un mercado para productos y servicios al cual le son desconocidas las fronteras nacionales. La internacionalidad de Internet conlleva asimismo tensiones, puesto

(1) Cf. por ejemplo al respecto las diferentes aportaciones en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, 2003.

que la concepción clásica del Derecho internacional privado es nacional y territorial. Las relaciones transfronterizas se «nacionalizan», y se señala un determinado ordenamiento jurídico para su solución. Por eso el Derecho internacional privado se ve como el verdadero problema del Derecho de Internet, ya que fuerza a una ordenación espacial de relaciones jurídicas en un medio en el que ello es difícilmente posible.

En opinión de algunos, Internet se sustrae a las reglas referentes a las acciones de los Estados nacionales, y en lugar de ellas se apuesta por un *cyberderecho* transnacional (2). Estos temores son sin embargo exagerados, y los motivos que hablan a favor de despedirse de la concepción clásica del Derecho internacional privado no son manifiestos (3). Por lo demás sirven también aquí (4) las mismas reflexiones que por otro lado hablan en contra del reconocimiento de la *lex mercatoria* como fuente independiente del Derecho (5). Relevante es sobre todo el argumento de la falta de publicidad [*«The law is public, if it is anything»*] (6),

(2) Cf. p. ej. M. R. BURNSTEIN, «Conflicts on the Net - Choice of Law in Transnational Cyberspace», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 29 (1996), p. 75 (108 y ss.); el mismo, «A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment», en K. BOELE-WOELKI y C. KESSEDIJAN (dir.), *Internet - Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, Den Haag/London/Boston 1998, p. 23 (28 y s.); I. TROTTER HARDY, «The Proper Legal Regime for "Cyberspace"», *U. Pittsburgh Law Review*, 55 (1994), p. 993 (1021); además por ejemplo H. H. PERRITT JR., «Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism?», 12, *Berkeley Technology Law Journal*, 413 (1997); D. G. POST y D. R. JOHNSON, «Law And Borders-The Rise of Law in Cyberspace», 48, *Stanford Law Review*, 1367 (1996).

(3) Asimismo P. MANKOWSKI, «Wider ein transnationales Cyberlaw. Oder: Von der fortbestehenden Bedeutung des Internationalen Privatrechts bei Internet-Sachverhalten», *AfP (Archiv für Presserecht)*, 30 (1999), p. 138 (138 y ss.); retinente también E. JAYME, «Kollisionsrecht und Internet - Nationalisierung von Rechtsverhältnissen oder "CyberLaw"», en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, 2003, pp. 11 y ss.

(4) Asimismo O. REMIEN, «Das anwendbare Recht bei elektronisch geschlossenen Verträgen», en Stefan LEIBLE (dir.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, 2004, p. 21 (23).

(5) Véase sobre la doctrina de la *lex mercatoria* p. ej. H. BOOYSEN, *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995; F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria*, Zürich, 1989; A. KAPPUS, «Lex mercatoria», en *Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980*, Fráncfort del Meno (Lang), 1990; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, París, 1984, pp. 271 y ss.; F. DE LY, *De lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, Antwerpen, 1989; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechts tradition*, Göttingen, 1994; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, 1992; U. STEIN, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, Fráncfort del Meno, 1995; P.-F. WEISE, *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Fráncfort del Meno (Lang), 1990. Más información en P. MANKOWSKI, en S. LEIBLE (dir.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, Múnich, 2004, p. 61 (96); R. SCHROEDER, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Stuttgart, 2003, pp. 257 y ss.; P. ZUMBANSEN, *RabelsZ*, 67 (2003), pp. 637 y ss.

(6) G. KEGEL, «The Crisis of the Conflict of Laws», *Rec. des Cours*, 112 (1964-II), p. 87 (262); parecido W. LORENZ, «Die Lex Mercatoria: Eine inter-

ya que la publicidad deficiente conlleva inseguridad jurídica. ¿Cómo van a saber las partes y los Tribunales lo que pertenece a los usos del tráfico jurídico internacional en Internet, cuando tales «normas jurídicas» no han sido publicadas? Además hasta hoy en día no ha quedado claro qué reglamentaciones tendrían que ser en cualquier caso parte integrante de una *ciber-lex mercatoria* y cuáles no. Mientras falte publicidad suficiente, una referencia al *ciberderecho* puede hacerse tan sólo en el marco de una incorporación material (*materiellrechtliche Verweisung*) (7), y no sin embargo en el marco de una referencia de conflicto (*kollisionsrechtliche Verweisung*) (8).

La cuestión del Derecho aplicable pierde además algo de su significado cuando las empresas pueden confiar en que la conclusión del contrato por medios electrónicos está regulada de forma parecida en todos los Estados. Con ello entra en juego el Mercado Interior europeo, puesto que es donde un Derecho armonizado tiene especial importancia. Meta de la Unión Europea es una vinculación cada vez más estrecha de los Estados y pueblos europeos, para asegurar el progreso económico y social. El mercado interior constituido a este fin abarca, según el art. 14.2 del TCE, un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada. El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información se ve sin embargo dificultado en la Comunidad Europea por numerosas trabas legales. Estas trabas pueden hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y del libre tráfico de servicios. Según la opinión de los órganos europeos son problemáticas sobre todo las diferencias entre los

nationale Rechtsquelle?», en W. BARFUß (dir.), *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1985, p. 407 (408).

(7) Así —sobre la *lex mercatoria*— S. LEIBLE, en B. DAUNER-LIEB; T. HEIDEL y G. RING (dirs.), *Anwaltkommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil und EGBGB*, Bonn, 2005, Art. 27 EGBGB Rn. 32; D. LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht - Arts. 3-46 EGBGB*, Berlin, et al., 2004, Art. 27 EGBGB Rn. 10; U. MAGNUS, en *Staudinger, Arts. 27-37 EGBGB*, 13. ed. (2002), Art. 27 EGBGB Rn. 49; P. MANKOWSKI, «Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs», *RIW*, 49 (2003), p. 2 (13 y s.); W. ROTH, «Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts», en H.-P. MANSEL; T. PFEIFFER; H. KRONKE; C. KOHLER y R. HAUSMANN (dirs.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, 2004, p. 757 (766).

(8) No obstante —sobre la *lex mercatoria*— H. COING, «La Détermination de la Loi Contractuelle en Droit International Privé Allemand», en F. KLEIN y F. VISCHER (dir.), *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Basilea/Frâncfort del Meno, 1983, p. 29 (49 y ss.); P.-F. WEISE, *Lex mercatoria*, Frâncfort del Meno, 1990, p. 141. Enteramente a favor de una primacía de la *lex mercatoria*, es decir, su aplicación sin intervención del Derecho internacional privado B. GOLDMAN, «Nouvelle réflexions sur la *lex mercatoria*», en C. DOMINICE, *Études de droit International en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, p. 241 (252 y ss.).

preceptos estatales así como la inseguridad jurídica referente a las reglas nacionales aplicables respectivamente a los servicios de la sociedad de la información (9).

La Comunidad Europea intenta solucionar este problema esencialmente de dos maneras: armonizando el Derecho material y perfeccionando el Derecho internacional privado. En el campo del Derecho civil material tienen sobre todo especial importancia los siguientes actos jurídicos:

- La Directiva sobre el comercio electrónico (10);
- la Directiva por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (11);
- la Directiva relativa a la protección de los consumidores materia de contratos a distancia (12) y
- la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (13).

