

LOS CONTRATOS A DISTANCIA CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

por M^a Dolores Adam Muñoz

Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Córdoba.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de proteger a determinadas personas en el tráfico jurídico, debido a la posición de inferioridad que adoptan respecto a la otra parte con la que se relacionan jurídicamente, constituye uno de los objetivos actuales de los distintos sistemas jurídicos. Así, los diversos Estados son cada día más conscientes de la necesidad que existe de proteger al consumidor, debido a su posición más débil respecto del empresario con el que contrata (1). Como consecuencia de lo anterior, el intervencionismo estatal en este tipo de contratos privados es cada día más patente en cuanto a la finalidad que se deriva de establecer una igualdad de fuerzas en la contratación. Ello es así, por la existencia, de una parte, de un grupo más o menos amplio de empresas, que, por lo general, presentan una gran capacidad económica y, de otra parte, la de una serie de personas que, en su vida cotidiana adquieren bienes y servicios, las cuales si quieren conseguir los mismos, en tanto en cuanto son imprescindibles para llevar una vida normal, no tienen más remedio que acatar las condiciones impuestas por las empresas, sin poder hacer valer sus exigencias y garantías sobre los productos y clientes que adquieren, ya que, de otro modo, el resultado sería la privación de los mismos, lo cual le conduciría a unas condiciones difíciles de vida.

Esta situación además se ve agravada porque el consumidor renuncia en muchas ocasiones a interponer una demanda para ver reconocidos sus derechos por considerar que la cantidad es pequeña y que cualquier proceso le va a reportar más gastos y molestias que beneficios. No obstante, en la actualidad, y precisamente debido a la toma de conciencia de estas personas individuales de que su actuación en solitario difícilmente le va a reportar beneficio alguno, es por lo que están proliferando con muy buenas actuaciones, objetivos y resultados, las asociaciones de consumidores y usuarios, las cuales reciben las demandas de los consumidores, quejas y reclamaciones, favoreciendo así la protección de los mismos.

Sin embargo, no siempre ha sido así y este movimiento en favor de la defensa de los consumidores es el resultado de unas acciones anteriores, las cuales hay que situarlas dentro de la Unión Europea y en el ámbito del Derecho español de fuente autónoma, ya se refieran al tráfico interno o al tráfico internacional.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL DERECHO COMUNITARIO

En la elaboración de la Constitución, el Constituyente ya se hizo eco de la necesidad de proteger al consumidor (2) y así, en el texto definitivo de la Constitución se establece en el art 51 (3) que «1 Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos 2 Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos en los términos que la ley establezca.

(1) Sobre la inexperiencia del consumidor así como su falta de preparación vid JAYME E y FORLATI, L P Giunsdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE Padova 1990 p 51 y ss.

(2) Al respecto vid las declaraciones realizadas por la Senadora Señora Begue Cantón en el Diario de Sesiones del Senado núm. 46 sesión núm. 8 del 30 de agosto de 1978 p 2109.

(3) Sobre los antecedentes de este precepto vid por todos CAZORLA PRIETO L M Comentario al art 51 de la Constitución En obra colectiva Comentarios a la Constitución Dirección GARRIDO FALLA F Madrid 1980 pp 560-565.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales». Este precepto se incardina dentro del Cap. III del Título I denominado «De los principios rectores de la política social y económica», los cuales, de acuerdo con el art. 53.3 de la propia Constitución, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes Públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

De este modo, nos encontramos ante un nuevo principio general en nuestro Ordenamiento Jurídico: el principio de protección a los consumidores (4), el cual no sólo ha de plasmarse en el momento de la elaboración de una normativa legal, sino que también ha de tenerse en cuenta por los Poderes Públicos y los Tribunales para atribuirle las consecuencias que se derivan necesariamente de esta naturaleza jurídica (5). Como consecuencia de este mandato constitucional, fue promulgada en España la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (6). Esta Ley ha sido modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (7), la cual (8) tiene como objetivo la transposición al Derecho interno español de la Directiva 93/13 de la CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (9).

(4) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A, La protección de los consumidores la Constitución española y el Derecho mercantil. En *Lecturas sobre la Constitución española* Facultad de Derecho UNED Madrid 1978, t II, pp 9-37

(5) Al respecto, el art 1.4 del Ce establece que «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico»

(6) BOE núm. 176 de 24 de julio de 1984. Unos comentarios bastante completos acerca de esta normativa pueden verse en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* Ed Civitas Madrid, 1992. No obstante, existen además leyes autonómicas que regulan esta materia, como consecuencia de las competencias que en este ámbito poseen las diversas Comunidades españolas. Vid, en general, *legislación sobre consumo* Ed. Tecnos Madrid, 1998

(7) B O E núm. 89 de 14 de abril de 1998

(8) Algunos comentarios a esta Ley han sido realizados por CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L, M, en el BIMJ n.º 1820 de 1 de mayo de 1998 (suplemento 9, pp 1056-1090). Ibíd. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico. *Rev. Poder judicial* n.º 49 de 1998, pp 619-713. MAGRO SERVET, V, La nueva Ley sobre condiciones Generales de la Contratación. *Rev Jurídica* La Ley n.º 4474 de 6 de febrero de 1998, pp 1-5

(9) DOCE de 21 de abril de 1993, N.º L 95129. Sobre esta Directiva, vid por todos el riguroso estudio realizado por PAGADOR LÓPEZ, J, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas* Ed. Marcial Pons Madrid-Barcelona, 1998

Precisamente ha sido desde el seno de la Unión Europea desde donde se ha elaborado una política destinada a la protección del consumidor (10). Este objetivo no estaba presente en el Tratado Constitutivo de las CEE, sin embargo, se trataba de una necesidad y una conditio sine qua non para la consecución de un mercado interior único (11), de modo que la protección a los consumidores se presentaba como uno de los requisitos esenciales para la consecución de tal logro (12). No obstante, hasta la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (13), no se reconoce de una manera clara y positiva el principio de protección del consumidor en el art. 129 A (14), a pesar de ello, el consumidor no ha quedado desprotegido en el ámbito comunitario, ya que, a este resultado de protección normativa se ha llegado a través de diversas fases de desarrollo (15). Por último en el reciente Tratado de la Unión Europea hecho en Amsterdam el 2 de octubre de 1997 (16), se refuerza considerablemente la política de protección de los consumidores en el ámbito de la Unión en el art. 129A (17).

(10) BARLEBO-LARSEN, E, La protection europeenne des consommateurs une prouté du grand marché. *Revue Marché commun*, 1991, pp 176yss. DE SOLA, JEUNIAUX, L, La politique communautaire en faveur des consommateurs. *Revue marché unique europeen*, 1992, pp 65 y ss. DEHOUSSE, A, Le marche unique et la protection des consommateurs. *Journal des Tribunaux* 1993, pp 701 y ss

(11) Bosco A, *Il mercato interno della Comunità economica europea* Milán, 1990, pp 73yss

(12) El art 100A del Tratado de Roma establece que « El Consejo, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior» y el apartado 3 de este precepto indica que «La Comisión en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores se basará en un nivel de protección elevado»

(13) BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 1992

(14) Dicho artículo señala que «La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante a) Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior, b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de garantizarles una formación adecuada»

(15) El primer impulso a esta política proteccionista puede situarse en la Cumbre de París en 1972 de jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros. El 14 de abril de 1975 el Consejo, a través de una Resolución adopta el denominado «Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información a los consumidores» (JOCEC 92 de 25 de abril de 1975, p 1). En 1981 se adopta una segunda resolución por el Consejo para una política de protección e información al consumidor (JOCE C 133 de 3 de junio de 1981, p 2), si bien, en 1985 la Comisión, a través de un comunicado al Consejo, lanzó la idea de un «Nuevo impulso para la política de protección a los consumidores» [Comisión de las Comunidades Europeas Doc COM (85) final Bruselas 23 de julio de 1985] la cual fue aprobada por el Consejo el 23 de junio de 1986 (Resolución 86/C de 23 de junio de 1986 del Consejo relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores DOCE C 167 de 4 de julio de 1986, p 1). Por último, el Consejo, a través de su Resolución 89/C 294/01 de 9 de noviembre de 1989 (DOCE C 294 de 22 de noviembre de 1989, p 1), manifiesta la necesidad de establecer futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor. Sobre estos antecedentes pueden consultarse, entre otros, CEPAS PALANCA, R., Comentarios sobre la adaptación del Derecho español a la normativa de la CEE en materia de protección de los consumidores Gaceta jurídica de la CE SeneD, n°38 Octubre 1987, pp 505-530 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C M., Derecho comunitario y protección de los consumidores Actualidad editorial, Madrid, 1990 HERNÁNDEZ BATALLER B., La protección de los consumidores y el principio de subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea En Aranzadi, Comunidad Europea, octubre 1993, n° 10 pp 33-37 ESPLUGUES MOTA C y PAUO ROMERO, G., Las comunidades Europeas y la protección de los consumidores Revista General del Derecho, Julio-agosto 1993, pp 6761-6785 CORRIENTE CÓRDOBA, J A La protección de los consumidores en la Europa comunitaria de los tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastncht) En obra colectiva, Estudios sobre el consumo Bilbao, 1994, pp 8-35

