

# La ley aplicable al contrato de consumo en el Derecho comunitario europeo. El tratamiento de las cláusulas abusivas

(parte primera: el método indirecto del Derecho internacional privado en la protección de los consumidores y las reglas especiales del Convenio de Roma entre los Estados miembros de la Unión Europea)

Dámaso-Javier Vicente Blanco

Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Valladolid (España)

«Mi albedrío, ¿es albedrío  
libre, o esclavo?»

PEDRO CALDERÓN DE LA BARCA,  
La hija del aire

## I. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN UN ESPACIO DE INTEGRACIÓN

Aunque la protección del consumidor en el Derecho comunitario europeo no aparecía propia y expresamente en el **Tratado de Roma de 1957**, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) —los consumidores como tales eran citados tan sólo marginalmente en aspectos relativos a la Política Agrícola Común o a la Política de la Competencia—, el germen de una política europea de protección del consumidor ha sido visto en los propios objetivos del Tratado<sup>1</sup>. En rigor, el inicio del proceso de toma en consideración de los intereses de los consumidores en el Mercado Común se produce a partir de la **Conferencia de Jefes de Estado de París, en octubre de 1972**, donde se solicita a las instituciones comunitarias la elaboración de un programa con la finalidad de fortalecer y coordinar las medidas de protección del consumidor<sup>2</sup>. El programa en cuestión, aprobado en abril de 1975, recibiría el nombre de *Programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores* y estableció los objetivos y campos de actuación de la política comunitaria de protección del consumidor, fijando cinco derechos fundamentales de los consumidores: derecho a la seguridad y a la salud, derecho al resarcimiento de daños, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la representación y derecho a la información y educación<sup>3</sup>. Como sostiene L. FUMAGALLI, el desarrollo comunitario de la política de protección de los consumidores es un buen ejemplo del carácter evolutivo de la actividad y la integración comunitaria, ampliando de modo progresivo las competencias y precisando los objetivos de actuación<sup>4</sup>. También aquí, como en otras

áreas del Derecho comunitario europeo, pueden identificarse los jalones o hitos políticos (de planificación de la acción normativa), normativos y jurisprudenciales de la construcción del Ordenamiento jurídico comunitario<sup>5</sup>.

Tras esos primeros instrumentos mencionados que proyectaban la futura política comunitaria de los consumidores, siguieron otros documentos, disposiciones normativas y decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que han ido configurando todo un *corpus* jurídico destinado a asegurar la tutela de los consumidores en sus diferentes campos de actuación. La actividad jurisprudencial estableció un verdadero marco de acción normativa en materia de consumo, iniciado con la trascendental sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 20 de febrero de 1979 en el asunto del *Cassis de Dijon*, al aceptar mediante la doctrina del balance de intereses la preponderancia de determinadas exigencias imperativas nacionales y, en lo que nos interesa, las reglamentaciones estatales destinadas a la protección de los consumidores, en ausencia de una normativa uniforme (o armonizada) comunitaria<sup>6</sup>. De este modo se establecía un principio de reconocimiento mutuo (y de equivalencia) de las legislaciones nacionales que hacía innecesaria una exhaustiva y pormenorizada reglamentación común, de manera que sólo las normas que expresen verdaderos imperativos nacionales y los protejan de modo proporcionado actuarán como obstáculos a la libertad de circulación<sup>7</sup>. La aceptación por el Tribunal de Luxemburgo de las normativas estatales que tutelan al consumidor nacional como obstáculo a la libre circulación de mercancías, y luego al resto de libertades de circulación comunitarias —verdaderos fundamentos de la integración europea— exigía una