Estas Directivas regulan, claro está, solamente parcelas del Derecho civil. Muchas conducen además sólo a una armonización mínima, por lo que el Derecho internacional privado mantiene aún su significado. Pero si nos quisiéramos detener en el Derecho internacional privado clásico, se plantea la duda de si las normas vigentes ahora mismo son realmente adecuadas para conducir a una solución justa para los supuestos de hecho que surgen en Internet.

Las dudas respecto a esto pueden aparecer sobre todo debido a que muchas normas de conflicto utilizan puntos de conexión cuya localización geográfica en el ubicuo espacio de Internet, al menos a primera vista, no es posible o lo es con muchas difi-

(9) Cf. Considerandos 5 y siguientes de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico»), DOCE 2000 L 178/1.

(10) Cf. nota al pie n. 8.

(11) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, DOCE 2000 L 13/1.

(12) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores materia de contratos a distancia, DOCE 1997 L 144/19.

(13) Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DOCE 2002 L 271/16.

cultades: ¿Cuándo por ejemplo ha precedido a la conclusión del contrato la publicidad del empresario en el Estado de residencia del consumidor en el sentido del art. 5 del Convenio de Roma? ¿Hay suficiente con la posibilidad de acudir a una página web? ¿O es necesario que al menos esté redactada en la lengua del consumidor?

Existen muchas cuestiones como éstas, y conllevan inseguridad. El comercio necesita no obstante seguridad jurídica, y esto lo ha reconocido también la Comunidad Europea. El art. 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico obliga a los Estados miembros a cuidar de que:

«los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado».

A primera vista parece que nos encontramos ante una norma de conflicto. Un supuesto de hecho —la prestación de un servicio determinado— aparece conectado espacialmente con un determinado ordenamiento: el del Estado de establecimiento. Exactamente esto es tarea del Derecho conflictual. Con sorpresa se lee sin embargo en el artículo 1.4:

«La presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia».

¿O sea que no se trata de Derecho conflictual? Pero entonces, ¿por qué se destaca expresamente en el anexo al art. 3 que la libre elección del derecho aplicable queda intacta? Esta excepción solamente tendría sentido si el artículo 3 abarcara realmente el Derecho conflictual. O sea, preguntas sobre preguntas, las cuales aquí por motivos de extensión no se pueden contestar, ni tampoco es necesario (14), puesto que el anexo al art. 3 no sólo

(14) Con más detalle respecto a la clasificación del principio del país de origen (*Herkunftslandprinzip*) de la Directiva sobre el comercio electrónico con más citas de literatura S. LEIBLE, «Negotiation and Conclusion of the Contract: Formal and Substantive Validity, Choice of Court and Choice of Law Clauses - An Introduction», en A. SCHULZ (dir.), *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, 2006, p. 57 (63 y ss.); S. LEIBLE, «Das Herkunftslandprinzip im IPR - Fata Morgana oder neue Metaregel?», en A. NORDHAUSEN (dir.), *Neue Entwicklungen in der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit*, Baden-Baden, 2002, p. 71 (78 y ss.).

excepciona la libre elección del derecho aplicable del principio del país de origen, sino también las «obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores». Como en cualquier caso, para los contratos de consumidores continúan siendo válidas las normas del Derecho internacional privado clásico, será útil un análisis más detallado las mismas.

III. PROTECCIÓN PROCESAL CIVIL DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO SEGÚN EL ART. 15 DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

Se debe empezar por el Derecho procesal internacional, puesto que al principio de todo pleito se plantea el consumidor la pregunta: ¿Qué Tribunal es realmente competente? ¿Tengo que ir al extranjero o puedo demandar en mi país?

Para la determinación de la competencia judicial internacional son aplicables los arts. 15 a 17 del Reglamento Bruselas I, que contienen en materia de consumidores un sistema cerrado de competencias con la meta de la protección del consumidor. Con excepción de la justificación de la competencia mediante sometimiento tácito se suprimen las disposiciones generales relativas a la competencia del Reglamento.

1. Concepto de «materia de contratos celebrados por los consumidores»

A. *Ámbito personal de aplicación*

El art. 15.1 del RBI abarca contratos o pretensiones derivadas de contratos que una persona ha contraído para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional (consumidor). El concepto de consumidor se ha de interpretar de forma autónoma (15). Es decisiva la existencia de una «desigualdad estructural». El oferente debe haber actuado en el marco de su actividad profesional o comercial y el demandante fuera de ellas. Con ello se excluyen del campo de aplicación de la norma tanto los negocios *Business-to-business* (B2B) como los *consumer-to-consumer* (C2C).

(15) A. STAUDINGER, en Thomas RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, 2.ª ed., 2006, Art. 15 Brüssel I-VO Rn. 1.

Consumidor en el sentido del art. 15 RBI sólo lo pueden ser las personas físicas (16). Si el contrato fue concluido con un fin que se pueda incluir en la actividad profesional o comercial de las partes contractuales, se tiene que determinar a la vista del caso concreto.

B. *Ámbito material de aplicación*

En el ámbito material de aplicación entran de un lado contratos de compraventa a plazos y otros negocios de crédito para financiar la compra de bienes muebles. Pero la norma contempla por otro lado también «todos los demás casos», es decir, todos los demás tipos de contratos, siempre que no existan normas competenciales especiales referentes a éstos o rija una competencia exclusiva.

Sin embargo se tiene que tener en cuenta el art. 15.3 RBI, que deja fuera del campo de aplicación de la norma los contratos de transporte (que no los contratos de viaje combinado), lo que es relevante por los muchos Tratados Internacionales que regulan el contrato de transporte. Esta excepción es de todos modos superflua, puesto que el art. 71 RBI asegura sin más la primacía de los Tratados Internacionales sectoriales. Tampoco se puede justificar desde el punto de vista de la política normativa, puesto que lleva a una considerable disminución de la protección del consumidor, lo que deja claro el siguiente ejemplo:

A vuela desde Berlín-Schönefeld a Cracovia con la compañía aérea abcJet, con sede en Londres. La ida y la vuelta las había reservado en la página en alemán de abcJet, abcJet.de. Cuando al cabo de unos días A se dirige al aeropuerto de Cracovia constata por desgracia que el vuelo de vuelta a Berlín había sido anulado sin ninguna consideración por parte de abcJet, porque no había suficientes reservas. A se ve obligado a volar de vuelta por el quintuple del precio inicial con otra compañía, para así llegar de algún modo a casa. Naturalmente, A querría recibir de abcJet los costes adicionales generados.

Este derecho le corresponde a A de acuerdo con el art. 5.1.c) en relación con el art. 7 del Reglamento

(16) TJCE, Asunto. C-89/91 Rec. 1993, I-139 núm. 22, Shearson/TVB Treuhandgesellschaft; TJCE, asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, Rec. 2001, I-9049 núm. 15, Cape Snc/Idealservice Srl und Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl.

européo 261/2004 del Parlamento y del Consejo de 11 de febrero de 2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (17). De todas formas abcJet no reacciona a los escritos de A y no paga. Por tanto A tiene que presentar una demanda.