III. NOCIÓN DE CONSUMIDOR

1. Delimitación del concepto

En un sentido amplio, se puede considerar consumidor a todo ciudadano en cuanto aspire a tener una calidad de vida. Como consecuencia de este concepto amplio, la noción de consumidor no es única sino que, como indica BERCOVITZ, el concepto de consumidor variará de una ley a otra y ello porque cada norma trata de proteger al consumidor en un ámbito concreto (18). De un modo sistemático, podemos afirmar que han sido dos las vías que tradicionalmente se han empleado para definir la figura del consumidor:

- a) Por un lado, en relación con el uso o destino que del bien o servicio adquirido vaya a realizar la persona, en tanto en cuanto éste ha de ser «personal, familiar o doméstico» (19).
- b) Por otra parte la cualidad de profesional o no de la persona que adquiere los bienes y servicios.

(16) BOE núm 301 de 17 de diciembre de 1998

(17) El nuevo artículo 129A establece que «1 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 Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores»

(18) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores Ed tecnos Madrid, 1987 pp 107 109

(19) La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE núm 26 de 30 de enero de 1991), señala en su art 2,a) que la Convención no se aplicará a las compraventas «De mercaderías como pradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para este uso»

Es esta última característica la que aparece recogida con más asiduidad en los textos legales. Así, por ejemplo, el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (20), señala en su artículo 5.1, relativo a los contratos celebrados por los consumidores, que tendrán tal carácter aquellos contratos que tengan 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 ». En igual sentido se pronuncia el art. 13.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (21). Es cierto, que del espíritu del precepto, se puede deducir que el uso del bien o servicio ha de ser privado, doméstico o familiar; sin embargo, no hubiera estado de más que se hubiera establecido de una forma clara y precisa tal finalidad (22), como así se realiza en algunas legislaciones (23), lo cual hubiera evitado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se haya tenido que pronunciar acerca de tal extremo (24).

(20) BOE núm 171 de 19 de junio de 1993 Corree de errores BOE núm 189 de 9 de agosto de 1993.

(21) B O E 28 de enero de 1991, corree de errores 30 de abril de 1991 Este Convenio, al establecer la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por consumidores, considera como tal a los celebrados por una persona « para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional ».

(22) La solución introducida por el Convenio de Roma es criticada por GUZMAN ZAPATER, M , en tanto en cuanto considera que en este texto, el destino particular o privado de los bienes y servicios se verifica a partir de la negación del uso profesional Vid La protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de establecimiento mercantil (inciden cia de la ley 26/91 sobre la reglamentación de algunos contratos de venta concluidos por consumidores en los supuestos de tráfico externo) Ga ceta jurídica de la CEE Marzo de 1982, p 16 En igual sentido ESPLUGUES MOTA, C , Noción de consumidor Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Aranzadi Comunidad Europea, 1993, p 963 y ESPLUGUES MOTA, C y PAUVU MORENO, G , Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores Ob cit, pp 6771-6772.

(23) Así, por ejemplo, la Ley Suiza de Derecho internacional privado de 1987 cuando en su art 120 regula el contrato de consumo se refiere a «prestación comente de consumo destinada a un uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con la actividad profesional o comercial del consumidor» Del mismo modo, la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, señala en su presentación que el consumidor protegido « será, no solo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actué con un propósito ajeno a su actividad profesional» No obstante esta distinción, que también se recoge en el art 1 de la ley de 26 de julio de 1984 para defensa de los Consumidores y Usuarios, ha sido interpretada por alguna autora como una identificación de la persona, en tanto en cuanto, el que el individuo haya de ser el destinatario final de los bienes, indica asimismo su no profesionalización, de donde nuestra legislación utiliza únicamente la vía de la cualidad de la persona para definir al consumidor Vid ZABALO ESCUDERO, E , Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el Derecho internacional privado RED, 1985, n°1, p 116.

(24) En relación con este punto, diversos autores se han cuestionado sobre la posibilidad de que una persona que habitualmente se dedica a una actividad comercial pueda adoptar el papel de consumidor cuando adquiere bienes y servicios para su uso privado De este modo, en el informe GIULIANO-LAGARDE JOCEnúm C282, de 31 de octubre de 1980, se afirma que el art 51 del Convenio de Roma exige que la persona que suministra los bienes y servicios conozca que la otra parte contratante actúa fuera del curso de su profesión para que el contrato se pueda considerar como de consumidores En esta línea, VIRGOS SURIANO, M , en su comentario al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en la obra colectiva, Tratado de Derecho comunitario europeo Estudio sistemático desde el Derecho español Dirección, GARRIDO FALLA F , GONZÁLEZ CAMPOS, J D y MUÑOZ MACHADO, S Madrid, 1986, T III p 795, indica que esta puntualización es razonable ya que «si bien no se es consumidor o no consumidor de un modo permanente, pues es una condición que surge por referencia a un acto material concreto (el acto de consumo), cuando se adquiere en el tráfico profesional debe presumirse tal uso. Así, si el destinatario se presenta como profesional y ordena un bien que puede servir para su profesión, la tutela de la buena fe del vendedor-suministrador debe llevar a excluir el contrato del art 5 Cuando el uso pueda ser mixto, sólo si puede situarse esencialmente fuera de la actividad profesional del adquirente, será el artículo 5 aplicable».

En este sentido restrictivo de la noción de consumidor se ha pronunciado el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, en concreto en su sentencia sobre el Asunto C-89191 Shearson Lehman Hutton Inc. c TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen de 19 de enero de 1993 Recopilación 1993, por medio de la cual, el Tribunal impide que a una sociedad de patrimonios que ha tenido graves pérdidas, como consecuencia de la actuación de una sociedad americana establecida en Europa a la que se le había encomendado la administración de ciertos valores, se le pueda considerar como consumidora y por lo tanto que, se pueda amparar en los foros especiales contenidos en los artículos 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968, señalando al respecto que hay que entender que estos preceptos se refieren « al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales, que este vinculado por uno de los contratos enumerados en el artículo 13 y que sea parte en una acción entablada ante los tribunales conforme al artículo 14 » Vanos han sido los autores que han comentado esta sentencia Vid, BORRAS RODRÍGUEZ, A , Revista Jurídica de Cataluña n°4,1993, p 276 y ss GAUDEMONT-TALION, Revue Critique de Droit International privé, 1993, n° 2, pp 325 y ss GUZMAN ZAPATER, M , Cesión de crédito y noción de consumidor segunda decisión del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas sobre la competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo en el Convenio de Bruselas (Comentario a la sentencia del tribunal de justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1993) Revista Jurídica La Ley, Comunidades Europeas n° 82 de 30 de noviembre de 1993, pp 1 y ss HUET, A, Journal de Droit International, n° 2 de 1993, pp 466 y ss TAGARAS, H , en CDE n° 1 2 de 1995, pp 170 y ss.

(25) DIAMOND, Harmonisation of Private International law relatmg to contractual obligations Recueíl des Cour, 1986, IV, pp 246 y ss

(26) La necesidad de una concepción autónoma fue puesta de manifiesto en el informe sobre el Convenio realizado por GIULIANO-LAGARDE, cit anteriormente y ha incidido posteriormente sobre la misma la practica totalidad de las resoluciones del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas que se han basado en la interpretación de los artículos 13 y 14 del Convenio de Bruselas Vid la sentencia sobre el Asunto C 150/77 Societa Bertrand c Societa Paul Ott KG de 21 de junio de 1978 Asimismo vid la sentencia citada en líneas anteriores, así como la relativa al Asunto C-269/95, Francesco Benincasa c Dentalkit SRL, de 3 de julio de 1997 Vid comentario realizado a la misma por RODRÍGUEZ BENOT A , Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968 Revista Jurídica La Ley de 12 de diciembre de 1997 pp 7-13 (27) DOCE NoL144/19de4dejunio1997.