paulatina armonización, aún cuando fuera mediante normas básicas, de los niveles de protección de los consumidores en los Estados miembros, a riesgo de que se consolidasen las diferencias en el ámbito de aplicación de las libertades comunitarias<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva de los instrumentos jurídico-políticos que han establecido la planificación de la acción normativa en la materia, deben citarse correlativamente, el *Segundo Programa para una política para la protección e información de los consumidores*, aprobado en mayo de 1981<sup>9</sup>; el *Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores*, de junio de 1986 —paralelo a las propuestas del Libro Blanco sobre el Mercado Interior [Doc. COM (85) 314 final]—<sup>10</sup>; el Acta Única Europea (incorporará expresamente a los Consumidores en el Derecho originario, por medio del artículo 100A, que les asegura un «nivel de protección elevado»), en vigor desde el 1 de julio de 1993; el *Primer Plan de acción trienal (1990-1992)*, de mayo de 1990<sup>11</sup>; el *Segundo Plan de acción trienal (1993-1995)*, de julio de 1993<sup>12</sup>; el Tratado de Unión Europea de Maastricht, que entra en vigor el 1 de noviembre de 1993<sup>13</sup>; el *Libro Verde de acceso de los consumidores a la justicia*, de 16 de noviembre de 1993<sup>14</sup>; la Comunicación de la Comisión sobre *Prioridades de la política de los consumidores* de 31 de octubre de 1995<sup>15</sup>; la Comunicación de la Comisión de 14 de febrero de 1996 que aprueba el *Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior*<sup>16</sup>; el *Libro Verde de la comisión sobre Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores* de 22 de mayo de 1996<sup>17</sup>; la Comunicación de la Comisión *Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor* de 26 de junio de 1997<sup>18</sup>; la Comunicación de la Comisión que aprueba el *Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001*<sup>19</sup>; y la Decisión n° 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 25 de enero de 1999 por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores<sup>20</sup>.

En la actualidad, el *Tratado de Amsterdam*, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de mayo de 1999, sigue desarrollando el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección a los consumidores; admite la interdependencia con otros intereses del mercado y de las políticas públicas; refuerza la base para la adopción de medidas en favor de los consumidores; y reconoce en el nuevo artículo 153 destinado a la regulación de la materia, los cambios económicos y sociales que han acontecido, así como el carácter permanente de los derechos de los consumidores<sup>21</sup>.

Toda esta programación y planificación política y legislativa ha fructificado a partir de la mitad de los

años ochenta, proyectándose en un amplio conjunto de textos normativos en vigor que abordan los distintos aspectos y materias a los que se entendía por las instituciones comunitarias debía extenderse la protección del consumidor, y que coinciden en gran medida con los cinco derechos ya identificados en el *Programa preliminar* de abril de 1975: la protección de la salud y la seguridad de los consumidores, y de la calidad de los productos<sup>22</sup>; la protección de sus intereses económicos<sup>23</sup>; la información y la educación<sup>24</sup>; el derecho de representación<sup>25</sup>; y el acceso de los consumidores a la justicia<sup>26</sup>. Se ha creado por tanto un verdadero **Derecho comunitario del consumo** destinado a la protección de los consumidores en el Mercado único<sup>27</sup>, y hoy la política de protección de los consumidores está directamente vinculada a la realización y perfeccionamiento del propio Mercado Interior<sup>28</sup>. También la jurisprudencia del TJCE, en la fase intermedia del proceso de desarrollo, y en ausencia de normas de derecho positivo, llegó a reconocer determinados derechos subjetivos a los consumidores, en relación con las exigencias de información, sobre la base de las valoraciones y previsiones de los programas de 1975 y 1981<sup>29</sup>. La existencia real de un **Derecho comunitario del consumo** llega hasta el punto de que en la actualidad las preocupaciones de las instituciones comunitarias y en particular de la Comisión Europea se refieren, no ya a la elaboración de nuevas normas, sino a los obstáculos y problemas en la aplicación de la normativa existente, bien por los retrasos o la deficiente transposición de las disposiciones de las directivas a los Derechos estatales; o bien por las dificultades en la aplicación práctica de las normas protectoras con eficacia y uniformidad, de modo que los consumidores no terminan de beneficiarse de modo efectivo con su reglamentación, pues la protección establecida no llega a amparar a sus destinatarios, o no suficientemente ni en la generalidad de los casos<sup>30</sup>. La exigua aplicación judicial de la normativa se debe generalmente a un factor que desincentiva la reclamación judicial por los consumidores: la desproporción excesiva que se da entre la relevancia económica del perjuicio —generalmente escasa— y el más alto coste del proceso<sup>31</sup>. Alguno de los últimos cuerpos legislativos que han entrado en vigor en fechas recientes se ocupa precisamente de perseguir una mayor eficacia de las normas protectoras ya existentes<sup>32</sup>.