El art. 15.3 del RBI tiene como consecuencia, no obstante, que los preceptos sobre la protección procesal civil del consumidor no son aplicables, aunque en realidad se cumplen todas las condiciones del art. 15.1 RBI. Con ello continúan siendo de aplicación las reglas generales, o sea que A podría según el art. 2.1 del Reglamento demandar a la firma abcJet en su fuero general de Londres. Que esta solución atendiendo a los costes no es particularmente interesante, es fácilmente comprensible. Entonces a A sólo le queda la posibilidad de convencer al Tribunal alemán competente para Berlín-Schönefeld de que según el art. 5.1.b) del RBI es competente internacionalmente para conocer de este asunto, puesto que el lugar del cumplimiento del servicio de transporte aéreo se encuentra allí donde el vuelo acaba, es decir, en Berlín-Schönefeld (18). El desenlace de este pleito, es claro está, absolutamente incierto (19) y hace dolorosamente palpable, ya que no se trata de un caso aislado (20), la insuficiencia de la regulación del art. 15.3 RBI, que sin duda se debería suprimir, sin sustituirlo por ningún otro, en una futura revisión del Reglamento.

(17) DOCE 2004 L 46/1.

(18) Así también el Amtsgericht Lichtenberg, Sentencia de 7.9.2006 - Acta 5 C 184/06 (RRa 2007, 45-46); M. LEHMANN, «Wo verklagt man Billigflieger wegen Annullierung, Überbuchung oder Verspätung von Flügen?», *NJW*, 2007, p. 1500 (1502); cf. también Oberlandesgericht Koblenz, *NJW-RR*, 2006, p. 1356.

(19) Así por ejemplo el OLG München opina que determinante para el lugar del cumplimiento de una prestación de servicios que de acuerdo con el contrato se tiene que llevar a cabo en distintos Estados miembros lo será el centro territorial de la prestación. A partir de ello deduce el Tribunal que por ejemplo el centro de las actividades de una compañía aérea con sede en Riga por lo que respecta a la ejecución de un transporte aéreo de Múnich a Vilnius no está en Alemania, cf. OLG München, *NJW-RR* 2007, p. 1428, y al respecto A. STAUDINGER, «Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei der Luftbeförderung nach der Brüssel I-VO», *RRa*, 2007, pp. 155-160.

(20) Entre tanto el Tribunal Supremo alemán ha presentado mediante Auto de 22 de abril de 2008 (*NJW*, 2008, 2121) y de acuerdo con el art. 234 TCE una cuestión previa al TJCE:

1. ¿Se tiene que interpretar el art. 5.1.º, letra b), apartado 2.º del Reglamento (CE) número 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de forma que en los viajes aéreos de un Estado a otro de la Comunidad se tiene que fijar un único lugar del cumplimiento para todas las obligaciones derivadas del contrato en un lugar de la prestación principal a determinar mediante criterios económicos?

2. Si se tiene que fijar un único lugar del cumplimiento: ¿qué criterios son determinantes para su fijación? En especial, ¿se determina el lugar del cumplimiento a través del lugar de despegue o del lugar de aterrizaje?

C. *Ámbito espacial de aplicación*

a) Fundamento

De especial importancia es el ámbito material de aplicación del art. 15 RBI. Para los préstamos a plazos o otras operaciones de crédito vinculadas a la financiación de la venta de bienes muebles, es suficiente con la conclusión del correspondiente contrato entre un empresario y un consumidor para desprenderse las consecuencias de los artículos 15 a 17 RBI. En todos los demás tipos de contrato se necesita además que recaigan dentro del ámbito espacial de aplicación del art. 15.1 RBI.

La letra c) de este artículo exige que la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.

Cabe entender que tiene lugar la realización de una actividad profesional o comercial en otro Estado miembro cuando la parte contractual participa activamente en la economía local, en tanto que por ejemplo lleva a cabo allí prestaciones de servicios (21). No es necesario que exista una sucursal en el Estado del domicilio del consumidor.

b) El concepto de «dirección»

De mucha más importancia práctica es el criterio de «dirección», indicado como alternativa en la letra c). Con éste parece que se toma en cuenta la creciente importancia del tráfico comercial electrónico (22). La letra c) reviste a todos los consumidores motivados por una determinada venta de la categoría de consumidor a proteger por el Derecho de colisión. Simplemente resulta suficiente con que el oferente oriente su actividad hacia, o «también hacia» el Estado en el cual el consumidor tiene su domicilio. Existen razones de peso que justifican

(21) A. STAUDINGER, en T. RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, 2.^a ed., München, 2006, Art. 15 Brüssel I-VO Rn. 12.

(22) COM (1999) 348 final, p. 1 (17); J.-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire», *JDI*, 128 (2001), p. 1033 (1055 y s.); J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, 8. ed., Frankfurt del Meno, 2005, Art. 15 EuGGVO Rn 23; H.-W. MICKLITZ y P. ROTT, «Vergemeinschaftung des EuGVU in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001», *EuZW*, 2001, p. 325 (331).

una regulación como ésta, puesto que sobre todo en el caso de la conclusión de contratos en Internet sólo difícilmente se podrá demostrar en qué lugar fueron llevadas a cabo las requeridas actividades. Esto lleva a considerables problemas de prueba, que la letra c) debe contribuir a disminuir (23).

Es problemático, sin duda, hasta dónde llega realmente el ámbito espacial de aplicación. De acuerdo con el texto literal de la norma, queda contemplada en cualquier caso la presentación de una página web interactiva. Ha sido reconocido por la Comisión que esto causa precisamente para los pequeños oferentes, cuya estrategia de mercado más bien se ha pensado a nivel regional, el riesgo de estar sujetos a un deber de sumisión a los Tribunales de todos los Estados miembros.

En una posterior declaración conjunta el Consejo y la Comisión han hablado sin reservas a favor de que la mera accesibilidad a una página web no es suficiente. Ésta debe más bien contener el requerimiento para la conclusión del contrato a distancia, que luego tenga lugar realmente de este modo (24). Independientemente de la falta de eficacia vinculante de estas declaraciones para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ésta podría en cualquier caso en este asunto llegar hasta el punto de que una conclusión electrónica del contrato (formulario *on-line*) fuera condición imprescindible. No se puede justificar el que se trate la publicidad por Internet de manera diferente a las tradicionales formas de los medios de propaganda como televisión, radio o correo (25). En una segunda toma de posición considera la Comisión que son suficientes páginas web pasivas convincentes, cuando al cliente se le pide que envíe su pedido por fax. También en este caso se dirige la página a la conclusión de contratos a distancia. De modo parecido bastaría la indicación de un número de teléfono gratuito.

Una frontera se traza no obstante, cuando una página web pasiva se coloca en la Red, en la cual el consumidor tiene que utilizar otras vías para la conclusión del contrato. En tanto que el consumidor es consciente de que utiliza calculadamente la prestación de una empresa extranjera, no obtiene ningun-

(23) COM (1999) 348 final, p. 1 (18); J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, 8.^a ed., Frankfurt del Meno, 2005, Art. 15 Rn 24; A. STAUDINGER, en Thomas RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, 2.^a ed., 2006, Art. 15 Brüssel I-VO Rn. 14.

(24) Publicada en *IPRax*, 2001, p. 259 (261).

