

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Por
AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los objetivos de la Comunidad Europea es garantizar un alto nivel de protección de los intereses económicos de los consumidores¹. Su proyección en la regulación de los contratos internacionales se ha articulado a partir de un «sistema doble»², compuesto por una norma de conflicto materialmente orientada, establecida en el art. 5 del Convenio de Roma de 1980³ (en adelante CR), y una serie de directivas comunitarias en la materia.

La complejidad y los problemas que conlleva dicho sistema doble no han pasado desapercibidos para la doctrina⁴. La necesidad de reformarlo es reclamada desde hace tiempo⁵, pero se ha hecho, sin duda alguna, más evidente tras la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre 2004 (en adelante STJCE)⁶.

¹ Así lo establece el art. 153.1 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE) y el art. 38 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que, si bien por ahora no es vinculante, podrá llegar a serlo, de entrar en vigor el Tratado por el que se establece una Constitución europea. En este sentido, deben tenerse en cuenta los arts. III-120 y 235 del proyecto, que sustituyen al art. 153 TCE y el art. II-98 que sustituye al art. 38 de la Carta.

² La expresión ha sido acuñada por *Vid. M. V. CUARTERO RUBIO*, «Comentario al art. 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 109 ss.

³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE num. 171, de 19 julio de 1993, corr de errores en BOE núm 189, de 9 agosto 1993).

⁴ Entre muchos otros, *vid. G. PIZZOLANTE*, «L'incidenza del Diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 377 ss; B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios: cuestiones de Derecho aplicable*, Madrid, Marcial Pons, 2003; B. VILA COSTA/M. GARDEÑES SANTIAGO, «Disposición Adicional Primera Tres», en T. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (Coords), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 296-302; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003; M. FALLON, «Le droit des rapports internationaux de consommation», *Journ. dr. int.*, 1984, pp. 765 ss.

⁵ Sirva como dato que en el Informe explicativo sobre el Convenio de Adhesión de Austria al Convenio de Bruselas ya se especificaba que la revisión de estas disposiciones debía tener lugar en una fecha próxima, habiéndose adjuntado una declaración en este sentido al acta de la Conferencia de los Gobiernos de los Estados (DOCE C 191, de 23 junio 1997, p. 11).

⁶ STJCE de 9 de septiembre de 2004, C-70/03, Comisión c. España, disponible en <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es> y DOCE C 262, 23 noviembre 2004.

En ella se condena al Estado español por la defectuosa incorporación en nuestro ordenamiento del art. 6.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas⁷ en el art. 10.bis.3 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸ (en adelante LDCU) y el art. 3 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁹ (en adelante LCGC)¹⁰.

De ella no sólo se deben extraer conclusiones acerca de la necesidad de modificar las disposiciones directamente afectadas, sino también sobre la idoneidad del resto de la normativa española de protección del consumidor para cumplir con los objetivos comunitarios. Asimismo, debe servir para reflexionar sobre la necesidad de revisar, en su totalidad, el sistema doble establecido por el legislador comunitario.

II. EL SISTEMA DOBLE DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ARTICULADO POR EL ARTÍCULO 5 DEL CONVENIO DE ROMA Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN LA MATERIA

2. Se entiende por contrato celebrado por consumidores aquel en el que intervienen un profesional y una persona que adquiere un bien o un servicio para una finalidad ajena a su actividad profesional¹¹. El legislador comunitario, al igual que la mayoría de legisladores nacionales, considera necesario, en estos contratos, proteger al consumidor por cuanto ocupa una posición contractual débil: no sólo cuenta con menos recursos para litigar sino que, además, los términos del contrato suelen venir predispuestos por el profesional, circunstancia que limita las posibilidades negociadoras del consumidor a su aceptación o rechazo¹².

Adicionalmente, cuando el contrato adquiere un carácter internacional los profesionales suelen incluir cláusulas de sumisión, que, en caso de litigio, obligan al consumidor a litigar ante los tribunales de Estados extranjeros —generalmente los del país donde está establecido el profesional—, y cláusulas de elección de ley, que le obligan a litigar de acuerdo con un Derecho extranjero que desconoce y que, además, puede no otorgarle ninguna protección¹³. La utilización del primer tipo de cláusulas resulta enor-

⁷ Directiva 93/13/CE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores (DOCE L 95, 21 de abril 1993, p. 29).

⁸ BOE núms. 175 y 176, de 24 de julio de 1984.

⁹ BOE núm. 89, de 14 de abril 1998.

¹⁰ La sentencia también condena a España por la defectuosa transposición del art. 5 de la Directiva, disposición de menor interés a efectos del Dpr. Sobre este aspecto de la sentencia, *vid.* J. GUILLEN CARAMÉS, «La incorrecta transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas al ordenamiento jurídico interno español», *Revista española de Derecho europeo*, num 15, 2005, pp. 431 ss.

¹¹ Entre otros, art. 2 Directiva 93/13, sobre el particular, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO: «Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores», *Revista General del Derecho*, 1993, p. 6772.

¹² *Vid.* F. POCAR, «La protection de la partie faible en Droit international privé», *Rec des Cours*, vol 188, 1984-V, pp. 339-417, esp. 372.

¹³ *Vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor contratante en el Derecho internacional privado», *REDI*, vol XXXVII, 1985-I, pp. 109-133, esp. pp. 114 y 115.

mamente limitada en los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001¹⁴. Para evitar que el segundo tipo de cláusulas conlleve un menoscabo en la protección del consumidor, el Dpr comunitario cuenta con el art. 5 CR y una serie de directivas sobre aspectos particulares de estos contratos.

3. De acuerdo con el apartado 2 del art. 5 del CR, la ley elegida por las partes para regular el fondo del contrato¹⁵ no podrá privar al consumidor del nivel de protección que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley del Estado de su residencia habitual. De no existir elección de ley, según establece el apartado 3, esta última ley resultará aplicable.

Ahora bien, estas disposiciones únicamente son invocables cuando se trata de «contratos que tengan como objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor» en los que concurren alguna de las circunstancias enumeradas en el apartado 2:

a) que la celebración del contrato haya sido precedida, en el país de residencia habitual del consumidor, de publicidad u oferta especialmente dirigida y que éste ha realizado en dicho Estado los actos necesarios para su celebración;

b) que el profesional o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país;

c) o que el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

No es preciso extenderse en el análisis de los problemas que esta disposición presenta para los contratos celebrados por medios electrónicos, pues no es ese el objeto del presente trabajo. Tan sólo debe apuntarse la necesidad de interpretar —y en el futuro modificar— la disposición, en atención a las condiciones de aplicabilidad establecidas en el art. 15 R. 44/2001: a) la protección debe extenderse a todos los contratos —con la posible excepción de los expresamente excluidos por los apartados 4 y 5 del art. 5 CR— con independencia de su objeto para, así, garantizar su aplicación a relaciones contractuales de difícil calificación, como las licencias de uso de software¹⁶; b) debe entenderse que las

¹⁴ Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12, de 16 enero 2001). El art. 16 otorga al consumidor la posibilidad de presentar la demanda ante el tribunal del lugar en el que estuviere domiciliado o ante los tribunales del Estado miembro donde está domiciliado el empresario. Asimismo, el art. 17, al cual se remite el art. 23.5, únicamente otorga efectos a las cláusulas de elección de foro en los siguientes supuestos: cuando sean posteriores al nacimiento del litigio; cuando permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección; o cuando, habiéndose celebrado el acuerdo entre un consumidor y un profesional domiciliados en el mismo Estado miembro, en el momento de la celebración del contrato, atribuya la competencia a los tribunales de dicho Estado, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos.

¹⁵ La ley aplicable a la forma del contrato viene determinada por el art. 9.5 CR: la ley del país de residencia habitual del consumidor.

¹⁶ En el mismo sentido *vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 3ª Ed, Madrid, Civitas, 2002, p. 517.

condiciones del apartado 2 se cumplen cuando el profesional ejerciere o dirigiere por cualquier medio sus actividades al Estado de residencia del consumidor¹⁷.

4. Cuando el contrato no reúne ninguna de estas condiciones se considera que el consumidor adopta una actitud activa –es él quien, sin previa publicidad, contacta con la empresa extranjera o se desplaza al Estado donde está establecida para que le suministre el bien o servicio– y, por lo tanto, no puede esperar que se aplique la ley de su residencia habitual. En consecuencia, el art. 5 no resulta aplicable. También quedan excluidos los contratos cuyo objeto es un bien inmueble o un bien incorpóreo –licencias de propiedad industrial o intelectual–, los contratos de financiación independientes y, en atención a los apartados 4 y 5, los contratos de transporte –salvo aquellos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento– y los de suministro de servicios que deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que tenga su residencia habitual.

En estos casos, el Derecho aplicable se determina por las normas de conflicto generales del art. 3 –ley elegida por las partes– o del art. 4 –ley del Estado de residencia habitual de la parte que debe llevar a cabo la prestación característica, es decir, el profesional–. En principio, esto puede implicar que si el profesional incluye una cláusula de elección de ley de un Estado poco protector de los derechos del consumidor o si está establecido en un Estado con estas características, el consumidor no reciba ningún tipo de protección.