2. Concepción autónoma del consumidor: objetivo perseguido por el Derecho Internacional Privado Comunitario.

Lo cierto es que si nos detenemos en la finalidad a la que se dirigen, tanto el Convenio de Roma, como el de Bruselas, observamos que lo que pretenden es ofrecer un concepto de consumidor autónomo, independiente de las nociones que del mismo se tenga en las legislaciones nacionales (25), ya que si no se adoptara una definición ad hoc, nos podríamos encontrar con que el ámbito de aplicación del Convenio podría variar a tenor de la concepción del Ordenamiento Jurídico que va a realizar su aplicación (26), lo cual, crearía una manifiesta inseguridad jurídica, de modo que, escaparía de la finalidad perseguida por esta norma de Derecho internacional privado uniforme, en su objetivo de unificar las diversas legislaciones de Derecho internacional privado de los Estados miembros, para así poder lograr una protección eficaz y segura de la parte más débil en este tipo de contrato, cual es el consumidor.

Efectivamente, como así lo afirmaran GIULIANO y LAGARDE en su informe al Convenio de Roma de 1980, la desvinculación del concepto de consumidor de las legislaciones nacionales tiene por objeto la protección de la parte débil en los contratos internacionales de consumo; sin embargo, si ésta es la finalidad perseguida por el Convenio, necesariamente hemos de deducir que en este tipo de contratos existe otra parte que ocupa una posición privilegiada y goza de un papel fuerte y preponderante frente al consumidor; es decir, la persona que suministra el bien o servicio ha de operar en el marco de su actividad profesional.

IV. DEFINICIÓN DE CONTRATO A DISTANCIA

Tanto el Convenio de Bruselas de 1968, como el Convenio de Roma de 1980, se refieren a los contratos celebrados por los consumidores de una manera general; sin embargo, resulta evidente que las formas de celebración de este tipo de contratos se van complicando y sofisticando a medida que van surgiendo nuevas técnicas y medios de comunicación y, que la capacidad de inventiva humana no cesa de transformarse y modernizarse. Ello ocurre, por ejemplo, con los contratos celebrados por los consumidores fuera de los establecimientos mercantiles, o con los contratos a distancia, los cuales vamos a pasar a analizar seguidamente.

La Directiva 97/7CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (27), señala en su artículo 2 que el contrato a distancia es «Todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes y servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato» (28)

En esta definición se incluyen varios conceptos, los cuales necesitan de una delimitación posterior, como así la realiza la propia Directiva. En concreto, en relación al consumidor la Directiva indica en el siguiente párrafo que es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»

En primer lugar, la Directiva es excluyente en relación con las personas que pueden ser consideradas como consumidores ya que únicamente lo podrán ser las personas físicas, quedando fuera de este ámbito de protección las personas jurídicas. Sin embargo, nuestra legislación autónoma es mucho más generosa en este sentido, ya que, el art 1 2 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984 establece que son consumidores o usuarios, tanto las personas físicas, como las jurídicas, manteniéndose esta regulación en la nueva Ley de 1998 (29) lo cual resulta de suma importancia si consideramos que dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales, la citada Ley se aplica también a los contratos sometidos a una legislación extranjera, cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual (art 3, pfo 2 °), por lo tanto, nuestra legislación utiliza un concepto más amplio de consumidor, en orden a alcanzar una mayor protección de la parte contractual que se encuentra en la relación negocial en una posición de inferioridad, lo cual ha de ser el verdadero objetivo de la normativa (30).

(28) Aunque la Directiva señala en su articulado que la misma no tendrá que entrar en vigor en los Estados miembros hasta el año 2 000 (art 15) algunos principios que se establecen en la misma han sido incorporados a la legislación española la cual ha tomado como modelo el proyecto de esta Directiva Vid los artículos 38 a 48 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15 de 17 de enero y corrección de errores BOE núm. 42 de 17 de febrero).

(29) Esta Ley tiene como finalidad adaptar la legislación española a la Directiva del Consejo 93/13 de 5 de abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE N ° L de 21 de abril de 1993 pp 29 a 34) la cual sin embargo en su art 2 excluye a las personas jurídicas como posibles consumidores mientras que como ya hemos indicado nuestra legislación las mantiene Asimismo la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973 define al consumidor como «la persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para uso privado».

La segunda condición que impone el precepto para considerar a la persona física como consumidor es que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, requisito al que ya nos hemos referido en líneas anteriores, por lo tanto, nos remitimos a lo allí expuesto.

El segundo concepto que incluye la definición del contrato objeto de nuestro análisis es el de «proveedor», entendiendo por tal «toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional» Observamos como en esta Directiva, al igual que en otras anteriores (31), se señala la parte frente a la cual el consumidor está necesitado de protección, en este caso, el proveedor, en otros el profesional, comerciante o empresario lo cual no se recoge ni en el Convenio de Roma ni en el de Bruselas Ello resulta lógico si tenemos en cuenta que ambos Convenios lo que pretenden es regular, con carácter general, la ley aplicable y la competencia, respectivamente, al contrato de consumo, sea cual sea su modalidad, de forma que, para no apartarse de este objetivo, se refieren de forma genérica al cocontratante del consumidor.

No obstante, no hemos de olvidar que de la definición de consumidor y de su actuación al margen de una actividad profesional, hemos de deducir, sensu contrario, que la otra parte frente a la que se otorga la protección al consumidor, actúa dentro de su actividad profesional, ya sea como comerciante, proveedor, empresario, etc. (32) Precisa mente el consumidor contratante representa la parte débil de la relación contractual frente al comerciante que ha de actuar en el ejercicio de su actividad profesional Es con base en ese carácter de profesionalidad del comerciante y la ausencia de la misma en el consumidor lo que fundamentan ese equilibrio que se ha puesto de manifiesto y que reclama del Derecho internacional privado una regulación específica encaminada a corregir la libertad de los contratantes y la autonomía de la voluntad (33), ya que la existente no puede dar una respuesta eficaz a la situación en la que se encuentran los consumidores (34)

(30) Una relación detallada de los autores que se encuentran a favor de que las personas jurídicas puedan también ser consideradas como consumidores puede consultarse en PETIT LAVALL M V La protección del consumidor del crédito las condiciones abusivas del crédito Valencia 1996 pp 55 a 57 Asimismo RIVERO ALEMÁN S Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor ED Aranzadi Pamplona 1995 pp 50 51 entiende que es necesario diferenciar la persona jurídica no empresaria cuya tutela puede ser adecuada de la persona moral (sociedades mercantiles) dotadas de cierta organización y medios de defensa y alejada de la situación de contratante débil.

(31) Así por ejemplo en la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE N ° L372de31 de diciembre de 1985 p 31) se entiende por comerciante toda persona física o jurídica que al celebrar la transacción de que se trate actué en el marco de su actividad comercial o profesional así como toda persona que actué en nombre o por cuenta de un comerciante» Del mismo modo la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores indica que es profesional toda persona física o jurídica que en las transacciones reguladas por la Directiva actué dentro del marco de su actividad profesional ya sea pública o privada».

(32) No obstante el Proyecto del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores de 1980 establece en su artículo 1 que la Convención es aplicable a algunos contratos de venta de carácter internacional de mercancías compradas principalmente para un uso personal familiar o doméstico y a continuación en su art. 2 indica que la persona que compra las mercancías principalmente para su uso personal o familiar o doméstico es llamada consumidor Asimismo indica que se entiende por vendedor toda persona que actúa en el curso de su negocio o profesión Vid sobre el proyecto de Convenio v VON OVERBECK Le project de Convention de La Haye sur la loi applicable a certaines ventes aux consommateurs En Annuaire Suisse de droit international 1981 pp 96 108 IMHOFF SCHEIEH Quelques observations sur le projet de Convention de La Haye sur la loi applicable a certaines ventes aux consommateurs jbd pp 129 150.

(33) ZABALO ESCUDERO E Aspectos jurídicos de la protección del consumidor ob. cit p 115.

(34) BOTANA GARCÍA G A Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores Ed Boch Barcelona 1994 p 22.

El tercer elemento del que se compone la definición de contrato a distancia se refiere a la utilización de una técnica de comunicación a distancia, entendiendo por tal «todo medio que permita la celebración de un contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor». A tal efecto, en el Anexo I de la Directiva aparece una lista indicativa de cuáles son estas técnicas (ventas por correo, por teléfono, fax televisión, catálogo, etc.). La característica fundamental de estos contratos es que las manifestaciones de voluntad de ambas partes, necesarias para la celebración del contrato, incluida la propia celebración se emiten utilizando diversas técnicas que propician la no presencia física simultánea de las partes, la cual se sustituye por la utilización de una de estas técnicas de comunicación. De modo que el consumidor conoce el producto o servicio a través de las mismas, sin haberlos examinado personalmente y únicamente mediante las indicaciones realizadas por el proveedor.