(25) Asimismo A. STAUDINGER, en Thomas RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, 2.^a ed., 2006, Art. 15 Brüssel I-VO Rn. 14.

na protección (26). Por ejemplo, tal sería el caso de una página web pasiva con informaciones de productos que se dirige a consumidores de todo el mundo, pero que remite para la conclusión del contrato a un agente o representante locales (27).

c) Ejemplo

Lo difícil que puede ser la determinación de la «dirección» lo demuestra el siguiente ejemplo sobre las subastas en Internet, ahora muy de moda en Alemania (28).

Se parte de la base de una «dirección» cuando quien gestiona una plataforma de subastas —como la empresa eBay Spain International, S.L.U. con sede en Madrid— concluye un contrato en su página web con un usuario, con independencia de si la página está o no en el idioma del país de residencia del consumidor (29). Decisiva es solamente la combinación de la —en Internet por regla general universal— página web con el momento de la conclusión del contrato (30). Por tanto si un usuario alemán concluye en la página española

www.ebay.es un contrato de aprovechamiento con eBay, la competencia internacional para posibles controversias se determina según el art. 15 y siguientes del Reglamento Bruselas I.

El responsable del sitio de subastas (aquí por tanto la empresa eBay) puede solamente sustraerse al riesgo de verse sometido a la jurisdicción de Estados muy diversos siempre que limite la esfera de las partes contratantes desde un principio a aquellos con residencia en determinados Estados, o a la inversa, siempre que excluya a clientes potenciales con domicilio en otros Estados de la conclusión del contrato. Esto se puede asegurar técnicamente, si aparece una pregunta obligatoria sobre el país de origen en la solicitud rutinaria. Así por ejemplo, al rellenar el correspondiente espacio pueden solamente ser puestos a disposición para elegir los países permitidos por el administrador de la plataforma (D, E GB, F, etc.) (31). También puede ser suficiente con el correspondiente *disclaimer* o aviso legal. Se puede pensar en una advertencia como «sólo para clientes con domicilio español». Sin embargo también el titular del sitio web tiene entonces que atenerse a ello. Conseguida sin embargo la conclusión del contrato, puede tratarse de una «dirección» en el sentido del art. 15.1.c), siempre que el concreto contrato llevado a cabo se presente como una excepción no planificada (32). Si la conclusión del contrato no se debe al defectuoso control del titular del sitio web, sino a datos falsos facilitados por el consumidor, deberá éste asumir las consecuencias y tal vez demandar en el lugar del cumplimiento; el art. 15.1.c) no es aplicable (33).

El usuario que ofrece bienes o servicios en una página de subastas no tiene unas posibilidades de control tan amplias como las que tiene el titular de la página. Pero puede de todos modos dejar claro en su página de oferta que sólo contratará con aceptantes que tengan su domicilio en un determinado Estado, aunque aquí también vale lo dicho: solamente la advertencia no es suficiente. Si no obstante lleva a cabo este usuario un contrato con

(26) Cf. también P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht», *RabelsZ*, 63 (1999), 201 (239).

(27) Cf. también el Libro Verde de la Comisión sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización COM (2002) 654 final, p. 1 (38).

(28) En general sobre cuestiones jurídicas en subastas por Internet G. BORGES (dir.), *Rechtsfragen der Internet-Auktionen*, Baden-Baden, 2007; S. LEIBLE y O. SOSNITZA (dirs.), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, 2004; G. SPINDLER y A. WIEBE (dirs.), *Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze*, 2.ª ed., Colonia, 2005.

(29) Debido al aumento de los conocimientos de lenguas extranjeras en general, la lengua que se utilice en la página web no es ningún criterio útil de diferenciación, cf. S. LEIBLE, «Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes», en S. LEIBLE (dir.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München, 2004, p. 133 (143); B. LURGER, «Internationaler Verbraucherschutz im Internet», en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, 2003, p. 33 (41); P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht», *RabelsZ*, 63 (1999), 203 (245 f.); con otra opinión J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., Fráncfort del Meno, 2005, Art. 15 EuGVO Rn. 24; diferenciando T. PFEIFFER, «Grenzüberschreitende Internetverträge», en M. HOHL; S. LEIBLE y O. SOSNITZA (dirs.), *Vernetztes Recht. Das Internet als Herausforderung an eine moderne Rechtsordnung*, Stuttgart, 2002, p. 21 (42): «internationaler Verbreitungsgrad (ist) zu berücksichtigen» (el grado de difusión ha de tenerse en cuenta); parecido A. STAUDINGER, en T. RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., München, 2006, Art. 15 Brüssel I-VO Rn. 15.

(30) Es indiferente desde dónde ha concluido el contrato el consumidor. El art. 15 del Reglamento Bruselas I rige también cuando la declaración de voluntad que lleva a la conclusión del contrato no se ha efectuado en el Estado de residencia del consumidor, sino por ejemplo en viajes, por ejemplo a través de una conexión accesible por cualquiera en un cibercafé, cf. C. GLATT, «Internationale Verbraucherverträge via Internet und die Revision der Übereinkommen von Brüssel und Lugano», *UFITA*, 2003, p. 9 (28); N. WERNICKE y V. HOPPE, «Die neue EuGVVO - Auswirkungen auf die internationale Zuständigkeit bei Internetverträgen», *MMR*, 2002, p. 643 (645).

(31) Véase más concretamente S. LEIBLE, en S. LEIBLE y O. SOSNITZA (dirs.), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, 2004, Rn. 1009.

(32) De manera parecida sobre el art. 15 del Convenio de Bruselas/Convenio de Lugano: M. ROTH, «Gerichtsstand und Kollisionsrecht bei Internetgeschäften», en M. GRUBER y P. MADER (dir.), *Internet und e-commerce*, Viena, 2000, p. 157 (175).

(33) S. LEIBLE, «Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes», en S. LEIBLE (dir.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, 2004, p. 133 (143); B. LURGER, «Internationaler Verbraucherschutz im Internet», en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, 2003, p. 33 (42).

un residente en uno de estos Estados «no deseados», debe rechazarse la idea de que su página de oferta no estaba «dirigida» a este Estado y queda declarada la competencia del art. 15.1.c). Si se atiene a su propio *disclaimer* y no entrega la cosa, le quedan las competencias generales y especiales (34).

2. Consecuencias jurídicas

Si se dan las condiciones del art. 15 RBI y el consumidor demanda, tiene la posibilidad de elegir entre dos competencias internacionales. Son competentes los Tribunales del país de residencia de la otra parte contractual, o sea su fuero general, o los Tribunales del país de domicilio del consumidor. Si la otra parte contractual no tiene la residencia, pero sí una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, serán competentes los Tribunales del Estado de la sucursal. La otra parte contractual solamente puede demandar al consumidor ante los Tribunales del país de residencia de éste. El art. 16.2 RBI excluye todas las competencias especiales de los arts. 5 y 6 RBI.

IV. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. DERECHO CONFLICTUAL: ART. 5 DEL CONVENIO DE ROMA Y ART. 6 DEL REGLAMENTO ROMA I

Para la determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumidores que se concluyen por Internet se tiene que aplicar aún por el momento el art. 5 del Convenio de Roma. No obstante, a partir del 17 de diciembre de 2009 rige el Reglamento Roma I, aprobado en junio de 2008 (35) y que representa una modernización del Derecho internacional de contratos europeo. Teniendo en cuenta la futura entrada en vigor de dicho Reglamento, es suficiente con un breve repaso del derecho vigente, siendo mucho más interesante mirar hacia el futuro y con ello pues al art. 6 RRI.