Ahora bien, aquí es donde entran en juego las directivas comunitarias de consumo. Con independencia de la existencia del CR, a partir de los años ochenta el legislador empezó a adoptar directivas en esta materia con un doble objetivo: primero, garantizar un nivel mínimo de protección a los consumidores; segundo, equiparar las condiciones en las cuales los profesionales comercializaban sus productos y servicios a los consumidores en el mercado interior. De esta manera se colman las evidentes lagunas de protección del consumidor que presenta el art. 5 CR si bien, como veremos, exclusivamente para las personas residentes en la Comunidad. Gracias a estos instrumentos, estos consumidores no pueden quedar, en ningún caso, completamente desprotegidos.

5. A partir de 1993¹⁸, con la excepción de la Directiva 94/47 de *timesharing*¹⁹, que incluye un criterio de localización específico, todas estas directivas obligan a

¹⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol II (6ª Ed), Granada, Comares, 2005, p. 408.

¹⁸ Antes de ese año se habían adoptado tres directivas en materia de consumo: a) la Directiva 85/577 referente a contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (DOCE L 372, 31 diciembre 1985), que no contiene ningún criterio de localización; b) la Directiva 87/102 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L 42, 12 febrero 1987) que establece en su art. 14.1 que «los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se sustraigan, en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva»; c) y la Directiva 90/314 de 13 de junio de 1990 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE L 158 de 23 junio de 1990), que contiene un criterio de conexión rígido puesto que, de acuerdo con su art. 1, sus disposiciones alcanzan únicamente a los viajes vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la Comunidad.

¹⁹ Directiva 94/47 de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280, de 29 octubre de 1994).

los Estados miembros a garantizar, cuando las partes hayan elegido la ley de un tercer Estado, la aplicación de sus disposiciones siempre que la situación presente un vínculo estrecho con el territorio comunitario²⁰. Los Estados son libres a la hora de elegir los medios para asegurar ese resultado, tal y como indica el art. 249 TCE.

6. Unos Estados miembros han optado por establecer *normas de conflicto bilaterales* que establecen la necesaria aplicación de las disposiciones nacionales de transposición de las directivas del Estado miembro con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. A la hora de transponer la Directiva 93/13, han optado por esta opción Dinamarca, Suecia y Alemania²¹. Se trata de normas de conflicto especiales que, en atención al art. 20 CR y puesto que son de producción comunitaria, resultan aplicables con carácter prioritario al CR para determinar la ley aplicable a las cuestiones del contrato cubiertas por las directivas.

Esta alternativa es la más adecuada desde el punto de vista conflictual, puesto que sujeta la cuestión a la ley que tiene una mayor vinculación con la situación. No obstante, el establecimiento de una norma de conflicto especial por cada una de las directivas conlleva un aumento en la complicación de un sistema ya de por sí complejo, como consecuencia del número de normas a tener en cuenta. Asimismo, es una solución reprochable desde el punto de vista del Derecho comunitario puesto que, en ocasiones, puede derivar en un incumplimiento del mandato de las directivas: el Estado miembro cuyos tribunales están conociendo del litigio incurrirá en una infracción cuando la norma de conflicto designe la ley de un Estado miembro que no ha incorporado o ha incorporado defectuosamente una directiva²². En fin, puede ser una solución ineficiente para salvaguardar el objetivo comunitario en la materia, puesto que, en países como España, salvo que el juez considere necesaria su actuación de oficio²³, el consumidor se puede ver obligado a llevar a cabo la prueba del Derecho extranjero del Estado miembro designado por la norma de conflicto.

7. Otros Estados miembros han adoptado *normas de extensión* que establecen los supuestos internacionales en los que las normas de incorporación de las directivas de consumo son de aplicación internacionalmente imperativa²⁴. En mi opinión, España,

²⁰ En concreto, aparte de la Directiva 93/13, se han adoptado: la Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos celebrados a distancia (DOCE L 144, 4 junio 1997); Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171/12 de 7 julio 1999); y Directiva 2002/65 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 L 271, de 9 octubre de 2002).

²¹ La traducción al español de estas normas puede encontrarse en B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos...*, 2003, pp. 66-68.

²² Este fue precisamente el problema de base de los asuntos «Gran Canarias» del *Bundesgerichtshof* de 19 marzo de 1997 en relación con la Directiva 85/577, la cual no había sido incorporada al Derecho español (vid. *Rev. crit. droit int. privé*, vol 87, 1998, p. 610, nota P. LAGARDE).

²³ Algunos autores opinan que los jueces están obligados a probar de oficio el Derecho extranjero cuando viene señalado por una norma de conflicto materialmente orientada (vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, (6ª Ed), Granada, Comares, 2005, p. 252. No obstante, esta postura doctrinal no ha sido confirmada por la jurisprudencia).

²⁴ Sobre las normas internacionalmente imperativas, vid. T. C. HARTLEY, «Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach», *Rec des Cours*, vol 266, 1997, pp. 337-426, esp. 345-349; A. BONOMI,

junto con al menos Grecia, Francia, Portugal, Irlanda y Reino Unido, han optado por esta segunda opción a la hora de incorporar la Directiva 93/13. Aunque hay autores que consideran que el art. 10.bis.3 LDCU y, por extensión, el resto de normas españolas de transposición de las directivas son normas de conflicto bilaterales²⁵, la calificación que proponemos nos parece más apropiada por tres razones.

Primero. Las normas de incorporación de las directivas de consumo tienen una naturaleza imperativa en Derecho interno. Resultaría imposible garantizar los objetivos de la Directiva 93/13 si no se decretara la nulidad de Derecho de las cláusulas abusivas o si no se impidiera que los derechos de los consumidores puedan ser derogados por disposición contractual. Aunque el art. 6.2 de la Directiva 93/13 no lo diga expresamente, en el resto de directivas el «carácter imperativo» de sus normas viene establecido en la disposición que obliga a los Estados a garantizar su aplicación en supuestos estrechamente vinculados con la UE²⁶.

Segundo. Son normas que defienden intereses a los que el foro (comunitario) les otorga una gran importancia: la protección de los intereses económicos de los consumidores. Por ello, las directivas exigen su aplicación cuando las partes han elegido un Derecho extranjero aplicable al contrato²⁷. En este sentido, España está obligada a

Le norme imperative nel diritto internazionale privato, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, p. 139. Sobre estas normas en materia de consumo, vid M. FALLON/S. FRANÇO, «Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?», en J. BASEDOW y otros, *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 155 ss.

²⁵ Esta calificación de las normas españolas no es sostenida por autores como M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN para quienes el art. 10.bis.3 LDCU constituye un «regla de conflicto especial para un «item» contractual concreto (las cláusulas abusivas)», (M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Comentarios al art. 3», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 145-229, esp. 178; en el mismo sentido, vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa», *La Ley*, num. 6242, 2005, p. 1 ss, esp. 3). Con independencia de admitir que la cuestión merece ser tratada con detenimiento, en mi opinión esta interpretación es merecedora de dos objeciones. En primer lugar, si bien es cierto que el art. 10.bis.3 LDCU habla de «las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas», su ubicación sistemática parece indicar que se refiere a las normas establecidas en los apartados anteriores de la disposición, es decir, las normas españolas. En segundo lugar, se trataría de una norma de conflicto aplicable con independencia de otra norma de conflicto, la elección por las partes de Derecho aplicable. Esta circunstancia es perfectamente admisible: unos aspectos del contrato se regulan por la norma general (ley elegida) y otros por la norma especial (norma sobre cláusulas abusivas). Ahora bien, resulta imposible determinar el supuesto de hecho de esa norma de conflicto especial, es decir, los aspectos del contrato regulados por la norma. Ello es debido a que no estamos ante una norma de conflicto, sino ante una norma de extensión que determina la aplicación imperativa a supuestos internacionales de otras normas (las de protección frente a las cláusulas abusivas).

²⁶ Por ejemplo: art. 12 Directiva 97/7, art. 7 Directiva 99/44.

²⁷ Para A. QUINONES ESCAMEZ el hecho de que las normas de incorporación sean aplicables cuando existe una elección de ley de un tercer Estado pero no en los supuestos en los que se aplica la ley de un Estado no comunitario sin que exista una elección de ley impide considerar que estas normas tienen una naturaleza internacionalmente imperativa. Su finalidad exclusiva es limitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad. (Vid A. QUINONES ESCAMEZ, «Incorrecta transposición de la noción de vínculo estrecho con el territorio comunitario de las directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, As. 70/03, *Comisión c. España*)», *Revista de Derecho comunitario europeo*, num 21, 2005, pp. 535-551, esp. 545). A mi modo de ver, la ausencia de estos supuestos constituye un defecto de las directivas que debe ser subsanado mediante el desarrollo judicial de la norma. No obstante, incluso si se admitiera que no es un defecto y que el legislador comunitario quiso decir eso, no por ello la norma deja de tener

garantizar el cumplimiento de este objetivo en todas las situaciones vinculadas con la Comunidad, con independencia de la conexión o no con el Estado español.