Por último, la definición se refiere a «operador de técnicas de comunicación», entendiendo por tal «toda persona física o jurídica pública o privada cuya actividad profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia»

V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS NEGOCIADOS A DISTANCIA

La necesidad de establecer una regulación especial para esta modalidad en la contratación, radica en la evolución de la que están gozando en la actualidad las diversas técnicas de comunicación de modo que, si bien mediante las cuales se permite una mayor rapidez, comodidad y facilidad para contratar también favorece la conclusión de contratos sin la debida reflexión por parte del consumidor, el cual a menudo es objeto de ofertas de bienes y servicios que no ha solicitado del proveedor y que sin embargo éste efectúa sin su consentimiento utilizando estas técnicas que, en su vida cotidiana, el consumidor utiliza para otros fines A tal efecto, la Directiva entiende y califica a esta forma de irrumpir en la vida privada del consumidor como «contratación agresiva», ya que, supone que el consumidor está realizando una actividad de entretenimiento, por ejemplo viendo la televisión, y en la misma se hacen ofertas para adquirir bienes y servicios lo mismo sucede con el teléfono, fax, correo, etc , de modo que se produce una intromisión en su vida privada sin una solicitud previa por su parte.

Como contrapartida a esta ventaja de la que goza el proveedor, la cual podría corresponderse en términos coloquiales con el dicho de que «el que da primero da dos veces» el consumidor necesita de una protección adicional de la que goza en cualquier contrato de consumo que realice De ahí la justificación de las disposiciones adoptadas por esta Directiva, la cual pone en manos del consumidor una serie de garantías para que esta «incursión agresiva» del proveedor, no lo conduzca a adquirir bienes que, en realidad no desea, por falta de reflexión.

Seguidamente nos vamos a referir a algunas de estas medidas de protección sin pretender realizar un análisis exhaustivo de todas las garantías establecidas, ya que ello excedería con mucho de nuestro estudio.

1 Información previa con la que ha de contar el consumidor—El art 4 de la Directiva indica que antes de la celebración de un contrato a distancia, el consumidor ha de contar con la siguiente información a) Identidad del proveedor o, en caso en los contratos que requieran pago por adelantado, su dirección b) Características esenciales del bien o servicio c) Precio del bien o servicio, incluidos los impuestos d) Gastos de entrega e) Modalidad de pago, entrega o ejecución f) existencia de un derecho de resolución g) Coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia h) Plazo de validez de la oferta y del precio i) Duración mínima del contrato cuando se trate de contratos de suministro.

Nos encontramos, por lo tanto en una primera fase de celebración del contrato, cual es la realización de la oferta por parte del proveedor.

El inciso segundo de este precepto señala que no es suficiente con que al consumidor se le facilite esta información, sino que, ha de quedar patente que lo que el proveedor pretende al suministrar esta información es concluir un contrato con el consumidor y, así, la Directiva indica que la finalidad comercial de esta información ha de «resultar inequívoca» y en el caso de comunicaciones telefónicas ha de precisarse de forma clara y concisa al inicio de la misma la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada, es decir, la norma se dirige a acabar con aquellas actuaciones de los proveedores que de forma encubierta lo que verdaderamente esconden detrás de la información ofrecida, como concursos, sorteos viajes, etc , son auténticos contratos de consumo.

Por este motivo, también este inciso exige que se respete la buena fe en materia de transacciones comerciales y los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar según la legislación de los diferentes Estados miembros, como los menores (35)

(35) La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en su art 5 4 garantiza que «a publicidad o mensajes dirigidos a los menores o emitidos en la programación dirigida a estos no les perjudique ni moral ni físicamente Para dotar de eficacia a esta garantía el art 5 5 legitima al Ministerio Fiscal y a las Administraciones Públicas competentes en materia de protección de menores para el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita considerándose como tal según prescribe el art 3 a) de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad aquella que atente contra «la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución especialmente en lo que se refiere a la infancia la juventud la mujer»

A mi JUICIO, esta última exigencia, suprime la posibilidad de aplicar a esta modalidad de contratos el correctivo del interés nacional, a no ser que, con antelación a la celebración del contrato, el proveedor se haya preocupado de solicitar los datos personales, entre ellos, la fecha de nacimiento, de la persona con la cual va a celebrar el contrato, lo cual está de acuerdo con el art 11 del Convenio de Roma de 1980, el cual establece que una parte contratante, capaz conforme a la ley del lugar de celebración del contrato, no podrá invocar su incapacidad para contratar resultante de otra ley, si en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte, si bien, el Convenio de Roma se refiere únicamente a los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país y la Directiva no distingue entre este supuesto o el caso de que sea un contrato transfronterizo.

Asimismo, creo que también queda alterado el precepto de derecho autónomo español en el que se recoge esta figura, es decir, el art 10 8 del Ce, el cual considera válidos los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz, según su ley nacional, pero capaz de acuerdo con la legislación española La razón de la alteración de este precepto radica en que el mismo no obliga, en este caso al proveedor, a indagar sobre si el consumidor con el que va a contratar goza o no de capacidad, mientras que la Directiva le impone esta obligación al exigir el cumplimiento de los principios de protección de los incapaces de acuerdo con las legislaciones de los diferentes Estados miembros, ya se celebre el contrato en un único Estado o en varios De cualquier forma, el contrato se puede celebrar en España, con lo que estaría dentro del art 10 8 del Ce, pero el consumidor se puede encontrar en otro país, y precisamente ello es posible gracias al empleo de una técnica de comunicación a distancia, no obstante, más adelante nos ocuparemos del lugar y del momento en que se produce la celebración del contrato según la Directiva.

Con base en este precepto, podemos concluir afirmando que cuando un proveedor realiza un contrato de consumo a distancia, ya sea éste en un mismo país o en diversos países con una persona incapaz para contratar o con un menor, ese contrato será nulo, ya que la Directiva le obliga a respetar los principios de protección de este tipo de personas, las cuales están mermadas en cuanto a su capacidad para contratar

2 Confirmación escrita de la información —Todos los datos que el proveedor ha facilitado en una primera fase, es decir, antes de la celebración del contrato, han de constar por escrito cuando una persona en particular, de las que en un principio se ha dirigido el mensaje de consumo, se interesa por el bien o servicio ofrecido, es decir, el posible consumidor ha quedado individualizado En ese momento, el proveedor ha de comunicarle todos los datos por escrito o por cualquier otro soporte duradero como disquete informático, cinta de vídeo etc. Siempre deberá constar en esta información individualizada, en primer lugar, información escrita sobre el derecho de resolución y las condiciones y modalidades de su ejercicio, en segundo lugar, la dirección geográfica del establecimiento del proveedor, en tercer lugar, información relativa a los servicios postventa y a las garantías comerciales existentes y, por último y, en caso de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del mismo.

Nos encontramos en una segunda fase de la celebración del contrato en la que una persona física se ha interesado por la oferta realizada por el proveedor y manifiesta su voluntad de contratar, aceptando la oferta realizada por el mismo, ya que en este tipo de contratos no suele haber contraoferta Dado que, el proveedor mantiene su oferta, se produce un acuerdo de voluntades en el sentido de que el consumidor acepta el suministro del bien tal y como ha sido definido por el proveedor y éste se compromete a suministrar dicho bien Es en este momento en el que se produce la celebración del contrato (36) Así, la información por escrito la ha debido de suministrar el proveedor antes del acuerdo de voluntades o bien, durante la ejecución del contrato o a más tardar en el momento de la entrega del bien.

Cosa distinta del momento de la celebración del contrato es el lugar donde el mismo se lleva a cabo. Si atendemos al último inciso del art 1 262 del Código civil, observamos que el mismo se refiere a una aceptación realizada por carta (técnica de comunicación a distancia), señalando que la aceptación realizada por este medio no vincula a la otra parte hasta que dicha carta no llegó a su poder, presumiendo en tal caso, que el contrato se ha celebrado en el lugar en el que se ha producido la oferta. En opinión de M VIRGOS SURIANO, la cual compartimos, la solución escogida por el legislador español parece acertada, en tanto en cuanto, «la oferta contiene ya el proyecto de reglamentación contractual que se propone a la aceptación, la cual supone generalmente un acto de conformidad. La oferta representa la proposición definitiva de contratar y prefigura la relación contractual misma y su contenido» (37).

En relación con el momento de la ejecución del contrato si atendemos a lo preceptuado en el art 7 de la Directiva, observamos que comprende el período que va desde la solicitud del pedido por el consumidor hasta la entrega del bien. Este plazo de tiempo es como máximo de treinta días, los cuales empezarán a contar a partir del día siguiente en que el consumidor haya comunicado al proveedor su pedido. La Directiva no especifica si dentro de este período de tiempo se computarán también los días que no son hábiles lo cual sí que queda indicado de forma inequívoca en el art 6 de la Directiva en donde se establece un plazo de siete días laborables para rescindir el contrato por parte del consumidor, por lo tanto y, teniendo también presente el art 5 del Código civil, hemos de concluir que dentro de este plazo de tiempo se computarán también los días inhábiles.