(34) S. LEIBLE, en S. LEIBLE y O. SOSNITZA (dirs.), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, 2004, Rn. 1010.

(35) Reglamento (CE) número 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre el derecho aplicable a las relaciones contractuales DOUE 2008 L 117/6. Cfr. al respecto F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *EULF*, 2008, pp. 1-61; S. LEIBLE y M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom I")», *RIW*, 2008, p. 528; P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung - Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR*, 2008, p. 133.

1. El marco legal actual

En relación con los negocios realizados en Internet en la regulación actual, es decir, el art. 5 del Convenio de Roma, son problemáticos sobre todo dos puntos:

A. *Ámbito material de aplicación*

El ámbito material de aplicación se extiende entre otros a la entrega de cosas muebles, lo que genera la cuestión sobre la inclusión de la adquisición de música, software o películas a través de descarga directa, de la adquisición de cosas muebles en este precepto. Si estos productos se compran en CDs, DVDs o disquetes no cabría ninguna duda (36), pero ¿ha de resolverse del mismo modo sobre la descarga de una canción de la plataforma iTunes? Esta cuestión se tiene que responder en mi opinión de modo claramente afirmativo, puesto que para la determinación del carácter de «cosa» no representa ninguna diferencia si la pieza musical no se ha adquirido en CD, sino que el usuario —por ejemplo por descarga de Internet— la ha copiado directamente en su disco duro (37). Además, la necesidad de protección del consumidor en la adquisición *online* de *software* o en contratos de *Music-on-demand*, *Video-on-demand* o *Books-on-demand* no es en ningún caso inferior que en el caso de la entrega de software en un soporte de datos, como cuando se adquiere un CD, un DVD o un libro (38). En todos estos casos se trata de la adquisición de información, y solamente el medio de transmisión es distinto. Desde luego se tiene que admitir que la interpretación aquí defendida (39) es una inter-

(36) Cf. por ejemplo sobre la adquisición de software estándar en disquete, CD o DCD. H. HEISS, en D. CZERNICH y H. HEISS (dir.), *EVÜ - Kommentar zum Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, Viena, 1999, Art. 5 EVÜ Rn. 15.

(37) Así por ejemplo en el Convenio de Viena el software estándar no es visto solamente como mercancía cuando se entrega en un soporte físico de datos, sino también en el caso de una entrega *online*, cf. U. MAGNUS, en STAUDINGER, *Wiener UN-Kaufrecht*, 13.^a reelaboración, Berlín, 2005, Art. 1 CISG Rn. 44, 56; M. KAROLLUS, *UN-Kaufrecht*, Wien, 1991, p. 21; además por ejemplo igualmente el Oberlandesgericht Koblenz, *RIW*, 1993, p. 934.

(38) S. LEIBLE, «Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes», en S. LEIBLE (dir.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München, 2004, p. 133 (140).

(39) Asimismo por ejemplo también K. BOELE-WOELKI, «Internet und IPR: wo geht jemand ins Netz?», *BerDGesVR*, 39 (2000), p. 307 (325); R. FREITAG, en S. LEIBLE y O. SOSNITZA (dirs.), *Versteigerungen im Internet*, Heidelberg, 2004, Rn. 829; B. LURGER, «Internationaler Verbraucherschutz im Internet», en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedeutung des internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, 2003, p. 33 (44 y s.); P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrags- und Delikt-recht», *RabelsZ*, 63 (1999), pp. 203, 232; T. PFEIFFER, «Grenzüberschrei-

prestación muy extensiva del literal del art. 5 del Convenio de Roma, y por tanto seguramente no encontrará aprobación unánime.

B. *Ámbito espacial de aplicación*

La protección del consumidor en el campo del Derecho de colisión existe por lo demás solamente cuando se da una de las tres posibilidades nombradas alternativamente en el art. 5.2 del Convenio. El supuesto de hecho más típico en el campo de Internet es el primer apartado: a la conclusión del contrato le ha de haber precedido una oferta expresa o una publicidad en el Estado de la residencia habitual y el consumidor tiene que haber emprendido en ese Estado los actos necesarios para la conclusión del contrato. Respecto a esto es problemático el que la norma solamente protege al consumidor pasivo. También el típico consumidor de Internet es sin duda pasivo y se dirige desde su casa a un viaje virtual por el mundo. Por otro lado, en tiempos de creciente movilidad personal, se repiten las situaciones en las cuales el consumidor da su conformidad a contratos mientras está de viaje. Así pues el turista español puede sin más desde su hotel en Múnich con LAN o wirelessLAN comprar en todo el mundo con su ordenador portátil, y según el art. 5 del Convenio de Roma no estaría entonces protegido por el Derecho internacional privado.

2. El nuevo Reglamento Roma I

Éste es seguramente uno de los motivos por los que el nuevo Reglamento Roma I ha modificado notablemente la conexión de los contratos de consumidores. La normativa finalmente aprobada es ciertamente no tan revolucionaria (40) como el Proyecto originario de la Comisión (41), pero de todos modos aporta novedades notables. En las siguientes explicaciones se realizará un análisis de la nue-

tende Internetverträge», en M. HOHL; S. LEIBLE y O. SOSNITZA (dirs.), *Vernetztes Recht. Das Internet als Herausforderung an eine moderne Rechtsordnung*, Stuttgart, 2002, p. 21 (38); K. THORN, «Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz», *IPRax*, 1999, p. 1 (3).

(40) P. MANKOWSKI, «Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *IPRax*, 2006, p. 101.

(41) Propuesta para un Reglamento sobre el derecho aplicable a las relaciones contractuales (Roma I), COM (2005) 650 final. Cf. sobre la Propuesta de la Comisión sobre todo las diferentes contribuciones en F. FERRARI y S. LEIBLE (dirs.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa. Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Jena, 2007; Pietro FRANZINI (dir.), *La legge applicabile ai contratti nella proposita di regolamento «Roma I»*, Milán, 2006.

va norma con especial atención a la protección del consumidor en el comercio electrónico.

A. *Ámbito material de aplicación*

a) Fundamento

El art. 6 RRI amplía considerablemente su ámbito de aplicación en comparación con el Convenio de Roma. En su párrafo primero se habla ahora simplemente de un «contrato», y ya no se pide que éstos sean sobre bienes muebles. Además ya no depende de si se trata de una cosa corpórea, ya que el requisito de la corporeidad, que en la era de la sociedad de la información aparecía como un fósil de décadas remotas, ha desaparecido. Existe pues protección de los consumidores en el plano conflictual también en la adquisición de software, música, vídeos o libros por descarga directa (42).

b) Excepciones

La amplitud legal del ámbito material de aplicación del art. 6 se deduce solamente por entero cuando al mismo tiempo se contemplan las excepciones de su párrafo cuarto, las cuales en mi opinión no son por lo general convincentes. La exclusión de los contratos de transporte [art. 6, párrafo 4.º, letra b) RRI] se podría tal vez justificar aún con la alusión a los convenios internacionales pertinentes (43). Pero incluso eso parece poco razonable (44), como ha quedado claro con el ejemplo más arriba mencionado sobre la reserva de un vuelo con abcJet.