Tercero. El legislador comunitario exige su aplicación en supuestos que tienen una estrecha vinculación con el territorio comunitario. Para cumplir este mandato, en el ordenamiento interno se ha establecido una norma de extensión que determina a qué supuestos internacionales se extiende la aplicación de normas imperativas del foro derivadas de la incorporación de las directivas.

8. Siendo así las cosas, las normas españolas de incorporación de las directivas de consumo —y del resto de Estados que han optado por la segunda alternativa— resultan aplicables a partir del art. 7.2 CR. Según esta disposición, el tribunal está obligado a aplicar las normas internacionalmente imperativas —o leyes de policía— del Estado del foro con carácter preferente sobre la *lex contractus*. Efectivamente, siempre que las partes hayan elegido el Derecho de un tercer Estado, el juez español aplicará las normas que incorporan la directiva en cuestión, cuando la situación presente un estrecho vínculo con el territorio de uno o varios Estados miembros.

Esta extensión del ámbito de aplicación espacial de la norma hace innecesario el recurso al art. 7.1, el cual faculta al juez español a dar efectos a las normas internacionalmente imperativas establecidas en el ordenamiento de un tercer Estado estrechamente vinculado con la situación. Además, el recurso a esta disposición podría presentar problemas: a) el cumplimiento por un Estado del mandato establecido en la Directiva se está condicionado a lo que establezca el Derecho de otro Estado miembro; b) ese otro Estado puede no haber incorporado la directiva —no será el caso de la Directiva 93/13 pero sí el de otras más recientes— o lo puede haber hecho defectuosamente; c) el Derecho de ese otro Estado miembro puede no prever la aplicación de sus normas de incorporación en esa situación.

9. Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la utilización de normas de extensión es plausible. Cada Estado miembro está obligado a defender a todos consumidores de contratos que presentan una estrecha vinculación con la Comunidad. No existe una división de responsabilidades entre los Estados miembros en atención a la mayor proximidad que unos contratos pueden presentar con unos Estados y no con otros. Consecuentemente, está justificado que la aplicación de la ley nacional se extienda a situaciones que no tienen ninguna conexión con el foro pero sí con otros Estados miembros: las autoridades españolas están defendiendo intereses comunitarios, no nacionales. Asimismo, la frecuente correlación *forum-ius* en los litigios sobre contratos internacionales de consumo facilita el cumplimiento del objetivo comunitario: el consumidor no va a tener que probar el Derecho extranjero, puesto que siempre se aplican las normas internacionales imperativas del ordenamiento del foro que incorporan las directivas.

un carácter internacionalmente imperativo. La única consecuencia sería que los supuestos internacionales a los que se extiende la aplicación imperativa de las normas de incorporación serían aquellos contratos que presentan un vínculo estrecho con uno o varios Estados miembros en los que existe una cláusula de elección de ley de un tercer Estado.

Algunos autores consideran que esta solución es contraria al principio de reconocimiento mutuo en las relaciones intracomunitarias. Ello se fundamenta en que las normas españolas de incorporación de las directivas tendrían «un ámbito de aplicación espacial capaz de constituir [una] restricción [injustificada al ejercicio de las libertades de circulación]»²⁸. La afirmación es criticable. La protección del consumidor ha sido generalmente admitida por el TJCE como una excepción justificada a la libre circulación de mercancías y servicios²⁹. Asimismo tanto el art. 153.5 TCE como las directivas autorizan a los Estados a otorgar un nivel de protección del consumidor más elevado siempre que se asegure la compatibilidad con el Tratado³⁰. Del mismo modo, aun admitiendo que podría generarse un obstáculo injustificado al tráfico intracomunitario cuando la norma fuera desproporcionada con el fin perseguido, no por ello debe modificarse la norma de Dopr. —la norma de extensión— pues, como bien ha dicho la doctrina, el obstáculo lo genera la norma material designada, no la norma de Dopr. —salvo que sea discriminatoria—³¹. Efectivamente, la norma española de incorporación de una directiva de consumo aplicada por el juez español, *ex art.* 7.2, puede ser más beneficiosa para el profesional que la establecida por la ley del Estado donde está establecido. Si efectivamente la norma material española produjera un obstáculo desproporcionado, para garantizar la libre prestación de servicios o la libre circulación de mercancías el juez deberá dejar de aplicar o modular la aplicación de esa norma material en particular³² pero, en ningún caso, es precisa la modificación de la norma de extensión.

10. Desde un punto de vista de Dopr. se afirma que la utilización de normas de extensión puede dar lugar a soluciones imprevisibles e, incluso, injustas³³. El escenario tipo en el que se identifican estos problemas es el siguiente: contrato celebrado por un consumidor residente en España que adquiere un producto de un empresario domiciliado en Francia durante un viaje de negocios a ese país. En estos casos, no parece lógico que el consumidor resulte protegido por el Derecho español cuando se ha desplazado a otro mercado³⁴. Asimismo, el empresario francés no puede esperar que a ese contrato se le aplique la ley de la residencia habitual de cualquier consumidor que adquiere sus productos durante un viaje a Francia. Se afirma que lo lógico en estas situaciones es que resulte aplicable la ley del mercado en el que el consumidor ha contratado.

Estamos de acuerdo con esta solución, pero no creemos que la utilización de una norma de extensión la ponga en peligro. Si el empresario no ha incluido una cláusula de elección del Derecho de un tercer Estado, este resultado queda garantizado pues las

²⁸ Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación...», 2005, p. 3.

²⁹ J. STUYCK, «European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the Internal market?», *CMLRev.* 2000, pp. 367 ss, esp. 390 y la jurisprudencia del TJCE allí citada.

³⁰ En este sentido, pueden verse las cláusulas de mínimos de los art. 8 Directiva 93/13, art. 8 Directiva 99/44 o art. 14 Directiva 97/7.

³¹ Vid. M. WILDERSPIN y X. LEWIS, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres», *Rev. crit. droit int. privé.* vol 91, 2002, pp. 1 – 37 y 289 – 313, esp. 23.

³² STJCE de 18 mayo 1993, C-126/1991, *Yves Rocher*, Rec. 1993, p. I-2361 y ss.

³³ Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación...», 2005, p. 4.

³⁴ Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFEREZ, «Comentarios al art. 3», 2002, p. 171.

normas españolas de incorporación de las directivas no resultan aplicables. Efectivamente, la norma de extensión tan sólo establece la aplicación internacionalmente imperativa de las normas españolas cuando las partes han elegido la ley de un tercer Estado. Al no existir este requisito, el contrato se regirá por la ley del Estado de residencia habitual del profesional —art. 4 CR— que coincidirá, generalmente, con la ley del mercado en el que se llevó a cabo la transacción.

Si el empresario ha incluido una cláusula de elección del Derecho de un tercer Estado, la situación es diferente. Bien es cierto que no parece lógico que al consumidor español se le apliquen las normas españolas si ha adquirido el producto en el mercado de otro Estado miembro. No obstante, debe admitirse que el empresario tampoco tiene interés en que se aplique la ley de su mercado, puesto que ha predispuesto, como aplicable, la ley de un tercer Estado en las condiciones generales de la contratación que entrega al consumidor. Asimismo, debe admitirse que las normas en la materia están armonizadas, por lo que el elemento «imprevisibilidad» debe relativizarse: si conoce el contenido de las normas francesas, conoce el de las que va a aplicar el juez español. Asimismo, aunque la ley del foro sea más protectora, la primacía del objetivo de protección del consumidor sobre los principios de mercado interior, legitima su aplicación. Por consiguiente, que el juez español aplique las normas españolas de incorporación de las directivas *ex art.* 7 para asegurar el cumplimiento del objetivo comunitario no parece ni tan imprevisible ni tan injusto como se piensa.

11. Debe, no obstante, mencionarse otra situación que sí puede ser generadora de problemas. El escenario tipo es el siguiente: consumidor residente en España que celebra un contrato para la adquisición de un producto o el suministro de un servicio con un empresario domiciliado en un tercer Estado bien durante un viaje a ese país o bien en España a través de un medio de comunicación a distancia.

Si el contrato incluye una cláusula de elección de la ley de un tercer Estado, la aplicación de las normas españolas de incorporación de las directivas dependerá del grado de vinculación con el territorio comunitario. Constituirá un indicio casi definitivo el que el profesional ejerciere o dirigiere sus actividades comerciales a uno o varios Estados miembros.

Si el contrato no incluye una cláusula de elección de ley de un tercer Estado, el juez español no deberá aplicar las normas de incorporación de las directivas españolas puesto que las mismas sólo resultan aplicables cuando las partes han elegido la ley de un tercer Estado. El contrato se regulará por la ley del Estado no comunitario donde está establecido el empresario —art. 4 CR—. En mi opinión, la solución es defectuosa, puesto que no resulta asegurada la protección del consumidor en situaciones que presentan una clara vinculación con el territorio comunitario. Para evitarlo, las directivas deberían prever su aplicación tanto en aquellos casos en los que las partes han elegido la ley de un tercer Estado cuanto en las situaciones en las que el art. 4 CR lleva a la aplicación de un país no comunitario³⁵. Algunos ordenamientos, acertadamente, han

³⁵ En contra. A. QUIÑONES ESCAMEZ, («Incorrecta transposición...», 2005, pp. 544 ss) para quien la directiva no establece su aplicación a supuestos de «no elección de ley» porque el legislador comunitario no lo quiso.

extendido la imperatividad de las normas de incorporación a estos supuestos. Tal es el caso de Francia³⁶.