Con respecto al cumplimiento de esta obligación por parte del proveedor, la Directiva establece que los Estados podrán determinar que la carga de la prueba pueda recaer en el proveedor (art 11 3a). Ello resulta lógico si tenemos en cuenta que al proveedor le resulta más fácil demostrar que ha cumplido con esta obligación, ya que en su negocio habrán de constar las copias, fechas, volumen de pedidos y el resguardo de la técnica de comunicación empleada para enviar por escrito las condiciones del contrato, como el correo, fax, telegrama, etc. Sin embargo, no debemos de olvidar que esto es una cuestión que la Directiva deja a la voluntad de los Estados, con lo cual es posible que los mismos puedan invertir la carga de la prueba en detrimento del consumidor, lo que difícilmente va a contribuir a su protección.

(36) Ello está de acuerdo con el art 1 262 1 del Código civil el cual establece que «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato».

(37) VIRGOS SURIANO M. Lugar de celebración y ejecución en la contratación internacional. Ed Tecnos Madrid 1989 p 111.

4 Derecho a la devolución de las sumas abonadas —El párrafo 2 del art 7 de la Directiva señala que en el caso de la no ejecución del contrato, es decir en el caso de que el proveedor no suministre el bien o el servicio objeto del pedido al consumidor porque no se encuentren disponibles, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y como máximo, en un período de treinta días. No obstante, la Directiva deja a voluntad de los Estados miembros el establecimiento del suministro de un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, pero esta posibilidad se ha debido de pactar antes de la celebración del contrato, es decir, en la oferta que el proveedor realiza mediante la técnica de comunicación a distancia, o en el momento de la celebración del contrato, o sea en el instante en el que se produce el acuerdo de voluntades entre el consumidor y el proveedor. Nuevamente la normativa no concreta si en el cómputo de los días se incluyen los no laborables, si bien, hemos de atender a la interpretación anteriormente expuesta.

Resulta extraño que, en este supuesto de inejecución del contrato por causa del proveedor y, teniendo en cuenta que el consumidor ya ha podido abonar parte o el total del suministro, la normativa no prevea, como en el derecho de resolución que si esas sumas han sido cubiertas total o parcialmente por un crédito concedido al consumidor por el proveedor o por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor el contrato de crédito no se resuelva sin penalización alguna para el consumidor. Estimamos que la norma debe de interpretarse en este sentido y que la misma debe de extenderse a estos supuestos, ya que, si el derecho de resolución se ejerce por el consumidor de forma unilateral y sin que tener que alegar justa causa, con más motivo ha de facilitársele la devolución de su dinero sin cargo alguno cuando el contrato no se lleva a cabo como consecuencia de incumplimiento, aunque no sea voluntario, del proveedor quedando a la voluntad de los Estados la regulación de la rescisión del contrato de crédito. Consideramos que en este sentido se deberá de pronunciar la normativa española cuando se produzca su adaptación a la Directiva Comunitaria.

5 Derecho de resolución —El consumidor gozará de este derecho en todo contrato negociado a distancia, disponiendo de un plazo mínimo de siete días laborables sin penalización alguna y sin tener que indicar los motivos que le llevan a tomar tal decisión, únicamente deberá abonar los gastos que ocasione la devolución de la mercancía al proveedor. El art 6 establece una serie de mecanismos para calcular este plazo de tiempo, atendiendo fundamentalmente a si el proveedor ha cumplido o no con la obligación de suministrar al consumidor las condiciones del contrato por escrito, pudiendo éste alargarse hasta tres meses.

Si el consumidor ejercita su derecho de resolución, el proveedor estará obligado a devolverle las sumas de dinero que haya abonado, sin retención de gastos.

Esta devolución ha de realizarse lo antes posible, pero no obstante la normativa establece un plazo máximo de tiempo de treinta días para ello. Transcurrido este periodo, el consumidor podrá ejercitar alguna de las acciones judiciales o administrativas que se establecen en el art 11 de la Directiva.

Es en el número 4 de este precepto donde se establece con carácter específico la resolución del contrato de crédito sin penalización en el caso de que el consumidor ejercite su derecho de resolución, ya se haya cubierto el precio del bien o servicio total o parcialmente mediante el crédito o ya se haya celebrado el contrato de crédito con el proveedor o con un tercero, quedando a cargo de los Estados miembros las modalidades de rescisión de este contrato.

Existen una serie de contratos celebrados a distancia en relación con los cuales el consumidor no tendrá el derecho de rescisión unilateral. Estos contratos se refieren por ejemplo al suministro de prensa diaria, grabaciones sonoras o de vídeo, bienes confeccionados a medida, o en el caso en que el consumidor antes de finalizar el plazo de siete días que otorga este precepto para ejercitar el derecho de rescisión, haya aceptado la prestación del servicio. La negación del ejercicio de este derecho, en estos casos, resulta lógica si tenemos en cuenta que se trata de suministro de bienes y servicios personalizados o bien, en los que cabe la posibilidad de su reproducción fraudulenta antes de que finalice el plazo de los siete días, con lo cual, el legislador a la vez que protege al consumidor, también se ha querido asegurar de que el proveedor no salga más perjudicado de lo necesario.

(38) PASQUAU LIANO M en la obra colectiva Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria Dirección L Pinar Mañas y E Beltran Sánchez Ed Civitas Madrid 1997 pp 334 342

El derecho de rescisión, supone una manifiesta excepción a las reglas de derecho común de los contratos, sin embargo, como afirma M PASQUAU LIANO, también supone la más importante protección que se concede a los compradores a distancia. La razón de este plus proteccionista se encuentra, según el autor en una desconfianza realista en el principio de autonomía de la voluntad en este sector de la contratación, ya que las condiciones en las que el consumidor presta inicialmente su consentimiento no aseguran un soporte de libertad que conduzca a una verdadera voluntad contractual (38). Evidentemente que hay contrato, pero la prestación del consentimiento del consumidor no llega a propiciar el acuerdo de voluntades entre ambas partes, en tanto en cuanto, la voluntad del consumidor se ha formado como consecuencia de la oferta realizada a un gran público, sin posibilidad de una negociación individualizada.

6 Suministro de un bien no solicitado — El artículo 9 de la Directiva se refiere a la posibilidad de que el proveedor suministre bienes y servicios sin la solicitud previa del consumidor. Ante esta práctica totalmente nociva y agresiva para el consumidor, el cual está ajeno al motivo de la recepción de un pedido no solicitado, y, en ocasiones no sabe en qué sentido actuar, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para prohibir estas acciones, cuando el envío del pedido no solicitado lleve aparejada una petición de pago y para dispensar al consumidor de toda contraprestación sin que la falta de respuesta por su parte pueda considerarse como un consentimiento para obligarse.

En este sentido, la normativa española es sumamente drástica al indicar que si el consumidor recibe un pedido no solicitado, no está obligado a su devolución ni tampoco a pagar el precio, es decir, prevé la posibilidad de que el consumidor haga suyo el bien enviado (39), sin perjuicio de la infracción y la posible sanción que pueda recaer sobre el proveedor (art 42 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista). Únicamente en el caso de que el envío lo haya realizado el proveedor por error, quedara en entredicho esta posibilidad de apropiación del bien por parte del consumidor, si bien, lógicamente, la carga de la prueba entendemos que ha de recaer sobre el que realiza el envío.

7 Acciones judiciales y administrativas —Todos estos derechos que la Directiva prevé para la defensa de los consumidores quedarían, en buena parte, mermados si la normativa no estableciera un sistema de garantías para exigir la observancia de los mismos por parte del proveedor. Por este motivo, el artículo 11 del texto comunitario obliga a los Estados a que adopten las medidas necesarias y eficaces para que el interés de los consumidores se vea efectivamente protegido. Todas estas medidas como no podría ser de otra forma, se han de adoptar de conformidad con la ley nacional de cada uno de los Estados miembros, lo cual está de acuerdo con el artículo 8.2 del Código civil.