Claramente más difícil parece en todo caso una justificación de la excepción, tomada del Convenio de Roma, de los contratos sobre una prestación que solamente se realiza en el extranjero [art. 6, párrafo 1.º letra a) RRI]. En definitiva también en estos contratos la publicidad dentro del país es adecuada para crear en el consumidor una confianza suficientemente digna de protección sobre la aplicación de su propio derecho. Y solamente porque la prestación del servicio no se lleve a cabo en el propio país, sino en el extranjero, no se volverán me-

(42) S. LEIBLE y M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom I")», *RIW*, 2008, 528, 537.

(43) H. HEISS, en D. CZERNICH y H. HEISS (dirs.), *EVÜ - Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen*, Viena, 1999, Art. 5 EVÜ Rn. 21; D. LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht* —Art. 3— 46 EGBGB, Berlin, 2004, Art. 29 EGBGB Rn. 37.

(44) Cf. al respecto P. MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse*, Tubinga, 1995, pp. 405 y ss.

nores los problemas del consumidor para informarse del contenido del derecho extranjero.

Además se tiene que considerar que la norma paralela respecto de la competencia judicial del art. 15 RBI sólo excluye de su campo de aplicación los contratos de transporte, pero no los contratos sobre un servicio a realizar exclusivamente en el extranjero. El interés del consumidor de poder hacer valer judicialmente su pretensión en un lugar cercano se coloca por encima de la totalidad de los intereses relativos a la competencia judicial de la otra parte contractual. Al hotelero alemán que promociona en Internet mediante una página web activa sus servicios en España se le presume por ejemplo la sumisión a los Tribunales españoles. El Tribunal español tendrá que decidir en base a una conexión subjetiva u objetiva según derecho alemán.

Entonces se podría objetar que la exclusiva prestación de servicios en el extranjero justifica una relación estrecha con ese Estado, de tal modo que los mismos intereses respecto al Derecho aplicable a grupos de población necesitados de protección quedan en un segundo plano (45). Pero entonces se tendría que establecer la «contraexcepción» de los viajes organizados [art. 6, párrafo 4.º, letra b) *in fine* RRI], puesto que ésta abarca tanto casos de una prestación realizada en parte en el Estado de origen, sino también contratos en los cuales un paquete combinado de ofertas tiene lugar sólo en el extranjero (46). Pero, ¿dónde se encuentra la diferencia relevante entre la reserva de una simple habitación de hotel en los Alpes franceses y la reserva de un curso de esquí con alojamiento hotelero en Les Trois Valeés? No es posible apreciar ninguna, cuando el consumidor ha hecho la reserva en ambos casos desde España y por Internet. Por tanto hubiese sido más razonable volver a imponer la consonancia entre el Derecho conflictual y el Derecho procesal civil internacional en la transformación del Convenio de Roma en un Reglamento, y

(45) Cf. por ejemplo con diferentes argumentaciones en detalle el Informe Giuliano/Lagarde, BT-Drucks 10/503, pp. 56 y s.; además por ejemplo BGHZ, 123, pp. 380, 388; D. LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht* —Art. 3— 46 EGBGB, Berlín, 2004, Art. 29 EGBGB Rn. 38; D. MARTINY, en *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 10, 4.ª ed., Múnich, 2006, Art. 29 EGBGB Rn. 27.

(46) Informe sobre el convenio de Roma, BT-Drucks 10/503, S. 27; S. LEIBLE, en *AnwaltKommentarBGB*, Bd. 1, Bonn 2005, Art. 29 EGBGB Rn. 45; D. LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht* —Art. 3— 46 EGBGB, Berlín, 2004, Art. 29 EGBGB Rn. 41; D. MARTINY, en C. REITHMANN y D. MARTINY (dirs.), *Internationales Vertragsrecht*, 6.ª ed., Colonia, 2004, Rn. 822.

renunciar a una excepción de este tipo (47). Por de pronto, esta oportunidad se ha desechado.

B. *Ámbito espacial de aplicación*

Las condiciones espaciales para el mantenimiento de la protección del consumidor en el campo del Derecho conflictual han sido objeto de significativas modificaciones.

- a) Orientación de la actividad empresarial al Estado de residencia del consumidor

El art. 6, párrafo 1.º RRI pide ahora que el empresario lleve a cabo una actividad profesional o comercial en el Estado de residencia del consumidor, o cualquiera de otro tipo, que esté dirigida (también) a ese Estado, y que el contrato caiga dentro de esta actividad. La concordancia con el art. 15 RBI es fácilmente visible. Los problemas de interpretación van a ser los mismos, toda vez que el Considerando 24 pone de relieve la necesidad de una interpretación unitaria de los conceptos utilizados en el art. 15 RBI y el art. 6 del Reglamento Roma I. Por tanto puede remitirse aquí a las afirmaciones anteriormente realizadas sobre el art. 15. La condición de la «dirección» se da en todo caso cuando el consumidor, inducido por la publicidad u ofertas de la página web, puede concluir un contrato con el empresario y efectivamente lo concluye.

- b) Ninguna vinculación de la preparación del contrato con el lugar de celebración del mismo

Como ya se ha visto, sin duda el art. 5 del Convenio de Roma tendía sólo a la protección del consumidor pasivo. Para que pudiera garantizarse la protección del consumidor en el plano del Derecho internacional privado, el contrato debía de ser preparado y concluido en un mismo Estado. Solamente existía una excepción en el caso de los viajes combinados.

(47) Cf. S. LEIBLE, «Verbesserung des Kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes», en S. LEIBLE (dir.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, Múnich, 2004, p. 133 (141); S. LEIBLE, «Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand», *IPRax*, 2006, p. 365 (368); así como por ejemplo P. MANKOWSKI, «Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung - Revolution im Internationalen Vertragsrecht?», *ZVglRWiss*, 105 (2006), p. 120 (125 y ss.); con otra opinión D. SOLOMON, «Verbraucherverträge», en F. FERRARI y S. LEIBLE (dir.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa. Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Jena, 2007, p. 89 (104).

El art. 6 del Reglamento Roma I rechaza justificadamente esta condición, que de todos modos no tiene ya sentido para los contratos contraídos por Internet. El lugar de conclusión será en un futuro intranscendente para la conexión de los contratos celebrados por los consumidores. El precepto abarca desde ahora viajes combinados y todos los demás casos en los que el consumidor haya sido incitado mediante publicidad por la otra parte a dejar su Estado de residencia a fin de concluir el contrato, con lo que se protegerá también al consumidor activo. En definitiva lo decisivo es si la otra parte ha conseguido una relación lo suficientemente estrecha con el país de origen del cliente, que como resultado justifique la aplicación del Derecho de ese Estado.

c) Ninguna cláusula de protección

Esto es en su punto de partida seguramente fruto de los intereses implicados en este ámbito. De todos modos una casi ilimitada conexión especial de contratos de consumidores conduce a una inaceptable acumulación de los riesgos en la parte del empresario. Por ello el art. 5 de la Propuesta para un Reglamento Roma I extraía de las conexiones especiales todos aquellos casos en los cuales el empresario no conoce la residencia del consumidor y esta falta de conocimiento tampoco se le puede reprochar. La Comisión retomó con ello una discusión sobre el art. 15 RBI que hacía tiempo que se seguía en la literatura. Así, como se ha dicho más arriba, la opinión mayoritaria en la doctrina alemana parte de la base de que el oferente puede rehuir una sumisión general en tanto que limite desde un principio con la distribución de su publicidad el ámbito de los clientes a aquellos con domicilio en determinados Estados o por el contrario descarte clientes potenciales con domicilio en otros Estados. Esto conlleva para empezar un deber de investigación del empresario. Si este deber se cumple y el contrato se cierra no por falta de control, sino debido a datos falsos del consumidor, deberá éste atenerse a ello y tal vez demandar en el foro del lugar del cumplimiento. Esto y no otra cosa es lo que formulaba el art. 5 de la Propuesta de Reglamento. Con ello la protección del consumidor en el campo del Derecho internacional privado se hubiese vuelto al fin y al cabo prescindible.