12. Un último problema de esta segunda manera de garantizar la aplicación de las directivas de consumo en situación estrechamente vinculadas con la Unión Europea se deriva del hecho de que no resulte unánimemente admitido que las normas de protección del consumidor sean aplicables a partir del art. 7 CR.

Efectivamente, para algunos autores³⁷ y los tribunales de ciertos Estados³⁸ esta disposición tan sólo habilita la aplicación de las llamadas *normas ordopolíticas*: aquéllas normas de naturaleza pública destinadas a salvaguardar intereses generales como la seguridad nacional, la libre competencia, o la ordenación del mercado. No se puede utilizar, en cambio, para aplicar normas de Derecho privado destinadas a proteger intereses particulares de las partes del contrato. Para cumplir esta finalidad ya están los arts. 5 y 6 –éste último referido a los contratos de trabajo– que serían normas especiales que derogan a la norma general. M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN consideran que para garantizar la protección otorgada por las directivas a los consumidores de contratos excluidos del art. 5.2 CR es necesaria una interpretación extensiva de esta disposición³⁹.

Al igual que los dos autores mencionados, considero que es necesaria una interpretación autónoma de la disposición para determinar las categorías de normas imperativas incluidas en su ámbito de aplicación. No obstante, no estoy de acuerdo en que dicha interpretación deba ir, necesariamente, en el sentido defendido por ellos. En primer lugar, ni la doctrina ni la jurisprudencia son unánimes a la hora de limitar el tipo de normas aplicables por la vía del art. 7: existen muchos autores⁴⁰ y al menos dos sen-

tencias nacionales⁴¹ que defienden la posibilidad de aplicar las normas de protección del consumidor a partir de esta disposición. Se trata de una norma de carácter general de aplicación en todas las situaciones en que una norma imperativa puede resultar aplicable al supuesto concreto. De hecho, el propio *Informe GIULIANO-LAGARDE* pone como ejemplo de normas imperativas que pueden ser aplicadas en virtud del art. 7.2, las de protección del consumidor⁴².

En segundo lugar, no se puede desconocer que las directivas comunitarias son posteriores al CR: afirmar que este último instrumento organizó la protección en torno a la norma de conflicto del art. 5, excluyendo la aplicación del art. 7, es desconocer que cuando se adoptó el Convenio no existían una política comunitaria de protección del consumidor y que, años más tarde, el legislador comunitario se pudo apoyar en la existencia de esa disposición para garantizar la aplicación de las directivas de consumo que iba creando en situaciones estrechamente vinculadas con la Comunidad.

En tercer lugar, una interpretación autónoma del art. 7 por parte del TJCE⁴³, en el sentido defendido por aquellos autores, llevaría a graves consecuencias si no viniera acompañada de una interpretación extensiva del art. 5. Negar la aplicación de las normas de protección del consumidor por la vía del art. 7 obstaculizaría el ejercicio de la libertad de circulación de servicios: los consumidores no resultarían incentivados a desplazarse a otros Estados miembros para adquirir productos o servicios, puesto que no estarían protegidos ni por el art. 5 ni por las directivas comunitarias⁴⁴. Asimismo, en aquellos Estados en los que se ha optado por adoptar normas de extensión para cumplir con el mandato de la directiva, la imposibilidad de aplicar esas normas a contratos excluidos del art. 5 CR, en virtud del art. 7.2, impediría a los jueces nacionales proteger a los consumidores en situaciones que presentan un estrecho vínculo con el territorio comunitario⁴⁵.

³⁶ Los textos traducidos al español pueden encontrarse en B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos...* 2003, p. 67.

³⁷ Vid. P. LAGARDE, «Le nouveau Droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. droit int. privé*, vol. 80, 1991, p. 287 ss; J. D. GONZALEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours general», *Rec des Cours*, vol. 287, 2000, p. 406; A. QUINÓNEZ ESCAMEZ, «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)», *Gaceta Jurídica*, Enero/Feb 2002, pp. 75-91, esp. 86; M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFEREZ, «Comentarios al art. 3», 2002, pp. 184 y ss.

³⁸ En Alemania, la sentencia en los asuntos «Gran Canaria» (*cit. nota 22*) y, en Francia, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 octubre 1999 que, si bien finalmente decidió la inaplicación del Convenio de Roma –por no estar en vigor–, pone de relieve esta circunstancia en la argumentación de las instancias judiciales inferiores (*vid. Nota P. LAGARDE, Rev. crit. droit int. privé*, vol. 89, 2000, p. 29, nota J. RACINE, *Journ. dr. int.* 2000, p. 328 y nota J. M. JACQUET, *Journ. dr. int.* 2001, p. 511).

³⁹ A la hora de aplicar las directivas no se debe tener en cuenta el ámbito material del art. 5. Asimismo, para garantizar la protección de los consumidores activos, el art. 5 debe aplicarse pero sin exigir el requisito de la residencia habitual del consumidor (*Vid M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFEREZ, «Comentarios al art. 3», 2002, pp. 170 y ss.*).

⁴⁰ Vid. M. FALLON/S. FRANCO, «Towards...», 2000, p. 156; E. JAYME/C. KHOLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Rev. crit. droit int. privé*, vol. 84, n.º 1, 1995, pp. 1-40, esp. 21-23; B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos...* 2003, p. 173; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Albacete, LiberLibro.com, 2002, p. 113-114; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 340 ss; J. C. FERNANDEZ ROZAS/S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 3ª Ed., Madrid, Civitas, 2004, p. 489.

⁴¹ En Italia, en la sentencia de la *Corte de Cassazione* de 30 junio 1999 (en *Riv. dir. int. priv. proc.* 2000, p. 471 y ss) se aplican las normas de protección del consumidor utilizando el art. 7. De acuerdo con el Libro verde sobre Roma I (p. 31), en Francia, la *Cour de cassation* calificó como leyes de policía determinadas disposiciones del Código de consumo francés en materia de endeudamiento excesivo.

⁴² Vid. M. GIULIANO/P. LAGARDE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, (DOCE, C 282, de 31 octubre 1980), p. 28.

⁴³ El TJCE posee competencias para interpretar el Convenio desde octubre de 2004, mes en que entraron en vigor los Protocolos relativos a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 1980 (BOE 243 de 8 de octubre 2004).

⁴⁴ Vid. *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización* (Doc. COM(2002) 654 final de 14 enero 2003), p. 36 (En adelante, *Libro Verde sobre Roma I*).

⁴⁵ Un último argumento en contra de esta interpretación autónoma del art. 7, que esta fuera del campo del Derecho de consumo, se basa en las indeseables consecuencias que conllevaría para aquellos actores del comercio internacional para los que el CR no prevé normas de conflicto materialmente orientadas: empresas distribuidoras, agentes comerciales, autores de creaciones intelectuales... Estas personas se beneficiarían de la tutela ofrecida por los ordenamientos cuando la norma de protección formara parte de la *lex contractus* la cual, generalmente, vendrá impuesta por la parte que ocupa la posición de fuerza en el contrato. No se beneficiarían de la protección en ningún otro caso puesto que, aunque los ordenamientos establecieran que estas normas poseen un carácter internacionalmente imperativo, no resultarían aplicables a partir del art. 7 puesto que no son normas ordopolíticas, sino de Derecho privado. Están destinadas a corregir un desequilibrio interno de la relación contractual.

13. En definitiva, la configuración del anunciado sistema doble de protección de los consumidores quedaría articulado de la siguiente manera. Por un lado, los consumidores que celebran contratos incluidos en el ámbito de aplicación del art. 5 se benefician de un nivel de protección al menos similar al establecido por la ley del país de su residencia habitual. Por otro lado, los consumidores que celebran contratos excluidos del ámbito del art. 5 se benefician de la protección ofrecida por las directivas comunitarias, siempre que el contrato presente una estrecha vinculación con el territorio comunitario, lo que, en la mayoría de ocasiones, va a significar que el consumidor reside en la Unión Europea.

Ocurre, sin embargo, que este sistema quiebra desde el momento en que los legisladores nacionales adoptan soluciones tan dispares que la seguridad jurídica que reclaman los profesionales del comercio se ve perjudicada o cuando la incorporación de las directivas no garantiza el cumplimiento de los objetivos fijados en ella, supuestos en los cuales también se ve perjudicado el interés de protección de los consumidores. Este último es el caso del art. 10.bis.3 LDCU.