(39) Sobre la naturaleza jurídica de esta exención de la obligación de devolver o de pagar la cual podría considerarse como una donación Vid MARÍN LÓPEZ en la obra colectiva Ordenación del comercio minorista Comentarlos a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996 ambas de fecha 15 de enero Coordinación Anmany Manubens y asociados Ed Praxis Barcelona 1996 p 313 En el mismo sentido BERCOVITZ R y CARRASCO A , Borrador de Anteproyecto de Ley de Ventas por Correo Estudios sobre consumo, n ° 21 p 46

VI. LOS CONTRATOS

TRANSFRONTERIZOS NEGOCIADOS A DISTANCIA

La importancia de esta modalidad de contratos se pone de manifiesto en el Derecho internacional privado comunitario cuando los mismos se negocian entre partes que se encuentran en distintos Estados miembros (40). Así lo entiende la Directiva, la cual se refiere en su Exposición de Motivos de una forma directa a esta posibilidad, entendiendo que para alcanzar los objetivos del mercado interior y que verdaderamente exista la libre circulación de bienes y servicios, los consumidores deben de poder acceder a los mismos, aunque éstos se encuentren en otro Estado miembro, en las mismas condiciones que la población de dicho Estado. En este sentido, la venta transfronteriza a distancia puede ser para los consumidores una de las principales manifestaciones del establecimiento del mercado interior, de modo que éstos puedan dirigirse a una empresa fuera de su país, aunque dicha empresa tenga una filial en el país de residencia del consumidor. Asimismo, la Directiva es consciente de las posibilidades para la contratación que la aparición de las nuevas tecnologías lleva aparejada y, como consecuencia de esta evolución de la toma de posición de las distintas empresas en su afán de ofrecer al consumidor sus bienes o servicios, con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre las mismas en el mercado interior. Por este motivo, se hace necesaria la introducción en el ámbito de la Unión de unas normas mínimas que protejan al consumidor en este tipo de contratación sin que le impidan su acceso a las diversas ofertas hechas en el territorio de toda la Comunidad.

Atendiendo a esos caracteres nos encontramos ante un contrato de consumo, cuya modalidad es la negociación a distancia a través de diversas técnicas de comunicación, por lo tanto, hemos de referirnos seguidamente a los problemas que conlleva la ley aplicable al mismo y la competencia judicial internacional.

(40) GOYENS M y Vos E Les litiges de consommation transfrontières dans la Communauté économique européenne état des lieux et perspectives REDC 1994/4 pp 207 y ss

1. Ley aplicable

En principio, el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (41), se refiere a la autonomía de la voluntad de los contratantes, como criterio fundamental a la hora de elegir la ley que va a regir sus obligaciones contractuales (art. 3); sin embargo, para ciertos contratos en los que existe una parte débil, la cual es necesario que se vea investida de una protección especial, como sucede en el caso de los consumidores, el art. 5 del Convenio contiene una norma específica que se dirige a esta finalidad y, así establece que, en este tipo de contratos, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá privar al consumidor de la protección que le aseguren las normas imperativas de la ley del país en el que el mismo tenga su residencia habitual (42); es decir, el Convenio no prohíbe que las partes hagan uso de su autonomía de la voluntad, pero este ejercicio queda limitado, en defensa del consumidor, por las normas imperativas del Estado en el que el mismo tiene su residencia habitual (43), de modo que la ley elegida únicamente se aplicará en su integridad cuando proporcione mayor protección o una protección equivalente a la que realiza la ley de la residencia habitual del consumidor (44). De este modo y, como indica L. FUMAGALLI, el artículo 5 del Convenio de Roma pone de manifiesto la superación de la tradicional concepción de la neutralidad de la norma de conflicto, según la cual, la valoración material de los intereses en juego debe quedar fuera de la función de dicha norma.

El esquema clásico de la norma de conflicto, según el cual, la justicia conflictual no tiene por qué coincidir con la justicia material, decae en el sistema de Derecho internacional privado comunitario, el cual dispone de mecanismos que aseguren la tutela del contratante débil (45).

(41) BOE núm 171 de 19 de julio de 1993, corrección de errores, BOE núm. 189 de 9 de agosto de 1993

(42) La referencia al lugar de la residencia habitual del consumidor como criterio protector del mismo, ha sido criticada por algún sector doctrinal al entender que hubiera sido preferible que el Convenio hubiese utilizado criterios alternativos, como sucede en el Convenio de Bruselas ya que es posible que la ley de la residencia habitual del vendedor pueda resultar más beneficiosa para el consumidor. Así, POCAR, F., La protezione de la parte faible en droit international privé R des C 1984-V, pp 392 y ss. En sentido parecido, GIARDINA A. Il contributo dei paesi membri del nord-Europa alla revisione della disciplina comunitaria della giurisdizione. En obra colectiva Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE Dirigida por E Jayme y L F Forlani. Ed Cedam, Padova, 1990, p 12.

(43) La utilización de este criterio de conexión ha sido criticado por algún sector doctrinal, en tanto en cuanto, puede que la legislación más protectora no sea aquella de la del país en el cual reside el consumidor, ya que en los últimos años las legislaciones de los Estados miembros han evolucionado hacia la protección del consumidor, de modo que es posible que la legislación del país de la residencia habitual del vendedor sea más beneficiosa para el consumidor. Vid SALVADORI, M M., Protezione del contraente debole (consumatore e lavoratore) nella convenzione di Roma. En obra colectiva La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali. Dirigida por G Sacerdoti y M Fngio. 2ª Ed. Editorial Giuffrè Milán, 1994, pp 132-133.

(44) Nos encontramos con una técnica normativa que en Derecho internacional privado se ha denominado normas materiales relativamente imperativas. Al respecto vid FERNANDEZ ROZAS, J C y SÁNCHEZ LORENZO, S., Curso de Derecho internacional privado. Ed Civitas, Madrid, 1992, p 410.

Dicha protección se le otorgará al consumidor en los siguientes casos:

a) Si la celebración del contrato hubiera sido precedida en el país de su residencia habitual por una oferta o por publicidad especialmente dirigida al consumidor y éste hubiera realizado en este país los actos necesarios para la celebración del contrato b) Si el comerciante o su representante hubieran recibido en el país de la residencia habitual del consumidor el encargo, c) Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado del Estado de su residencia habitual a un país extranjero y allí hubiera realizado el contrato, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

(45) FUMAGALLI, L., Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra Diritto comunitario e Diritto internazionale privato. Riv di Diritto internazionale privato e processuale, 1994, n° 1, pp 22-23.

(46) En el informe realizado por GIULIANO y LAGARDE al convenio, los autores manifiestan que el artículo 5.2 del mismo debe cubrir, entre otras, las ventas por correspondencia, a propósito de las cuales el comerciante debe haber hecho ciertos actos, especialmente dirigidos hacia el país del consumidor, como la publicidad a través de la prensa, radiotelevisión, cine o catálogos. JOCE n° C 282/1980, pp 23 y ss.

(47) KRAMER, L. La CEE et la protection des consommateurs. Trad Fr Fallón Bruselas, 1988, p 341-342. El autor pone de manifiesto cómo la publicidad transnacional cobra importancia en medios de comunicación tales como la radio o la televisión y como las decisiones de un tribunal de un Estado comunitario acerca de la publicidad engañosa o manipulada podrían tener la misma vigencia en otros Estados comunitarios.

La modalidad del contrato de consumo que estamos analizando se podría dar en los dos primeros supuestos, ya que cabe la posibilidad de que en los mismos se utilice una técnica de comunicación a distancia, como la televisión, correspondencia, ordenador (46), etc. (47), no así en el tercer caso, ya que una de las características de esta modalidad de contratos celebrados por los consumidores es que no exista la presencia simultánea de las dos partes contratantes, de forma que ésta se sustituye por la utilización de una técnica de comunicación a distancia (48), y, cuando el consumidor se desplaza a un país extranjero, en un viaje organizado por el vendedor, el que «incita» a consumir es el propio vendedor o sus encargados personalmente, dado que una de las principales bases con las que cuenta esta modalidad de contrato de consumo y, por eso recibe una especial protección, es el poder de persuasión que ejercen los vendedores sobre los consumidores, los cuales estaban dispuestos a viajar, tal y como se les ofreció en un principio, pero no estaban preparados para adquirir ningún bien. Es justamente la presión del vendedor la que determina la celebración del contrato de consumo en la mayoría de las ocasiones.

Si la ley de la residencia habitual del consumidor le proporciona una protección alta, éste no va a tener ningún problema a la hora de realizar un contrato transfronterizo. El efecto negativo se presenta para el consumidor cuando la ley de su residencia habitual no le ofrece una protección suficiente, de modo que, dentro de su capacidad negociadora y, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, y, considerando además que el Convenio es de carácter abierto o universal, podrá optar por cualquier otra normativa que le sea más favorable; sin embargo, dado el tipo de contratos ante el que nos encontramos en los que la oferta se realiza de una forma

generalizada y única a toda una comunidad de consumidores, la posibilidad de negociar las diversas cláusulas del contrato de forma individualizada por parte del consumidor va a ser mínima, y lo más normal es que el proveedor elija de forma unilateral una ley por la cual obtenga más ventajas, como podría suceder si el contrato se rige por la ley de un tercer país no comunitario.