En el art. 6 RRI no se encuentra ya desde luego el pasaje «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», aún comprendido en la Propuesta de

Reglamento. Como en los Considerandos no se realiza ninguna mención a este respecto, se tiene que deducir, a contrario, que la protección del consumidor en el marco del Derecho internacional privado ya no es prescindible. En todo caso esto se tendrá que clarificar en última instancia por el TJCE.

d) Corrección del art. 5 de la Propuesta de la Comisión

Desde luego, era completamente irritante en la configuración del ámbito espacial de aplicación realizada en el art. 5 de la Propuesta de Reglamento el hecho que la norma iba a proteger solamente a los consumidores con residencia habitual en un Estado miembro. Esto se podía tomar en principio como un error de traducción, pero una ojeada a la versiones inglesa y francesa lo daba a entender mejor, puesto que en ellas se hablaba también de «member state» o bien «état membre». Esto hubiese tenido de hecho graves consecuencias. Si el Proyecto de la Comisión se hubiese aprobado, el art. 5 hubiese sido solamente una norma de conflicto multilateral incompleta. Habría podido remitir al derecho de muchos Estados, pero sólo a aquellos que fuesen miembros del Reglamento. Lo dicho se entiende mejor con el siguiente ejemplo:

Si un consumidor residente en Turquía contrata mediante la página www.quelle.de con la empresa Quelle, las normas de protección a nivel conflictual de los consumidores no serían aplicables, y entonces habría una elección de derecho lícita sin ninguna limitación, y en su defecto se podría aplicar la ley del vendedor de acuerdo con el art. 4. Esto podría obedecer a la venta de productos europeos, pero el fondo de justicia de una tal diferenciación no es evidente, ya que la necesidad de protección del consumidor se basa solamente en la manera en que se prepara el contrato. La protección jurídico-conflictual debe de ser garantizada con independencia de si el mercado donde se ha preparado el contrato se halla dentro o fuera de la Comunidad Europea.

Una limitación de este tipo del ámbito espacial de aplicación del art. 5 de la Propuesta de Reglamento tampoco se hubiese podido justificar con la remisión al art. 15.1.c) del Reglamento de Bruselas. La conexión allí realizada entre Estado de domicilio y Estado miembro —el tenor literal reza: «Estado miembro del domicilio del consumidor»— persigue fines radicalmente distintos. La actuación del empresario lleva en este caso a su sumisión

en el Estado de domicilio del consumidor. Pero el legislador comunitario solamente puede establecer una sumisión dentro del marco comunitario, es decir, para los Estados integrantes del art. 299 TCE con consideración de la especial posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca según el art. 69 TCE. El establecimiento de competencias más amplias sería contrario al Derecho internacional público por violar soberanías extranjeras. Por eso naturalmente no es posible establecer mediante un Reglamento un fuero en Turquía para el caso de un pedido turco para Quelle. Pero lógicamente el legislador comunitario puede, según el art. 65 TCE, obligar a los Tribunales de los Estados miembros a aplicar, en un caso de estas características, derecho turco como derecho del lugar de residencia del consumidor. Que esto es incluso necesario para la protección del consumidor en el ámbito del Derecho internacional privado ya ha sido puesto en claro. Desde la doctrina se pidió por ello de forma vehemente que se modificase forzosamente el art. 5 del Reglamento Roma I y —tomando como modelo el art. 5 del Convenio de Roma— se convirtiese en una norma de conflicto plurilateral perfecta (48), reclamaciones que fueron oídas en el procedimiento legislativo. El art. 6, párrafo 1.º RRI protege ahora el consumidor con independencia de si tiene la residencia habitual en un Estado miembro o en un tercer Estado.

C. Verificación de la protección

¿Pero cómo consigue ahora el art. 6 del Reglamento Roma I la protección del consumidor en el plano conflictual? El art. 5 del Convenio de Roma prevé

(48) Cf. S. LEIBLE, «Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand», *IPRax*, 2006, p. 365 (370); S. LEIBLE, «Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *EuZ*, 2006, p. 78 (81); del mismo modo K. BITTERICH, «Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *RIW*, 2006, p. 262 (267); E.-M. KIENINGER, «Der Rom-I-Vorschlag - eine glückliche Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?», *EuZ*, 2007, p. 22 (26); P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 95 (2006), p. 331 (342); O. LANDO y P. A. NIELSEN, «The Rome I Proposal», *JPL*, 3 (2007), p. 29 (40); P. MANKOWSKI, «Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *IPRax*, 2006, pp. 101, 106; P. MANKOWSKI, «Art. 5 des Vorschlags für eine rom I-Verordnung - Revolution im Internationalen Vertragsrecht?», *ZVglRWiss*, 105 (2006), p. 120 (160 y ss.); P. MANKOWSKI, «Entwicklung und Stand des europäischen Internationalen Verbraucherschutzes. Eine Momentaufnahme», en A. WAGNER y V. WEDL (dirs.), *Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht. Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge*, Viena, 2007, p. 325 (354 y ss.); D. SOLOMON, «Verbraucher-verträge», en F. FERRARI y S. LEIBLE (dirs.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa. Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Jena, 2007, p. 89 (94 y ss.).

como es sabido en la elección del Derecho de las partes una conexión alternativa con valoración del derecho que ofrece la mayor protección y se remite solamente en caso de falta de elección del Derecho aplicable al Derecho del país de residencia del consumidor.

I. La propuesta originaria de la Comisión

El art. 5 del Reglamento iba claramente más allá, pues la elección del Derecho en contratos de consumidores no iba a ser ya posible, rigiendo siempre el Derecho del Estado (miembro) en el cual el consumidor tuviese su residencia.

Dicha solución conllevó, debido a su radicalidad, violentas críticas (49), aunque era correcta y consecuente (50). A favor de ella existían (y de hecho existen aún) buenos motivos (51), ya que la hasta conexión alternativa en contratos de consumidores no contribuye a la justicia en el plano material ni en el conflictual.

(49) Reticentes por ejemplo G.-P. CALLIES, «Kollisionsrecht, Richtlinienrecht oder Einheitsrecht? Zur Modernisierung des Art. 5 EVU (Art. 29, 29a EGBGB) im System des europäischen Verbrauchervertragsrechts», *ZEuP*, 2006, p. 742 (748 y ss.); E.-M. KIENINGER, «Der Rom-I-Vorschlag - eine glückliche Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?», *EuZ*, 2007, p. 22 (27); P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 95 (2006), p. 331 (342); O. LANDO y P. A. NIELSEN, «The Rome I Proposal», *JPL*, 3 (2007), p. 29 (39 y s.).