La falta de previsión de los tratados fundacionales en el establecimiento de una política comunitaria de consumidores y la más tardía elaboración del Derecho comunitario del consumo obedecen a un dato histórico concreto. Es con la aparición de nuevas realidades sociales y comerciales, y la construcción del Estado social de Derecho tras la II Guerra Mundial, cuando se hace patente la conveniencia de

tomar en consideración los intereses del consumidor en los ordenamientos jurídicos estatales<sup>33</sup>. Será la emergencia del movimiento de los consumidores como fenómeno social de la economía de mercado— alternativa al movimiento sindical—, en un momento histórico de su proceso de desarrollo (en Europa, los años setenta) lo que impulse la recepción en el ordenamiento jurídico de los intereses del consumidor mediante la elaboración y adaptación de una normativa protectora<sup>34</sup>. Las necesidades de seguridad en el tráfico y la exigencia de confianza de los actores en el mercado justificarán la intervención del aparato normativo estatal en las relaciones jurídico-privadas, evitando los abusos de la parte fuerte sobre la parte débil de la relación contractual<sup>35</sup>.

Salvo en supuestos singulares, el contrato se presenta como el centro gravitatorio de la relación entre el consumidor y el operador mercantil<sup>36</sup>. En el Derecho hay circunstancias típicas caracterizadas por la debilidad de uno de los sujetos, ya se derive de su condición, en el caso de los menores e incapaces, ya de la posición ocasional en que se halla en la relación jurídica, por ejemplo en las obligaciones alimentarias y en la responsabilidad extracontractual<sup>37</sup>. Junto a ellas, existen determinados supuestos en las relaciones contractuales donde las partes se encuentran en posiciones económicas y sociales diferentes, que generan la vulnerabilidad de una de ellas como consecuencia de la propia estructura de la economía y de la organización de la producción, la distribución y la comercialización de mercancías y servicios en el mercado, que se realiza en masa de forma estandarizada<sup>38</sup>. En esa desigualdad de carácter estructural, la parte fuerte de la relación contractual está en disposición de imponer su voluntad e intereses a la parte más débil, que se halla en una condición de dependencia económica frente al cocontratante y se ve forzada a contratar con él de forma desventajosa, sin posibilidad de negociar siquiera las condiciones del contrato<sup>39</sup>. En tal situación se encuentran los trabajadores, los tomadores de seguros, los consumidores y los contratantes de transporte. La **autonomía de la voluntad de las partes**, como regla general en materia de obligaciones contractuales, que tiene por finalidad reconocer a los sujetos la capacidad de autocomposición de sus relaciones jurídico-privadas, es la que permite que el comerciante (la parte fuerte) busque su beneficio, aprovechándose de su posición y perjudique al consumidor (la parte débil)<sup>40</sup>. La autonomía de la voluntad, útil y eficaz en tanto regla general en materia de contratos, se constituye en dogma jurídico fundado sobre un presupuesto de carácter apriorístico que desmiente la realidad en las relaciones de consumo: la pretendida igualdad de las partes en la negociación de las condiciones del contrato<sup>41</sup>. Por el contrario, mientras el comerciante es un profesio-