Por este motivo, el legislador comunitario se ha querido asegurar que en el territorio de la Unión los consumidores queden especialmente protegidos estableciendo unos mínimos que han de ser respetados por las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

Fruto de esta orientación es el artículo 7 del Convenio de Roma, el cual estipula que si las partes, haciendo uso de su autonomía negocial, acuerdan la aplicación de la ley de un tercer país al contrato de consumo, ya pertenezca éste o no a la Unión Europea, podrán aplicarse las disposiciones imperativas de la ley otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si, y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rijan el contrato, sin embargo, la eficacia de este precepto ha sido puesta en entredicho en numerosas ocasiones por la doctrina, ya que, como establece el artículo 22.a) del propio Convenio, las partes contratantes podrán reservarse el derecho de no aplicarlo (49), asimismo, el precepto indica que «podrá darse efecto», por lo que hay que entender que es el juzgador el que ha de valorar la necesidad de la aplicación o no de estas normas imperativas, incluso podrá simplemente tener en cuenta sólo algunos aspectos a fin de hacerla compatible con la *lex contractus* (50).

Como consecuencia del carácter facultativo de la aplicación del artículo 7.1 del Convenio de Roma, es necesario que la protección al consumidor quede garantizada en relación con ciertas modalidades de celebración del contrato de consumo. En esta línea se sitúa la Directiva que estamos analizando, al establecer en su art 12 el carácter imperativo de sus disposiciones, de modo que, los consumidores no podrán renunciar a los derechos que en ella se les reconocen a la vez que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que los mismos no queden privados del halo de protección otorgado por sus normas, como consecuencia de la elección del derecho de un tercer país, cuando el contrato presente los vínculos más estrechos con el territorio de uno o más Estados miembros; es decir, la Directiva indica, en primer lugar, que la ley aplicable al contrato podrá ser la determinada por la autonomía de la voluntad de las partes, pero esta autonomía no regirá si la ley elegida para la regulación del contrato de consumo priva al consumidor de la protección que le otorga la Directiva (51). Así pues es una Directiva de «mínimos», en tanto en cuanto, las legislaciones nacionales pueden arbitrar regulaciones más beneficiosas para el consumidor que las que se vertebran en la misma (art. 14) De este modo, los preceptos contenidos en la Directiva inciden sobre el derecho material interno de los Estados miembros modificándolo en aras de la garantía de la protección del consumidor, adquiriendo así el carácter de normas materiales imperativas (52)

(48) Así, el art 38 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, señala que «Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza»

(49) Han formulado reservas en este sentido Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo y Portugal.

(50) PÉREZ BEVIA, J A , Las obligaciones contractuales En Lecciones de Derecho civil internacional AAW Ed Tecnos Madrid, 1996, pp 280-281.

(51) En este mismo sentido se expresa la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 6 2 DOCE n ° L 95/29, de 21 de abril de 1993.

Un nuevo interrogante que se nos presenta a continuación radica en determinar las pautas que se han de tener en cuenta para afirmar que el contrato de consumo posee los vínculos más estrechos con un país en concreto Al respecto, el Convenio de Roma en su artículo 5 3 se pronuncia a favor de la utilización del lugar de la residencia habitual del consumidor Asimismo, el artículo 7 1 in fine del Convenio señala que para decidir si deben entrar en juego las normas imperativas de ese Estado con el que el contrato presenta vínculos más estrechos el aplicador del derecho tendrá que tener en cuenta la naturaleza y objeto de estas disposiciones, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación Como indican GIULIANO y LAGARDE en su informe, las pautas que ofrece este precepto son demasiado vagas e imprecisas, dejando un amplio margen de discrecionalidad al juez en cuanto a su aplicación o no.

Independientemente de la veracidad de esta afirmación, actualmente observamos cómo en el ámbito de la Unión Europea ya se van perfilando y concretando las normas imperativas de los Estados miembros que el juez ha de aplicar obligatoriamente y ello se está consiguiendo justamente a través de Directivas, como la que estamos estudiando, las cuales en su articulado contienen un mandato, tanto para el legislador como para el juzgador nacional, en cuanto al desarrollo y aplicación imperativa de sus normas.

Así pues, el juzgador, una vez que entre en vigor la Directiva no tendrá la amplia capacidad de decisión que le otorga el Convenio de Roma en cuanto a la aplicación o no de la normativa referida a los contratos de consumo concluidos a través de una técnica de comunicación a distancia sino que, estará constreñido a observar de forma rigurosa lo preceptuado en la Directiva, ya que, la naturaleza de estas disposiciones es imperativa en todo el territorio de la Unión Europea y su objeto radica en otorgar al consumidor ciertas garantías en cuanto a su protección, por lo tanto, el juzgador no tendrá necesidad de interpretar la normativa, dado que la misma está claramente determinada.

En este sentido y, a modo de conclusión, podemos afirmar que las partes gozarán de autonomía conflictual para elegir la ley aplicable a su contrato de consumo, realizado a través de una técnica de comunicación a distancia, sin embargo, en la elección de esta ley el consumidor no podrá renunciar al halo protector que le otorga lo preceptuado en la Directiva, siempre y cuando tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, como especifica el artículo 5 2 del Convenio de Roma. Somos conscientes de que es posible que esta ley no sea la más idónea para proteger al consumidor, pero no es menos cierto que con esta ley es con la que el consumidor está más familiarizado al ser el medio natural en el que desarrolla su vida cotidiana y, por lo tanto, resulta ser una ley mucho más asequible, en cuanto a su conocimiento, a la parte débil que es a la que se trata de proteger.

En este sentido, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, señala en su artículo 3 que la citada Ley será de aplicación a las cláusulas de las condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española, aplicándose también a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en el territorio español y además tenga en éste su residencia habitual, dejando a salvo lo que prescriban los convenios internacionales. Observamos pues, cómo la legislación española es más restrictiva que la normativa comunitaria, en tanto en cuanto exige para su aplicación que concurra, junto con la residencia habitual del consumidor en España, que este haya emitido en nuestro Estado su declaración negocial (53)

(52) No obstante algún sector doctrinal ha negado la necesidad del establecimiento de estas normas específicas dirigidas a la protección del consumidor toda vez que el mismo ya se encontraba suficientemente protegido y prácticamente en la totalidad de los casos por la acción del artículo 5 2 del Convenio de Roma. Vid JAYME E y KOHLER Ch L interaction des regles de conflict contenues dans le droit derive de la Communauté europeenne et des conventions de Bruxelles et de Rome Journal Clunet de Droit International privé 1995 n°1 pp 28 29.

(53) El texto incluido en este artículo no concuerda con la Exposición de Motivos de la Ley en la cual se indica que en los contratos se regula también su ámbito de aplicación tanto territorial como objetivo siguiendo en lo primero el criterio de la inclusión no solo de los contratos sometidos a la legislación española sino también de aquellos contratos en los que aun sometidos a la legislación extranjera la adhesión se ha realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia o el domicilio » Observamos pues como en el texto del articulado el criterio del domicilio se ha suprimido y solo se contempla el de la residencia habitual junto con el requisito de que la adhesión se haya realizado en España.

2. Competencia judicial internacional

Todas estas medidas de protección al consumidor no tendrían ninguna virtualidad si éste no dispusiera de las acciones necesarias para hacer valer sus derechos en el caso de su inobservancia por parte del comerciante. Al respecto son numerosas las posibilidades con las que el consumidor cuenta para lograr este fin (54), sin embargo no nos vamos a detener en el estudio pormenorizado de estos medios, porque excedería del propósito de este trabajo, sino que nos vamos a limitar al análisis del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Los foros de competencia especial en materia de contratos de consumo se establecen, en los artículos 13 14 y 15 del Convenio,

a) El artículo 13 del Convenio señala una serie de supuestos en los que se podrá demandar al vendedor, atendiendo a la especialidad del contrato de consumo, si bien, el foro de competencia judicial internacional lo establece en el precepto siguiente. Estos supuestos son los siguientes:

- Cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías.
- Cuando se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes
- Para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías.

1 °) Si la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor de una oferta especialmente hecha o de publicidad.

2 °) El consumidor hubiese realizado en ese Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

— Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado contratante, pero poseyere una sucursal, agencia, o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado (55)

b) En el artículo 14 se establece el foro de competencia especial por razón de la materia para conocer de los litigios mencionados en el artículo anterior. Éstos son:

1 °) El consumidor podrá entablar una acción contra su cocontratante ante los tribunales del Estado contratante en el que estuviera domiciliado, o ante los tribunales del Estado en el que estuviere domiciliado el consumidor.