III. VALORACIÓN DE LA STJCE DE 9 DE SEPTIEMBRE 2004

14. La Directiva 93/13 fue incorporada tardíamente al Derecho español por la LCGC, cuya Disposición adicional primera modifica el art. 10 y añade un nuevo art. 10 bis y una nueva Disposición adicional primera en la LDCU.

De acuerdo con el apartado 34 de la STJCE, el ámbito de aplicación espacial otorgado a estas disposiciones por el art. 3 LCGC y el art. 10.bis.3 LDCU constituye un incumplimiento del mandato impuesto por el art. 6.2 de la Directiva: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Se puede estar de acuerdo con la disconformidad con el Derecho comunitario del segundo de los preceptos, pero no con el primero.

15. El art. 3 de la LCGC establece que las disposiciones de esa ley resultarán aplicables, en aquellos casos en los que el contrato esté sometido a legislación extranjera, cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español. Esto, efectivamente, provoca que queden excluidos de su ámbito de aplicación supuestos que presentan un vínculo estrecho con el territorio comunitario. Ahora bien, aunque la LCGC sirvió para incorporar la Directiva 93/13 al ordenamiento español mediante la modificación de la LDCU, su finalidad es distinta⁴⁶. Efectivamente, en ella se lleva a

⁴⁶ En contra, F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección...*, 2003, p. 244; E. ARTUCH IRIBERRI, «La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de la contratación», *Derecho de los Negocios*, Febrero 1998, pp. 13-20, esp. 16-17.

cabo un *control de incorporación* de las condiciones generales⁴⁷ y no, como establece la Directiva comunitaria, un *control de contenido*, el cual se realiza en los arts. 10 y ss de la LDCU exclusivamente para contratos celebrados por consumidores. Además, si se analizan ambos cuerpos normativos se llega a la conclusión de que el mandato del legislador comunitario queda cumplido con la LDCU. Si la LCGC desapareciera, no pasaría nada a los efectos de la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. En definitiva, lo que establezca el art. 3 LCGC resulta indiferente para el legislador comunitario. Aunque las propias alegaciones presentadas por el gobierno español llamen a confusión⁴⁸, la condena del TJCE por la disconformidad de esta disposición con el Derecho comunitario resulta completamente infundada⁴⁹.

16. La situación del art. 10.bis.3 LDCU es, sin embargo, diferente. En él se establece: «las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales». Se trata de una norma de extensión que establece los supuestos internacionales en los que las normas de protección de los consumidores del art. 10.bis resultan de aplicación internacionalmente imperativa. Para ello, el legislador nacional se remite a las condiciones establecidas en el art. 5 CR anteriormente analizadas. En palabras de la Comisión Europea, esto conlleva un incumplimiento del mandato del art. 6.2 de la Directiva 93/13 por dos motivos.

a. En primer lugar, porque el art. 5 CR sólo resulta aplicable a los contratos que reúnen alguna de las condiciones de aplicabilidad establecidas en el apartado 2 y que no están expresamente excluidos en los apartados 4 y 5. Por consiguiente, existen muchos contratos celebrados por consumidores a los que las normas de protección frente a las cláusulas abusivas del Derecho español no resultan aplicables. Este problema ya fue observado, entre otros, por M. V. CUARTERO RUBIO quien, acertadamente, sostuvo que debe interpretarse que la remisión al art. 5 CR no se refiere a su ámbito material⁵⁰.

⁴⁷ Especial relevancia tienen sus Arts. 5 y 7 (vid. M. I. FELIU REY, «Comentario al artículo 5» en I. Arroyo y J. Miquel (Coords), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 57 y ss)

⁴⁸ Vid. ap. 29 de la sentencia: «Según el Gobierno español, de un interpretación integradora de las disposiciones nacionales relativas a la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas se desprende que tales normas son aplicables con carácter imperativo, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato. El Gobierno español añade que el artículo 3, párrafo segundo, de la Ley 7/1998 prevé la aplicación imperativa de las referidas disposiciones nacionales, es decir, de la protección que otorga la Directiva a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia. De este modo, el concepto de «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad», en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva, se concreta para los contratos que tienen una relación con el Derecho español».

⁴⁹ En el mismo sentido, vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación...», 2005, p. 3.

⁵⁰ Vid. M. V. CUARTERO RUBIO, «Comentario al art. 10.bis 3 de la LDCU», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 795-815, esp. 808. En el mismo sentido, B. AÑOVEROS TERRADAS, «Comentario a la sentencia de 9 de septiembre, Asunto C-70/03, Comisión c. Reino de España», *RJC*, num 1, 2005, pp. 270-276, esp. 273; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación...», 2005, p. 3.

En cualquier caso, esta observación no fue tenida en cuenta ni por el gobierno español, en sus alegaciones a la demanda, ni por nuestros tribunales que, como es frecuente, no han tenido la oportunidad de aplicar la disposición. Lo que sí mantuvo nuestro gobierno en sus alegaciones fue que esta laguna la colma el art. 3 II LCGC, «disposición que es aplicable a todos los contratos celebrados, sin negociación individual, sobre la base de condiciones generales»⁵¹. Si bien, la alegación fue admitida por el Tribunal de Justicia, es difícil estar de acuerdo con la misma puesto que, como se ha sostenido, la LCGC no está destinada a incorporar la Directiva 93/13.

b. En segundo lugar, porque el art. 5 CR sólo resulta aplicable si el contrato presenta alguna de las circunstancias del apartado 2. La aplicación de las normas de protección frente a cláusulas abusivas en aquellos supuestos en los que se verifica la combinación de los criterios de conexión de esa disposición —por ejemplo, cuando la oferta o publicidad y los actos de celebración del contrato se han realizado en España que, además es el Estado de residencia del consumidor— implica que, en muchos supuestos en los que existe una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad, las normas no resultan aplicables. El incumplimiento del mandato del art. 6.2 de la Directiva es claro, si bien deben realizarse dos apreciaciones.

Primero. El comportamiento del legislador español es, en cierto modo, excusable. Como se ha dicho, las directivas vinculan respecto del resultado a alcanzar y conceden a los Estados cierta flexibilidad a la hora de llevar a cabo la incorporación a los ordenamientos internos. Por consiguiente, se puede pensar que el legislador español interpretó que el art. 6.2 de la Directiva 93/13 otorgaba cierto margen a la hora de determinar cuando existe una estrecha relación con un Estado miembro. Para ello, se remitió a las condiciones de aplicabilidad del artículo 5 CR, puesto que era la disposición que el propio legislador comunitario había utilizado para determinar aquella vinculación. Ahora bien, para el Tribunal de Justicia esto no es así: «aunque el concepto deliberadamente amplio de «estrecha relación» que utiliza el legislador comunitario puede eventualmente concretarse mediante presunciones, no es posible, en cambio, restringir dicho concepto mediante una combinación de criterios de conexión previamente definidos [...]»⁵². Resulta paradójico que se considere que el incumplimiento se deriva de la utilización de criterios establecidos por las propias instituciones comunitarias. En cualquier caso, el legislador español deberá, como ya ha hecho en alguna de las normas adoptadas con posterioridad, cambiar los criterios de vinculación utilizados en el art. 10.bis.3 LDCU.

Segundo. Lo que no resulta excusable es que el legislador español se limite a otorgar la protección frente a las cláusulas abusivas cuando el consumidor tenga su residencia habitual en España y alguna de las circunstancias localizadoras del art. 5.2 CR se haya verificado en nuestro país. La finalidad del art. 6.2 de la Directiva 93/13 es garantizar un alto nivel de protección a los consumidores residentes en la Comunidad Europea cuando la ley elegida por las partes sea la de un tercer Estado. El art. 10.bis.3 LDCU no autoriza al juez español a aplicar las normas sobre cláusulas abusivas a con-

tratos celebrados por consumidores residentes en otro Estado miembro con lo que, efectivamente, se incumple el mandato comunitario. Podría sostenerse que esta laguna se salva por la vía del art. 7.1, que autoriza al juez español a aplicar las normas sobre cláusulas abusivas del Estado miembro de residencia del consumidor. Sin embargo, el art. 7.1 es facultativo y, además, como se ha dicho anteriormente, podría ocurrir que el contrato no reuniera las condiciones de aplicabilidad establecidas por el Derecho de ese otro Estado miembro para que sus disposiciones resultaran aplicables.

IV. CONSECUENCIAS DIRECTAS E INDIRECTAS DE LA STJCE DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

17. De la STJCE de 9 de septiembre de 2004, se derivan unas consecuencias directas para el ordenamiento español: la necesaria reforma del art. 10.bis.3 de la LDCU. Ahora bien, no estaría demás que la sentencia conllevara también unas consecuencias indirectas: la revisión del resto de normas de extensión derivadas de la incorporación de las directivas de consumo para determinar si hay alguna más que reformar.