nal, a veces con gran capacidad económica, al consumidor, que negocia para cubrir sus necesidades vitales, le falta información, experiencia, preparación y visión global de la relación que establece con el comerciante<sup>42</sup>, se halla a merced de las estrategias empleadas y las necesidades elaboradas por el *marketing* y la publicidad a través de la persuasión<sup>43</sup>. Al tiempo, a causa de la comercialización en masa, característica de las relaciones de consumo, se elude la negociación mediante el uso de cláusulas generales de la contratación que convierten el acuerdo en un mero contrato de adhesión, frente al que el consumidor no tiene otra alternativa que aceptar o abstenerse de contratar<sup>44</sup>. Fundada en los valores del Estado social de Derecho, la intervención estatal en defensa del consumidor se produce así, en las reglamentaciones nacionales sustantivas, no sólo en orden a la articulación de medidas que aseguren al consumidor la protección de su salud y seguridad, y de sus intereses económicos y sociales, sino también, y particularmente, mediante su "intromisión" en las relaciones entre particulares, buscando colocar al consumidor en plano de igualdad con el comerciante, nivelando la desigualdad estructural en que se halla en virtud de su posición social y económica en el mercado<sup>45</sup>. Tales medidas, como ha destacado A. ADRIÁN ARNÁIZ, se han articulado mediante dos tipos de procedimientos, bien indirectos, estableciendo reglas que afectan de modo general a los principios generales del Derecho de los contratos; bien directos, reglamentando de modo particular la protección del consumidor, y reconociendo su posición económico-estructural de debilidad en la relación jurídica, como manifestación de los valores del Estado social<sup>46</sup>. En esa dualidad, subyace a veces la prevención hacia lo que se ha denominado una posible «fractura» del Derecho de los contratos; quedándose aislada una parte «general», de cuya regulación se excluyen determinadas operaciones económicas que se ven reglamentadas por normas especiales destinadas en exclusiva a una categoría de sujetos<sup>47</sup>. De tal modo, que este tipo de aproximación, realizada por el Derecho comunitario, se ha criticado con el argumento de que supone una ruptura de la tradición y evolución de los sistemas estatales sobre contratos, y parece recoger «el modelo dejado en herencia por muchos ordenamientos socialistas, que precisamente solían disciplinar separadamente los contratos con los consumidores y los contratos denominados de la economía»<sup>48</sup>. Es así que emerge en el Derecho de consumo de forma particular un elemento histórico fundamental del Derecho privado: la repercusión de las relaciones económicas y mercantiles sobre el «paradigma civilístico»<sup>49</sup>. La legitimidad de tal intervención estatal viene dada por la expansión de las normas constitucionales, que amplían su ámbito de aplicación —y en particular el de los derechos fun-

damentales de las Cartas constitucionales— a las relaciones privadas<sup>50</sup>.

Si se ha aceptado que el Estado de bienestar tiene por función intervenir, por medio de su reglamentación sustantiva, en las relaciones entre particulares para amparar los intereses de la parte débil de la relación jurídica que queda en posición de vulnerabilidad<sup>51</sup>, desde el punto de vista del Derecho internacional privado (DIPr.), el problema se suscita en torno a si la reglamentación del tráfico externo puede tener, y en qué medida, como objetivo esa misma protección. Si el DIPr., de forma paralela al Derecho material, puede desempeñar una función similar en defensa del consumidor como parte débil de la relación contractual.

Sobre la base de la más pura tradición del método conflictual e indirecto creado por E.K. von Savigny<sup>52</sup>, un relevante sector doctrinal del DIPr. ha defendido históricamente que la reglamentación del tráfico externo debe limitarse a determinar el Derecho aplicable a un litigio con elemento extranjero (la búsqueda de la “sede” de la relación jurídica) y que la apreciación de los intereses en juego corresponde en todo caso al Derecho material y no al Derecho conflictual<sup>53</sup>. A partir de un momento, en lo que será un proceso hacia la materialización de la norma de conflicto, se realiza una distinción, bien que estricta, entre la justicia en la elección de la ley (o justicia conflictual) y justicia material<sup>54</sup>. La norma de conflicto estará caracterizada de modo taxativo por la nota de **neutralidad**. Su función se reserva exclusivamente a la elección del Derecho que debe regir la relación jurídica, como sede que le corresponde; mientras la ponderación de los intereses en juego se atribuye en exclusiva al ordenamiento jurídico que designe la norma de conflicto, no debiendo interferir el método indirecto (el sistema conflictual de la *lex fori*; salvo mediante el juego de la excepción de orden público) en lo que es competencia del ordenamiento seleccionado: hacer la valoración de la situación y de las relaciones jurídicas y amparar los intereses de una de las partes frente a la otra, reconociéndoles el carácter de derechos subjetivos protegidos jurídicamente. Desde esta perspectiva, la norma de conflicto deberá preservar su neutralidad y quedarse exclusivamente en su función puramente atributiva en la búsqueda de la «mejor localización»<sup>55</sup>.