2 o) Si, por el contrario el que ejercita la acción es el vendedor, la misma sólo podrá ejercitarse ante los tribunales del Estado en el que estuviere domiciliado el consumidor.

c) El artículo 15 regula el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro de competencia, siempre y cuando esta elección beneficie al consumidor. Así, el párrafo tercero prevé la posibilidad de que si el consumidor y su contratante están domiciliados o tienen la residencia habitual en un mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, puedan atribuir competencia a los tribunales de dicho Estado, a no ser que la ley de éste prohibiere tales convenios.

Analizando los preceptos sobre la competencia observamos que los mismos también se dirigen de forma clara a la protección del consumidor, toda vez que éste puede utilizar el foro de competencia que mas le convenga su propio domicilio o el del vendedor, mientras que este último sólo puede acceder al foro del domicilio del consumidor. Precisamente, para que el consumidor pueda ejercitar las acciones correspondientes es por lo que se exige en los contratos con consumidores celebrados por medio de una técnica de comunicación a distancia que una vez formalizado éste por escrito, conste la dirección geográfica del establecimiento del proveedor, toda vez que si ello no fuera así, el consumidor quedaría desprotegido, en relación a la utilización de uno de los posibles foros de competencia judicial internacional.

(54) Al respecto vid ALPA C Nuevos aspectos de la tutela del consumidor La Ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998 Trad por S Díaz Alabart Anuario de Derecho Civil 1999 n°1 pp 15 a 30 especialmente pp 22 a 30 BADENAS CARPIÓ J M LOS litigios transfronterizos notas al libro verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único europeo Estudios sobre consumo 1994 n ° 29 pp 39 53.

(55) En relación con la noción de agencia sucursal etc se ha pronunciado el Tribunal de justicia de la Comunidad Europea en el Asunto 33/78 Somafer S A/Saar Ferghas AG Recop 1978 p 2183 y ss indicando que la noción de agencia sucursal o cualquier otro establecimiento implica un centro de operaciones que se manifiesta de forma estable hacia el exterior como la prolongación de una sociedad madre pro vista de una dirección y materialmente equipada para poder negociar asuntos con terceros de forma que estos sabiendo que un eventual vínculo se establecerá con la casa madre cuya sede esta en el extranjero están dispensados de dirigirse directamente a esta y pueden concluir negocios en el centro de operaciones que constituye su prolongación.

La utilización del domicilio como foro de competencia no ha sido especialmente bien recibida por la doctrina, en tanto en cuanto, la determinación de si una persona esta domiciliada en el territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, se hará de acuerdo con las normas autónomas de dicho Estado Al acercarnos a la normativa interna de los Estados contratantes para averiguar qué señalan las misma en torno al concepto de domicilio, observamos que las disposiciones legales internas utilizan criterios que en absoluto gozan de unanimidad, de modo que cada Estado miembro establece requisitos diferentes para considerar a una persona como domiciliada en su territorio (56) Asimismo, el artículo 53 del Convenio señala que «a los efectos del presente Convenio, la sede de las sociedades y otras personas jurídicas quedará asimilada al domicilio. Sin embargo, para determinar dicha sede el tribunal que conociere del asunto, aplicará las reglas de su Derecho internacional privado». Este precepto determina, en definitiva, que el domicilio de las sociedades y las personas

jurídicas se ha de encontrar donde radique su sede. Ahora bien, para determinar en que lugar se ha de localizar su sede, el tribunal que conociere del asunto habrá de aplicar sus propias reglas de Derecho internacional privado. De este modo, si la controversia se planteara ante nuestros tribunales, éstos han de determinar, de acuerdo con la ley nacional de la persona jurídica (art 9 11 del Código civil), en qué lugar radica su sede y, por lo tanto, a efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas, su domicilio.

(56) Sobre los distintos conceptos de domicilio en los Estados de la Unión vid TAMBURINI M Unificazione del Diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo En La unificazione del Diritto internazionale privato e processuale Studi in memoria de M Giuliano Padova 1989 pp 875-877.

Si relacionamos foro de competencia judicial internacional con la ley aplicable, observamos que ambas no tiene por qué coincidir, ya que el foro radica en el domicilio del proveedor o del consumidor, dependiendo de quien ejercite la acción, y la ley aplicable será la que las partes hayan elegido, siempre y cuando no queden sin aplicación las normas imperativas (las señaladas en la Directiva) de la ley de la residencia habitual del consumidor. Así pues, podrán coincidir tribunal competente y ley aplicable en los siguientes casos.

1 °) Cuando las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad a tenor del artículo 15 del convenio, acuerden que el foro de competencia va a radicar en los tribunales del Estado de la residencia habitual del consumidor, siempre y cuando dicho Estado no prohíba tales pactos.

2 °) También coincidirán cuando el demandante sea el consumidor y ejercite la acción ante los tribunales del Estado de su domicilio, en el cual también tiene su residencia habitual.

3 °) Cuando el demandante sea el proveedor y ejercite la acción ante los tribunales del domicilio del consumidor, en el cual también el consumidor tiene su residencia habitual.

4 °) Cuando el demandante sea el consumidor y ejercite la acción ante los tribunales del Estado del domicilio del proveedor, si en tal Estado tiene el consumidor su residencia habitual.

En el caso de que los tribunales españoles fueren competentes para conocer de un contrato de consumo realizado a través de una técnica de comunicación a distancia, a tenor del artículo 7 2 del Convenio de Roma, aplicarán las normas imperativas de nuestro Estado, en la actualidad, los artículos 38 a 48 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la cual a pesar de ser beneficiosa para el consumidor, se tendrá que adecuar a la Directiva antes del año 2 000. Así pues, el juez ha de proceder a una aplicación cumulativa de la *lex contractus* y de las normas imperativas del foro. No cabe duda, como han puesto de manifiesto GIULIANO y LAGARDE que la dificultad estriba en la atribución a una norma del carácter imperativo y de que el juez sea capaz de identificarla, sin embargo, en relación con la Directiva, esta dificultad es mínima, ya que los preceptos de carácter imperativo se encuentran contenidos en la misma y, por lo tanto, la labor interpretativa del aplicador del derecho no va a ser en exceso laboriosa.

A modo de conclusión podemos afirmar que el legislador comunitario ha querido investir de un halo de protección especial a la parte más débil en la contratación, como es el caso del consumidor, sin embargo, las prescripciones establecidas, tanto en el Convenio de Roma, como en el Convenio de Bruselas no han sido suficientes, por este motivo, ha tenido que ir perfilando la normativa aplicable a este tipo de contratos a través de Directivas de obligado cumplimiento en el territorio de todos los Estado miembros, sin que éstos tengan la opción de acatar o no su aplicación, como sucede con el art 7 1 del Convenio de Roma. De este modo la protección de los derechos del consumidor va encontrando su propio campo de actuación en el seno de la Unión Europea.

Colaboradores

ÁNGEL FERNÁNDEZ NOGALES

Es Profesor Titular del Área de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universidad Autónoma de Madrid. Es autor de varias publicaciones sobre Investigación en Marketing y Distribución Comercial. Tiene una amplia experiencia en la realización de Estudios de Mercado.

MÓNICA GÓMEZ SUÁREZ

Es Profesora Titular de Comercialización e Investigación de Mercados y coordinadora del Master de Marketing de la Universidad Autónoma de Madrid. Recibió el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de CC. Económicas y Empresariales de dicha Universidad (1997).

M.^a DOLORES ADAM MUÑOZ

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Córdoba de la que es profesora Titular de Derecho Internacional Privado. También desempeña actualmente el cargo de Defensora Universitaria

M.^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

Es Doctora en Derecho y Catedrática de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Barcelona. En la actualidad, además, es Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Sabadell. Ha participado, como autora, en los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Eder-

sa), en los Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Tecnos) y en los Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia.

MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid de la que es profesora en el Departamento de Derecho Privado, Económico y Social. Obtuvo el Primer Premio del Tercer Congreso de Derecho Procesal convocado por el Ilustre Colegio de Procuradores de Málaga.

RAFAEL RODRÍGUEZ VILLARINO

Es Licenciado en Psicología por la Universidad de Santiago de Compostela en las especialidades de Psicología Social y Clínica. Actualmente imparte la docencia práctica en la materia "Psicología de la Personalidad".

ROSA MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO

Es Licenciada en Psicología por la Universidad de Santiago de Compostela en las especialidades de Psicología Social y Educativa. Actualmente, es psicóloga de la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Ourense donde, entre otras actividades, coordina un programa de investigación y tratamiento de la adicción a la compra.