(50) Afirmativamente por ejemplo K. BITTERICH, «Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *RIW*, 2006, p. 262 (268); E. LEIN, «Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) COM (2005) 650 Final», *YJIL*, 7 (2005), p. 391 (405); mayoritariamente de acuerdo también H. HEISS, «Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch "Rom I" und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht», *JBI*, 2006, p. 750 (764); P. MANKOWSKI, «Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung», *IPRax*, 2006, p. 101 (106); P. MANKOWSKI, «Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung - Revolution im Internationalen Vertragsrecht?», *ZVglRWiss*, 105 (2006), p. 120 (150 y ss.); P. MANKOWSKI, «Entwicklung und Stand des europäischen Internationalen Verbraucherschutzes. Eine Momentaufnahme», en A. WAGNER y V. WEDL (dirs.), *Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht. Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge*, Viena, 2007, p. 325 (332).

(51) Ya desde hace tiempo a favor de este enfoque por ejemplo S. LEIBLE, «Rechtswahlfreiheit und kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz», en C. ARMBRÜSTER; M. FRANZEN; M. GEORGI; L. HAERTLEIN; P. W. HEERMANN; S. SIEKER y R. WOLFRAM (dir.), *Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen*, Stuttgart, 1996, p. 245 (259); S. LEIBLE, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVU und in EG-Richtlinien», en H. SCHULTE-NOLKE y R. SCHULZE (dirs.), *Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, p. 353 (375); S. LEIBLE, «Verbesserung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes», en S. LEIBLE (dir.), *Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht*, München, 2004, p. 133 (145 y ss.); G. MASCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin, 1993, p. 68; P. v. WILMOWSKY, «Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt», *ZEuP*, 1995, p. 735 (739).

A través de la acumulación de los Derechos de protección de los consumidores no se imponen las nociones materiales de justicia del mercado estatal, sino que como resultado se consigue un «nuevo Derecho» que va más allá de los ordenamientos jurídicos materiales implicados, teniendo como consecuencia una sobrecarga desproporcionada del oferente (52).

Tampoco consideraciones de Derecho internacional privado pueden justificar una conexión alternativa de los contratos de consumidores, más bien al contrario (53). La protección en el campo del Derecho internacional privado de la parte contractual peor situada estructuralmente no se puede limitar a evitar la elección «no querida» de un Derecho extranjero desfavorable. Debería por el contrario pertenecer también a la protección de las partes más débiles en el plano conflictual el proteger en general al consumidor, a la vista de los constantemente presentes problemas de información cuando rige un Derecho extranjero, de la aplicación de un Derecho desconocido para él. Esto sólo se puede conseguir con una aplicación estricta del Derecho del país de residencia del consumidor, como prevé por ejemplo ya desde hace tiempo la Ley suiza de Derecho internacional privado.

II. También en el futuro: conexión alternativa con juicio de la mayor protección (*Günstigkeitsvergleich*)

Estos argumentos no se pudieron imponer finalmente en el procedimiento legislativo, por lo que en el futuro se continúa con la conexión alternativa con juicio de la mayor protección ya conocida del art. 5 del Convenio de Roma: una elección del derecho será también válida de acuerdo con el art. 6, párrafo 2.º, pero no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones del derecho de su Estado de residencia que no puedan excluirse mediante acuerdo. Por tanto, en un contrato de consumidores se llama, al lado del derecho elegido, al derecho imperativo del estado en el cual el consumidor tiene su residencia habitual. Será el juez quien decida, valorando qué derecho ofrece la mayor protección, qué derecho tendrá de hecho aplicación en el caso concreto.

(52) S. LEIBLE, en *AnwaltKommentarBGB*, Bd. 1, Bonn, 2005, Art. 29 EGBGB Rn. 64 con más información.

(53) De manera amplia y convincente G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin, 1993, pp. 65-68.

El art. 6, párrafo 2.º RRI abarca todas las normas imperativas del Estado de la residencia que están dirigidas a la solución de las situaciones típicas de desequilibrio que se producen entre las partes. Se refiere por tanto también a normas (y doctrina jurisprudencial) del Derecho general de los contratos, siempre que igualmente sirvan para proteger a la parte débil del contrato. Estas normas serán consideradas imperativas cuando su aplicación en el plano material no pueda ser evitada por las partes. Si se cumplen las condiciones del art. 6, párrafo 2.º RRI, la especial voluntad de eficacia internacional de estas normas se presume *iuris et de iure*.

El juez tendrá que realizar de oficio el juicio de mayor protección, teniendo que recurrir al derecho que se corresponda mejor con las pretensiones manifestadas por el consumidor en el proceso (por ejemplo el desistimiento de la aceptación del contrato). Por lo demás continúa siendo aplicable el derecho elegido, no siendo necesaria una comparación global en abstracto, ya que es imposible determinar cuál de los dos ordenamientos comparados es en general más beneficioso para el consumidor. Esta cuestión se tendrá que resolver siempre según los intereses existentes en el caso concreto. Por lo demás la comparación de los derechos tendrá que ir referida al litigio en cuestión, es decir, al concreto interés del consumidor en la aplicación de un derecho en la situación de la que se trate. Solamente se podrán comparar sectores concretos.

V. RESUMEN Y CONCLUSIONES

El Reglamento Bruselas I establece como justificación de la competencia judicial en contratos de consumidores la característica de la «dirección», y el Reglamento Roma I ha adoptado esta parte del supuesto de hecho para la determinación del derecho aplicable. Esto se tiene que saludar favorablemente, puesto que así es posible llegar a una solución justa desde el punto de vista material, sobre todo en asuntos de Internet. Un empresario que saca provecho del tráfico internacional de sus productos debe soportar el riesgo de un eventual proceso judicial en el extranjero y de la aplicación de un derecho extranjero. Si no quiere asumir este riesgo, tendría que limitar su ámbito de negocio mediante una configuración inequívoca de su página web. Si acepta no obstante un encargo con independencia de donde venga, entonces no se le genera ninguna injusticia por el hecho de tener que seguir un proceso en el extranjero.

Con ello se podría pensar que la protección del consumidor es suficiente. Pero por desgracia esto no es (aún) así, puesto que realmente el punto débil de la protección internacional del consumidor en asuntos de Internet es la ejecución. El Reglamento Bruselas I garantiza ciertamente el reconocimiento y la ejecución de sentencias en la UE, pero sin embargo el efectivo seguimiento de un procedimiento de ejecución se frustra a menudo debido a los costes con él relacionados. Ello se predica especialmente de aquellos casos en los que se cubren las necesidades de la vida diaria con una compra internacional realizada *on-line*, ya que la cuantía del pleito no suele estar en relación con los costes y molestias de una ejecución en el extranjero. De todos modos, las primeras mejoras en este campo vienen de la mano

del Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (54) y del Reglamento 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (55).

De lege ferenda se tiene que pensar en conseguir una disminución de los costes de la ejecución en asuntos de consumidores de cuantía mínima. Al mismo tiempo también sería deseable un desarrollo de métodos alternativos para la resolución de conflictos (56), especialmente procesos de mediación y de arbitraje *on-line* (57). Solamente unos sistemas efectivos de protección jurídica pueden fortalecer la confianza del consumidor en el medio Internet. Y la confianza es condición para que la importancia del comercio electrónico aumente en todo el mundo.

(54) DOUE 2006 L 399/1.

(55) DOUE 2007 L 199/1.

(56) Cf. al respecto también la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, DOUE 2008 L 136/3.

(57) Véase sobre este tema S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores: la elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Granada, 2006.