Frente a esta función localizadora estricta de la norma de conflicto, la doctrina actual sostiene que la operación de determinación del Derecho que debe regir la relación jurídica con elemento extranjero no puede hacer abstracción de los valores e intereses en los que se inspira el Derecho material<sup>56</sup>. Sin duda este cambio se ha producido como respuesta a la impugnación por las doctrinas estadounidenses y anglosajonas al método conflictual, y en busca de una salida a la tan enfatizada «crisis de la

norma de conflicto»<sup>57</sup>. La neutralidad de la norma de conflicto no es más que una neutralidad aparente, ya que los puntos de conexión de cualquier norma de conflicto de leyes expresan una determinada política legislativa, son criterios de regulación que responden a fines materiales -a determinadas “directrices de selección” identificables<sup>58</sup>, y el DIPr. no puede tener otra finalidad que la de cualquier disciplina jurídica, es decir, **dar una solución justa desde el punto de vista sustantivo a los supuestos de hecho que constituyen su objeto**, las relaciones y situaciones privadas con un elemento de extranjería<sup>59</sup>. Por otra parte, también el DIPr. clásico utilizaba técnicas que perseguían intereses materiales, ya mediante la utilización de las normas de aplicación inmediata, de la excepción de orden público, o incluso mediante técnicas incorporadas en el propio método conflictual, tales como los puntos de conexión alternativos, que favorecen la validez del negocio jurídico. Por tanto, ninguna propiedad intrínseca del DIPr. impide que se tomen en consideración los intereses y valores acogidos en el Derecho sustantivo al elaborar la reglamentación del tráfico externo, con objeto de que las soluciones a los problemas particulares que se derivan de la presencia del elemento extranjero estén también orientadas a los fines de justicia del Derecho. Y así se han elaborado en los Derechos estatales y en las codificaciones internacionales de DIPr. normas de conflicto cuyas conexiones persiguen directamente una finalidad material. Pero, como ha puesto en evidencia J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, este cambio ha significado una modificación sustancial del DIPr., que ha visto alterado radicalmente el paradigma histórico de la norma de conflicto sin hallar un nuevo paradigma alternativo<sup>60</sup>.

Superado el debate sobre la neutralidad de la norma de conflicto, el Derecho y los valores del Estado social han penetrado en los presupuestos de base del sistema conflictual<sup>61</sup>, fijando su impronta en las normas positivas que regulan el tráfico externo. En el ámbito del consumo se traduce en la intervención estatal para tomar en consideración la posición de debilidad del consumidor cuando se halla con un comerciante en una relación contractual que posee dimensión transfronteriza, y es preciso determinar por tanto el ordenamiento jurídico aplicable que debe regular la situación y establecer, según sus juicios y criterios, los límites a la capacidad autonormativa de las partes, esto es, a la autonomía material<sup>62</sup>.