18. Por lo que respecta a las consecuencias directas, considero que la sentencia proporciona indicios de las características que debe reunir la norma de extensión del art. 10.bis.3 LDCU: a) debe tratarse de una formulación genérica —vinculación estrecha con el territorio comunitario— que permita al juez competente tomar en consideración diversos elementos de conexión en función de las circunstancias del caso concreto; c) dicha vinculación estrecha puede eventualmente concretarse mediante presunciones pero, en ningún caso, a partir de criterios de conexión rígidos. Asimismo, debe añadirse, para garantizar una efectiva protección de los intereses de los consumidores, que la norma debería ir más allá de lo que dispone la Directiva 93/13 y establecer la aplicación de las normas españolas en todos los casos en los que la *lex contractus* sea la de un tercer Estado —y no sólo cuando la hayan elegido las partes—⁵³.

En este sentido, la disposición podría quedar redactada de la siguiente manera: «Las normas españolas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cuando la ley aplicable al contrato sea la de un tercer Estado, siempre que la situación presente una vinculación estrecha con el territorio de uno o varios de los Estados miembros de la Comunidad». A continuación, se podría añadir: «Se presumirá que existe dicha vinculación estrecha cuando el consumidor resida en un Estado miembro y el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales que el profesional ejerce o dirige hacia uno o varios Estados miembros»⁵⁴.

⁵³ No existe ningún problema para que los Estados miembros extiendan el ámbito de protección del consumidor más allá de lo previsto en las directivas. En este sentido, STJCE de 14 de marzo 1991, C-361/89, *Di Pinto*, Rec. 1991 p. I-1189.

⁵⁴ El legislador también debería aprovechar la oportunidad para reformar el punto 28 del apartado V de la Disposición final 1 de la LDCU. En él se establece el carácter abusivo y, por lo tanto, la nulidad de pleno Derecho de los pactos de elección de ley que designen a un Derecho extranjero distinto al del lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle su actividad dirigida a la promoción de contratos de similar naturaleza. La disposición resulta aplicable exclusivamente a los contratos internacionales de consu-

⁵¹ Apartado 31 de la sentencia.

⁵² Apartado 33.

19. Por lo que respecta al resto de normas de ordenamiento español destinadas a incorporar las directivas comunitarias deben distinguirse tres grupos: aquellas que incorporan directivas en las que se utiliza la cláusula «vinculación estrecha con el territorio comunitario», aquellas que incorporan directivas en las que se utilizan otros criterios de conexidad y aquellas en las que no se precisa su ámbito de aplicación espacial.

20. Dentro del primer grupo se encuentra el art. 48.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista⁵⁵ (en adelante LOCM) y el art. 13 de la Ley 23/2003 de 10 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo (en adelante LGBC)⁵⁶. Además, deben tenerse en cuenta la Directiva 2002/65 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, que todavía no ha sido objeto de transposición, y la Propuesta modificada de Directiva sobre créditos al consumo⁵⁷, que deberá ser incorporada en el futuro.

a. La norma de la LOCM esta destinada a transponer la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia. Este instrumento ha sido objeto de dos incorporaciones sucesivas al ordenamiento español: primero en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación⁵⁸ (en adelante RD 1906/99); y, después en la Ley 47/2002, de 19 diciembre⁵⁹ que modifica los arts. 38-48 de la LOCM.

Si bien el Real Decreto es *lex specialis*, debe entenderse que, tras la modificación de la LOCM, ésta ha derogado parcialmente a aquél en lo que respecta a la regulación de los contratos celebrados por consumidores. Y ello por tres razones: su mayor rango jerárquico, ser posterior en el tiempo y otorgar una protección más eficaz de los intereses de los consumidores.

Desde el punto de vista del Dopr, esta derogación debe ser aplaudida puesto que la redacción de la norma de extensión contenida en el art. 1.4 del RD 1906/99 es ciertamente inadecuada. Efectivamente, mientras el art. 12 de la Directiva 97/7 establece que los Estados deberán garantizar la protección de los consumidores en todos los supues-

midores excluidos del art. 5 CR puesto que esta disposición ya tiene una norma sobre la elección de ley que resulta aplicable con carácter preferente por razón de jerarquía. La aplicación en los supuestos excluidos debe entenderse así: con independencia de la aplicación internacionalmente imperativa de la normas sobre cláusulas abusivas ex art. 10.bis.3 LDCU, cuando la elección de la ley aplicable al contrato caiga en el supuesto contemplado en el punto 28 de la Disp. Ad. 1, no se tendrá por válida. La disposición presenta los siguientes problemas que deben ser resueltos y que, por motivos de espacio, no podemos abordar aquí: a) no debería hacerse referencia a la elección del «Derecho extranjero» en general sino al «Derecho de un tercer Estado»; b) la disposición no permite llevar a cabo una comparación entre el Derecho español y el Derecho extranjero, el cual puede otorgar un nivel de protección superior.

⁵⁵ BOE num 15 de 17 enero 1996.

⁵⁶ BOE num 165, de 11 julio de 2003.

⁵⁷ Propuesta modificada de Directiva relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores que deroga la Directiva 87/102/CE y modifica la Directiva 93/13/CE (Doc COM(2004) 747 final).

⁵⁸ BOE num 224, de 18 septiembre 1999.

⁵⁹ BOE num 304, de 20 diciembre 2002.

tos en los que las partes han elegido el Derecho de un tercer Estado y «el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros»; la disposición española establece la aplicación internacionalmente imperativa del Real Decreto cuando «la adhesión a las condiciones generales se haya efectuado en España». De nuevo, el legislador español no se refiere al territorio comunitario, no respeta la formulación abierta que exige la sentencia de 9 de septiembre 2004, y utiliza un único criterio de conexión extremadamente rígido. En consecuencia, la disposición es incompatible con el Derecho comunitario, puesto que deja sin proteger a un gran número de consumidores a los que la Directiva sí extiende su protección.

Afortunadamente, la Ley 47/2002 de modificación de la LOCM soluciona este problema. De acuerdo con su art. 48.1, «los derechos que el presente capítulo [«Ventas a distancia»] reconoce [a los consumidores] serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea». Como puede observarse, en esta disposición, el legislador español se limita a copiar lo que establece la Directiva, por lo que se respeta la formulación genérica que requiere el TJCE. La opción es plausible: se evitan problemas de disconformidad con el Derecho comunitario, dejando al juez competente que, en el caso concreto, determine si el contrato presenta un grado de vinculación tal que justifique la aplicación de esas normas. Ahora bien, el legislador comete dos errores: el primero al hacer aplicables estas normas siempre la legislación aplicable sea otra distinta de la española cuando, en realidad, sólo deben aplicarse cuando las partes eligen la ley de un Estado no comunitario; el segundo, porque exige que el vínculo sea con «cualquier Estado miembro» —uno sólo— y no con el territorio de uno o más Estados miembros, como exige la Directiva⁶⁰, o sencillamente, de la Unión Europea. Por lo demás, es cierto que el legislador podría haber incluido unos criterios de conexión a modo de presunción. No obstante, más vale no añadir nada que incluir por exceso como es el caso del art. 13 LGBC.

b. La LGBC incorpora al ordenamiento interno español la Directiva 99/44 sobre garantías de los bienes de consumo. En términos similares a las dos directivas previamente analizadas, el art. 7.2 de la Directiva establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros».

Para transponer esta disposición al ordenamiento español, la LGBC establece un art. 13, titulado «puntos de conexión», que declara la aplicación de sus normas «cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de

⁶⁰ Vid. A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS), *Dopr*, vol II, 2005, p. 405.

la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea».

En esta disposición, ligeramente anterior a la de la Ley 47/2002, el legislador español también acoge el criterio de los vínculos estrechos con la Comunidad. No obstante, lo hace de manera defectuosa. En primer lugar, vuelve a referirse a «cualquiera que sea la ley elegida por las partes» cuando, en realidad, debería referirse a la elección de ley de un tercer Estado. En segundo lugar, donde antes se pecaba por defecto ahora se peca por exceso: a) a primera vista, todas las conexiones que se enumeran en la disposición se parecen más a criterios rígidos que a presunciones; b) dichos criterios puede dar lugar a supuestos en los que la LGBC resulta aplicable a situaciones que tiene una escasa vinculación con la Comunidad Europea. Piénsese, por ejemplo, en un consumidor de nacionalidad francesa que reside en Estados Unidos y adquiere un producto de un proveedor estadounidense. En el hipotético caso de que los tribunales españoles conocieran de este caso, estarían obligados a otorgar una aplicación internacionalmente imperativa a las normas de la LGBC cuando la vinculación con el territorio comunitario es, a todas luces, mínima. Esto constituye un incumplimiento del Derecho comunitario, puesto que los Estados son libres de extender la protección más allá del ámbito fijado por las directivas, pero no por ello deja de ser una regulación defectuosa de una situación privada internacional.

c. Por último, debe hacerse mención de la Directiva 2002/65 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros que, a pesar de haber expirado el plazo de transposición –9 de octubre 2004–, el legislador nacional todavía no la ha incorporado a nuestro ordenamiento. De nuevo, su art. 12.2 establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el consumidor no pierda la protección concedida en virtud de la presente Directiva por haberse elegido como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros».