La **autonomía de la voluntad**, cuestionada como hemos visto en el Derecho sustantivo de los contratos de consumo en tanto que autonomía material, es el criterio generalmente admitido en el DIPr. de los contratos actual como conexión preeminente, aunque su concreción se haga, en cada ordenamiento estatal, de modo más amplio o más

restringido<sup>65</sup>. De hecho, la aparición del concepto de "autonomía de la voluntad", su génesis, se produce en el ámbito del DIPr. a fines del siglo XIX, para incorporarse posteriormente a la teoría general de los contratos<sup>66</sup>. Lo que se plantea es si la libertad de las partes debe recibir en el DIPr. de consumo un trato equivalente al que recibe en el Derecho sustantivo (una limitación), cuando por razón de la desigualdad estructural entre las partes, el libre juego de la voluntad facilita o consiente que la parte débil quede sin la protección que le asegura el ordenamiento jurídico que de modo regular regiría la situación si fuera un supuesto puramente interno<sup>65</sup>.

La autonomía de la voluntad es, también en las relaciones de consumo con elemento de extranjería, el medio por el que a los operadores económicos se les ofrece la posibilidad de abusar de su posición preeminente frente al consumidor, precisamente en las operaciones destinadas a determinar el juez competente y el Derecho aplicable a sus controversias, ya que pueden imponer en el contrato de adhesión cláusulas de elección de un foro o de la ley aplicable que favorezcan su posición y desprotejan al consumidor<sup>66</sup>. En su Curso de la Haya de 1984 sobre «La protection de la partie faible en Droit international privé», F. POCAR utiliza un ejemplo de M. Neuhaus, en materia de transporte, suficientemente expresivo de hasta dónde puede llegar el abuso de la parte poderosa sobre la parte débil del contrato por la libre elección del Derecho aplicable: en 1946, al final de la II guerra mundial, una compañía estadounidense de transporte entre las condiciones generales del contrato que incorporaba al billete de transporte marítimo incluía la siguiente cláusula: en caso de conflicto de leyes, el naviero y el transportista se benefician de la protección de la ley que les resulte más favorable<sup>67</sup>. Como respuesta, los sistemas de DIPr. y los instrumentos convencionales han perseguido el uso de métodos correctores o limitativos de la libertad contractual<sup>68</sup>. De este modo, como ha afirmado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, se produce en la contratación internacional una «tensión dialéctica», una antinomia entre la libertad de los particulares, con el respeto a la autonomía de la voluntad de los contratantes, de un lado, y, de otro, el respeto a la autoridad estatal, representada en las «normas materiales imperativas»<sup>69</sup>.

Desde muy pronto, el Derecho comunitario europeo, aún antes de que existieran normas materiales de Derecho derivado expresamente protectoras de los consumidores, hizo causa de esta concepción. La reforma llevada a cabo en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones judiciales, con motivo de la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en 1978, estableció normas específicas que limitaban la autonomía de elección del foro competente para resolver los litigios de

consumo<sup>70</sup>. La razón de tal limitación se halla en que la hipotética elección por el comerciante de un foro ajeno al consumidor podía privarle de cualquier posibilidad de reclamación judicial, quedando sin contenido su derecho de acceso a la justicia<sup>71</sup>.

Las cuestiones referidas a la ley aplicable al contrato de consumo y a las cláusulas abusivas no negociadas e impuestas al consumidor, y que convierten al contrato de consumo en un contrato de adhesión, resultan precisamente el objeto principal de nuestro estudio en este trabajo, y su regulación por el Derecho comunitario se establece, como veremos, en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y también en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya aplicación conjunta resulta susceptible de colisionar al poseer espacios coincidentes en sus ámbitos de aplicación.

Aceptada por el DIPr. la función protectora de las normas que regulan el tráfico externo, se plantea en el Derecho comunitario europeo el problema de la existencia de una pluralidad de instrumentos normativos que en ocasiones regulan con métodos similares, pero soluciones no idénticas, un mismo supuesto de hecho. Si esta es una dificultad compartida con otros espacios de integración (en un contexto como el del Mercosur pueden plantearse problemas de potenciales conflictos normativos entre normas que pertenecen a diferentes Convenios internacionales y regulan una misma materia), el que tales instrumentos se hallen incluidos en fuentes de diversa índole, origina un problema particular de la Unión Europea, del que es un ejemplo el supuesto que nos ocupa: la existencia de conflictos normativos entre disposiciones comunitarias del Derecho derivado y preceptos —también comunitarios— pero incluidos en fuentes convencionales de carácter complementario en relación con los Tratados fundacionales<sup>72</sup>, como son los Convenios previstos en el artículo 220 del Tratado de la Comunidad europea (como el ya mencionado Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones judiciales), o el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, objeto de nuestro estudio, cuya fundamentación estaría indirectamente en el artículo 220 TCE, o en el artículo 235 TCE<sup>73</sup>.

Lo que constituye el interés fundamental de nuestra exposición en este trabajo se refiere precisamente a la solución de tales conflictos normativos, a la delimitación y coordinación de los diversos ámbitos de aplicación y de los métodos de reglamentación utilizados, que coexisten en su diversidad e incluso en ocasiones pueden llegar a oponerse técnicamente. El funcionamiento de la ya citada

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, actuará sin duda como prototipo en la solución de estas controversias.

## II. LA REGLAMENTACIÓN EN EL CONVENIO DE ROMA DE 19 DE JUNIO DE 1980 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: PROTECCIÓN MEDIANTE LOS MÉTODOS BILATERAL Y UNILATERAL

El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR)<sup>74</sup> contiene la reglamentación comunitaria de base en materia de contratos de consumo, a la que se han ido superponiendo, como veremos, las normas de DIPr. contenidas en las Directivas comunitarias de carácter protector y generalmente sectorial. La relevancia de las soluciones del Convenio de Roma de 1980 hay que colocarla en el contexto del proceso de incorporación de intereses materiales en la norma de conflicto<sup>75</sup> y en la paulatina aceptación en el Derecho positivo de la búsqueda del *Derecho más justo* en el caso concreto, como Derecho aplicable al supuesto con elemento extranjero; en la recepción sin reservas en el método conflictual de una concepción de la justicia equivalente a la de las normas internas que, adaptada a las circunstancias particulares del tráfico externo, proyecta en la designación de la norma aplicable al supuesto transfronterizo las valoraciones de las normas sustantivas del foro. Se quiebra así en el Convenio la división entre justicia material y justicia conflictual, de tal modo que, como ha dicho F. FUMAGALLI, el artículo 5 del Convenio, que regula los supuestos de consumo, «pone de manifiesto la superación de la concepción tradicional de la neutralidad de la norma de conflicto, según la cual las valoraciones materiales de los intereses en juego deberían quedar fuera de la función de la norma de colisión»<sup>76</sup>. Desde el punto de vista técnico-normativo, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS ha clasificado la técnica utilizada por el CR entre las soluciones que, atentas al resultado, operan mediante la utilización conjunta de dos normas de DIPr. de distinto carácter<sup>77</sup>. Cabe, como refiere el mismo autor, distinguir en los artículos 5 y 7 del Convenio dos procedimientos distintos de reglamentación y de uso conjunto de técnicas normativas diferentes del DIPr.<sup>78</sup> El primero de ellos (artículo 5 CR) crea una «norma de conflicto especializada», lo que permite que un sólo Derecho nacional sea comúnmente el aplicable a la relación de consumo; mientras el segundo método (artículo 7 CR) supone la superposición de las normas de aplicación inmediata sobre las normas de conflicto, lo que lleva en exceso a la aplicación de dos ordenamientos jurídicos al mismo contrato, cuestión que se ha

considerado debía de evitarse en la medida de lo posible<sup>79</sup>.