Asimismo, está pendiente de adopción la Propuesta modificada de Directiva sobre crédito al consumo cuyo art. 30.5 establece que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que el consumidor y el avalista no sean privados de la protección que les otorga la presente Directiva *si se decidiera* aplicar la ley de un tercer Estado o el contrato estableciera un estrecho vínculo con el territorio de uno o varios Estados miembros». Entendemos que se trata de una errónea traducción al español del documento de trabajo interno, puesto que la versión inglesa se limita a reproducir los términos utilizados en directivas anteriores: «*by virtue of the choice of the law of a non-member country as the law applicable to the agreement, if the agreement has a close link with the territory of one or more Member States*», es decir, «por la elección del Derecho de un tercer Estado como aplicable al contrato, si el contrato tuviere un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». Es de esperar que, en vista de los indicios aportados por la sentencia de 9 de septiembre de 2004 y de los últimos textos adoptados, el legislador español no incurra en los mismos errores que se aprecian en anteriores normas de transposición.

21. Por lo que respecta al segundo grupo de normas –aquellas que incorporan directivas en las que se utilizan otros criterios de conexidad–, deben mencionarse la

Disposición adicional 2ª de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles⁶¹ y la Ley 21/1995 de 6 de julio⁶², en la que el legislador se olvida de incorporar el ámbito de aplicación de la Directiva 90/314, relativa a los viajes combinados. Ambas normas son anteriores a la Directiva 93/13, dato que puede explicar la utilización de criterios rígidos de conexión con el territorio comunitario, en vez de la fórmula de la vinculación estrecha.

a. La Ley 42/1998 está destinada a incorporar al Derecho español la Directiva *timesharing* que, en su art. 9 *in fine*, establece la obligación de los Estados de garantizar la aplicación de sus disposiciones en todos aquellos supuestos en los que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro. Como puede observarse, en este caso, el legislador comunitario prefiere utilizar un criterio rígido –localización del inmueble en territorio comunitario– en vez de la cláusula «vinculación estrecha». La solución ha sido criticada por la doctrina, por cuanto la directiva deja de ser aplicada en situaciones que tienen un vínculo estrecho con el territorio comunitario y en las que los consumidores son merecedores de protección⁶³. Así ocurre, por ejemplo, cuando un consumidor residente en la Comunidad Europea adquiere, de una empresa de otro Estado miembro, un derecho compartido sobre un inmueble situado en un país no comunitario.

La incorporación de esta disposición al ordenamiento español se llevó a cabo en la Disposición adicional segunda de esa Ley: «Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período de tiempo determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración». Asimismo, su párrafo segundo establece: «Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley [...]». Su articulado, de nuevo, presenta problemas: en primer lugar, la ley no tiene porqué ser aplicada cuando la *lex contractus* es la de un Estado miembro, puesto que el cumplimiento del mandato de la Directiva está asegurado; en segundo lugar, la disposición no es compatible con el Derecho comunitario, puesto que no permite la aplicación de la totalidad de sus disposiciones en supuestos en los que el inmueble está situado en otro Estado miembro; por último, tampoco resulta conforme con la Directiva en aquellas partes que sí se pueden aplicar cuando el inmueble está situado en otro Estado miembro, puesto que dicha aplicación está condicionada a una condición muy rígida, la celebración del contrato en España.

b. La Directiva 90/314 relativa a los viajes combinados ya utiliza un criterio de localización con la Comunidad Europea para fijar los supuestos en los que se debe garantizar su aplicación. De acuerdo con su art. 1, sus disposiciones alcanzan únicamente a los viajes vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la Comunidad. El legislador español, sin embargo, se olvida de establecer ese ámbito de aplicación

⁶¹ Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (BOE num 300, 16 diciembre 1998).

⁶² BOE num. 161, de 7 julio 1995.

⁶³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ (DIRS), *Dipr*, vol II, 2005, p. 410.

espacial a la hora de incorporar la Directiva en la Ley 21/1995 de 6 de julio por lo que, en principio, su aplicación tan sólo procede cuando la *lex contractus* sea el Derecho español.

No obstante, en mi opinión, en aquellos contratos en los que la ley aplicable sea la de un tercer Estado, los jueces españoles están obligados a aplicar las disposiciones de la Ley 21/1995 con carácter internacionalmente imperativo, siempre que se de la circunstancia fijada por la Directiva. De lo contrario, el Estado español incurriría en un nuevo incumplimiento del Derecho comunitario al dejar de proteger a los consumidores en situaciones que presentan una vinculación estrecha con el territorio de la Unión Europea.

22. Por lo que respecta al tercer grupo de normas —aquellas que incorporan directivas que no establecen ningún criterio de conexión—, en él se incluyen la Ley 26/1991⁶⁴ destinada a incorporar la Directiva 85/577 sobre contratos negociados fuera de establecimiento mercantil y la Ley 7/1995⁶⁵ que incorpora la Directiva 87/102 de crédito al consumo. Puesto que en ellas no se contiene un ámbito de aplicación espacial, se podría interpretar que las mismas sólo resultan aplicables cuando formen parte de la *lex contractus*.

No obstante, por lo que respecta a la segunda Directiva, el art. 14.1 establece que «los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se sustraigan, en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva». Por consiguiente, los Estados deben otorgar una naturaleza internacionalmente imperativa a las normas de incorporación de esta Directiva si bien, no se establece en que supuestos internacionales debe aplicarse.

En ambos casos, el juez debe desarrollar judicialmente las normas españolas de incorporación y, en atención a su contenido y la importancia de los objetivos destinadas a proteger, extraer una norma de extensión: en aquellos casos en los que el Derecho aplicable sea el de un tercer Estado, tales normas deberían resultar aplicables cuando el contrato presente un vínculo estrecho con uno o varios Estados miembros⁶⁶. De no actuar de esta manera se estaría incurriendo en un incumplimiento de Derecho comunitario⁶⁷.

23. Para concluir este epígrafe, debe señalarse dos apreciaciones finales con carácter general. En primer lugar, gracias a la remisión al art. 5 CR, el art. 10.bis.3 LDCU posee una característica que debería mantenerse y, más aún, extenderse al resto de normas de incorporación de directivas comunitarias de consumo: su carácter *relativamente imperativo*⁶⁸. Efectivamente, las normas de protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas tan sólo resultan aplicables en la medida en que el Derecho aplicable al contrato no ofreciera un grado de protección más elevado. De esta manera, se respetaría el principio de *standard mínimo de protección* que preside esta mate-

ria en Dpr comunitario⁶⁹: la Comunidad Europea garantiza una protección mínima del consumidor pero nada impide que, como consecuencia de una decisión legislativa de los Estados miembros⁷⁰ o del ejercicio por las partes de la autonomía de la voluntad material o de la autonomía conflictual —art. 5.2 CR—, éste pueda recibir un grado de protección más elevado. Resulta importante resaltar este atributo puesto que ninguna de las otras normas que ha adoptado el legislador para incorporar directivas comunitarias de consumo sigue este criterio. Así pues, las normas de extensión deberían prever que la aplicación internacionalmente imperativa de disposiciones de transposición sólo será necesaria cuando el Derecho del tercer Estado no garantice el mismo nivel de protección en lo que respecta a la cuestión litigiosa.

En segundo lugar, que el hecho de que ninguna de las normas de incorporación de directivas de consumo sean adecuadas no las convierte en inaplicables. Hasta el momento en que sean modificadas, deben ser objeto de una interpretación conforme: en la medida de lo posible, la aplicación de cada una de estas normas debe estar guiada por la norma comunitaria de la que trae causa⁷¹. En este sentido, no consideramos necesario un desarrollo judicial de las disposiciones afectadas destinado a extraer normas de conflicto bilaterales⁷². La coherencia con la forma en la que el Estado español ha venido garantizando el cumplimiento de las directivas de consumo —a partir de normas de extensión— hace innecesario este recurso. Lo que corresponde hacer a los jueces nacionales es extender la aplicación internacionalmente imperativa de las normas de incorporación a todos los supuestos que, como indican las directivas, presentan una vinculación estrecha con uno o varios Estados miembros.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿REVISIÓN DE LAS NORMAS DE INCORPORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONSUMO O REVISIÓN DEL ART. 5 DEL CONVENIO DE ROMA?

24. Según se ha visto, la STJCE de 9 de septiembre de 2004 ha puesto de manifiesto la mala transposición por parte del ordenamiento español de la Directiva 93/13. Asimismo, se ha analizado que ésta no es el único instrumento en la materia en el que se ha incurrido en ese error.

⁶⁹ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Camacho (Dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 753 – 825, esp. 800.

⁷⁰ Los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, que las previstas en las mismas. Así, por ejemplo, art. 8 de la Directiva 93/13.

⁷¹ No estoy de acuerdo con A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (*Dipr*, vol II, 2005, p. 404), cuando opinan que estas normas son inaplicables por ser contraria al Derecho comunitario. El hecho de que las normas no sean compatibles con las directivas de las que traen causa conllevan la necesidad de interpretarlas en atención a los intereses comunitarios que están destinadas a proteger, pero no su inaplicación.

⁷² Algunos autores han propuesto «bilateralizar» el criterio utilizado por la Disposición adicional 2ª de la Ley 42/1998 para salvar la incompatibilidad con el Derecho comunitario. Vid. A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS), *Dipr*, vol II, 2005, p. 411.

⁶⁴ Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE núm.283, de 26 noviembre 1991).

⁶⁵ Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (BOE núm.72, de 25 marzo 1995).

⁶⁶ Vid. A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS), *Dipr*, vol II, 2005, p. 408.

⁶⁷ Vid. M. FALLON/S. FRANÇO, «Towards...», 2000, p. 158.

⁶⁸ Vid. M. V. CUARTERO RUBIO, «Comentario al art. 10.bis 3»..... 1999, p. 808.

Casi con toda seguridad otros Estados van a tener que tomar cuenta de esta sentencia puesto que sus normas de incorporación tampoco se adaptan al mandato fijado por la Directiva. Son muchos los ordenamientos que han utilizado criterios rígidos de conexión y al menos uno, Grecia, limita la aplicación internacionalmente imperativa de sus normas a supuestos conectados con el territorio nacional y no con el territorio comunitario⁷³. Debe apuntarse, además, que los Estados en los que se aplica el Convenio de Roma —o el Reglamento Roma I— van a pasar muy pronto a ser 25⁷⁴.

25. La existencia de varias directivas, el elevado número de ordenamientos a los que se deben incorporar y la facultad de los Estados de utilizar al menos dos vías —normas de extensión o normas bilaterales especiales— para llevar a cabo esa transposición, debe llevar a la conclusión de que el sistema doble articulado por el legislador comunitario deriva en un *numero excesivo de normas reguladoras de los contratos internacionales de consumidores*. Esto genera tres problemas interrelacionados: *falta de coherencia* en la regulación, *complejidad* y *falta de previsibilidad*.

El primer problema ha sido puesto de manifiesto por la Comisión Europea. El gran número de normas en la materia puede poner en peligro la coherencia del cuerpo de normas de conflicto aplicables en la UE, circunstancia que va en contra del objetivo comunitario de codificar el acervo comunitario con el fin de mejorar la transparencia⁷⁵.

El segundo problema redundante en la labor del juez que, ante un litigio, debe tener en cuenta por un lado el art. 5 y por otro las normas de conflicto o normas de extensión adoptadas en su ordenamiento interno para determinar la aplicación de cada una de las directivas en la materia.

El último problema se presenta para los operadores del comercio internacional. A la hora de determinar el Derecho aplicable a sus relaciones comerciales de consumo, deben atender al art. 5 CR, pero también es preciso que tengan en cuenta que en los casos excluidos existen normas de conflicto o normas de extensión establecidas por los ordenamientos internos al incorporar cada una de las directivas que pueden designar la aplicación de estas normas. Esto impide que puedan saber con seguridad cual es el régimen jurídico de cada uno de los contratos que estos operadores celebren con consumidores residentes en la Unión Europea.

26. Ante estos problemas, en vez de que cada uno de los legisladores nacionales revise sus normas de incorporación de las directivas comunitarias de consumo, es preferible que el legislador comunitario modifique el art. 5 para establecer una solución unitaria a nivel comunitario.

Dicha modificación debería establecer los supuestos en los que las directivas comunitarias de consumo resultan aplicables. A su vez, la modificación debería conllevar la derogación, implícita o explícita, de todas las normas de extensión o normas de conflicto especiales establecidas por los Estados miembros a la hora de incorporar a sus ordenamientos internos las directivas de consumo. De esta manera, todos los contratos internacionales de consumidores quedarían regulados en una norma única, el art. 5 CR. Con ello, la coherencia del sistema de Derecho aplicable aumentaría, se facilitaría la labor de los órganos aplicadores del Derecho y la previsibilidad de soluciones que exigen los operadores del comercio internacional resultaría garantizada.

El art. 5 modificado no tendría por qué prescindir de la doble vía para garantizar un nivel más elevado de protección para los consumidores residentes en la Comunidad Europea derivado de las directivas. En este sentido, con independencia de otras modificaciones que son necesarias en esta disposición, cabría proponer la inclusión de un apartado 3bis con la siguiente redacción:

«En aquellos contratos que no reúnen las condiciones establecidas en los apartados 1 y 2, la aplicación de la ley de un tercer Estado no podrá privar al consumidor de la protección otorgada por las normas de transposición de las directivas adoptadas en materia de consumo del Derecho del Estado cuyos tribunales están conociendo del litigio, siempre que el contrato presente un vínculo estrecho con uno o varios Estados miembros.

Se presumirá que existe dicho vínculo estrecho cuando el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro y el profesional ejerce o dirige sus actividades, por cualquier medio, a uno o a varios Estados miembros».

⁷³ El texto puede verse en B. ANÓVEROS TERRADAS, *Los contratos...*, 2003, p. 67.

⁷⁴ En este sentido, J-S. BERGE/M-N. JOBARD-BACHELLIER, Nota a la STJCE de 9 septiembre 2004, *Journ. dr. int.*, 2005, pp. 823-832, esp. 830. Debe recordarse que el 8 de julio de 2005 se adoptó en el seno del Consejo, el Convenio para la adhesión de los diez nuevos Estados miembros al Convenio de Roma (DOUE C 169 de 8 de julio 2005). Consecuentemente, la relación de las art. 5 CR con las directivas de consumo es pertinente a los efectos de 25 ordenamientos internos.

⁷⁵ Vid. *Libro Verde sobre Roma I*, p. 9. Dicho objetivo está analizado en la Comunicación de la Comisión Codificación del acervo comunitario (Doc COM(2001) 645 final).

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004, por <i>Aurelio López-Tarruella Martínez</i>	313
EL CONTRATO DE TRANSPORTE Y EL CONVENIO DE ROMA DE 19 DE JUNIO DE 1980 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, por <i>Carlos Llorente Gómez de Segura</i>	337
OFERTAS PÚBLICAS DE AQUISIÇÃO INTERNACIONAIS, por <i>Dário Moura Vicente</i>	373
EL CONTRATO INTERNACIONAL Y EL ORDEN JURÍDICO BRASILEÑO: ALGUNAS REFLEXIONES, por <i>Florishbal de Souza del'Olmo</i>	393
APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS COMO <i>LEX MERCATORIA</i> , por <i>Jorge Oviedo Albán</i>	407
LA TASA DE INTERÉS EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, por <i>Jorge Oviedo Albán</i>	431
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO, TRANSFERENCIA DEL DOMINIO Y ENTREGA MATERIAL EN LA COMPRAVENTA (DERECHO COLOMBIANO), por <i>Jorge Oviedo Albán</i>	449
CONCEPTO DE «VÍNCULO ESTRECHO», EN LAS DIRECTIVAS DE CONSUMO: REPERCUSIONES DE LA STJCE (AS. 70/03, <i>COMISIÓN C. ESPAÑA</i>) EN LAS LEYES NACIONALES Y EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO «ROMA I», (2005), por <i>Ana Quiñones Escámez</i>	465
CONTRATOS DE ESTADO COMO FORMA DE GARANTIZAR LA ESTABILIDAD DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA: CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON EL ESTADO MEXICANO, por <i>Miguel Rábago Dorbecker</i>	481
EL CONVENIO DE ROMA DE 19 DE JUNIO DE 1980 VEINTICINCO AÑOS DESPUÉS: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO, por <i>Andrés Rodríguez Benot</i>	497
LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN EL ENTORNO ELECTRÓNICO Y LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS DE CONTRATACIÓN, por <i>T. Rodríguez de las Heras Ballel</i>	535
¿VIOLACIONES CONTRACTUALES O CONVENCIONALES? LA TENDENCIA EN LOS TRIBUNALES ARBITRALES CIADI, por <i>Sonia Rodríguez Jiménez</i>	573
EL <i>FACTORING</i> INTERNACIONAL Y SU CALIFICACIÓN, por <i>Juliana Rodríguez Rodrigo</i>	597
CONTRATOS INTERNACIONALES DE DEPORTISTAS PROFESIONALES. FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, por <i>Mercedes Sabido Rodríguez</i>	617
UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN INTERESTATAL Y EXTRAESTATAL DE LA VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, por <i>Rubén Santos Belandro</i>	631
COMPRAVENDITA INTERNAZIONALE DI PACCHETTI AZIONARI DI CONTROLLO: L'INDIVIDUAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE, por <i>Stefania Serafini</i>	663

AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS NO DIRECTO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO: UMA LECTURA <i>CONSTITUCIONAL</i> DO ARTIGO 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL EM FAVOR DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO DIRITO APLICÁVEL, por <i>Lauro da Gama e Souza Jr.</i>	679
QUESTÕES RELATIVAS A <i>SUPPLY CHAIN</i> E INCOMPLETUDE CONTRACTUAL, por <i>Rachel Sztjan</i>	703
EL CONTRATO DE UNIÓN ESTABLE DE PAREJA EN EL PRINCIPADO DE ANDORRA. CONFLICTO DE LEYES, por <i>R. Viñas Farré</i>	723

ESTUDIOS SOBRE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Directores

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Editorial COLEX
2006