### A. La protección mediante el método bilateral en el artículo 5 del Convenio: un sistema comparativo de fondo.

El artículo 5 CR establece una norma de conflicto específica aplicable a los contratos de los consumidores como excepción a las normas generales de los artículos 3 (autonomía de la voluntad, elección por las partes del derecho aplicable) y 4 (vínculos más estrechos con presunción de la prestación característica y cláusula de escape), que estudiaremos más adelante. En la dialéctica entre reglamentación general y reglamentación especial, el Convenio optó aquí por la segunda alternativa y recogió una regulación especial e inflexible<sup>80</sup>, adaptada a las circunstancias particulares de los consumidores, sustrayéndosela a las soluciones generales. La introducción de este artículo en el texto de Convenio se hizo en el segundo anteproyecto de 1978, como expresión de las tendencias más abiertas a la incorporación de intereses materiales en la norma de conflicto<sup>81</sup>. El hecho de que no hubiera referencias a los consumidores en el anteproyecto de 1972, y se incorporasen con posterioridad las soluciones específicas, ilustra muy bien el momento histórico de cambio del DIPr. en la recepción de la perspectiva más sustancialista, que ya tenía su expresión en las soluciones adoptadas o en vías de adopción en determinados ordenamientos nacionales e instrumentos internacionales<sup>82</sup>. En particular, se utilizaban ya técnicas de protección del consumidor, mediante un método unilateral determinando el ámbito de aplicación de las propias normas protectoras, en la ley de protección del consumidor de Quebec, de 14 de julio de 1971<sup>83</sup>, en la ley alemana sobre condiciones generales de la contratación (*AGB-Gesetz*) de 9 de diciembre de 1976<sup>84</sup>, y en la *Unfair Contracts Terms Act 1977* del Reino Unido<sup>85</sup>; y mediante el método bilateral, en el artículo 41 de la ley austríaca de DIPr. de 15 de junio de 1978<sup>86</sup> y en lo que en la época era aún el proyecto del ley suizo de DIPr., que terminaría por dar lugar a la Ley federal suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987<sup>87</sup>. La tendencia no era, por otra parte, sino la de las soluciones del DIPr. estadounidense cuyo segundo *Restatement* recoge fórmulas coincidentes con las que se codificaban en el Derecho continental<sup>88</sup>. En el mismo período de elaboración del CR, y bajo la significativa presidencia de P. Lagarde, se negociaba en la Conferencia de La Haya lo que terminaría por ser el anteproyecto de La Haya de artículos sobre la ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores, con soluciones sustancialmente análogas a las del CR<sup>89</sup>. Como ha acreditado M. FALLON, la aparición de las normas bilaterales relativas a los

supuestos de consumo se ha producido en el marco de un proceso en el que las leyes nacionales de aplicación inmediata, con carácter autolimitado, preceden históricamente a la formulación de normas de conflicto de leyes, nacionales o internacionales, que poseen un contenido netamente inspirado en aquéllas<sup>90</sup>.

### A.1. *Ámbito de aplicación del artículo 5.*

El artículo 5 delimita su propio ámbito de aplicación material y de vinculación territorial en orden a un doble objetivo: a) fijar con precisión el destino de la protección establecida, y que únicamente se beneficie de ella una verdadera "parte débil" de la relación contractual (ello se procura mediante la determinación del ámbito de aplicación material)<sup>91</sup>; y b) amparar jurídicamente sólo aquéllos supuestos cuyas operaciones se insertan netamente en el mercado del ordenamiento protector (se establecen criterios territoriales que exigen determinadas conexiones para poder beneficiarse de la protección)<sup>92</sup>.

El **ámbito de aplicación material** se acota en el apartado primero del art. 5 mediante el empleo de criterios subjetivos y objetivos. El concepto de "consumidor" es un concepto restringido que busca, como se ha dicho, la protección de una verdadera "parte débil", y coincide con el concepto existente en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en su versión de 1978 (adhesión de Dinamarca, el Reino Unido y la República de Irlanda), cuya redacción se hizo tomando como base la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE)<sup>93</sup>, y que ha sido objeto de interpretación posterior por el TJCE<sup>94</sup>. Según esta noción, "consumidor" es, para el apartado primero del artículo 5 CR, aquél que contrata adquiriendo bienes o servicios en el mercado «para un uso que pueda ser considerado ajeno a su actividad profesional». Algunos de los autores que han comentado el Convenio de Roma han estimado que se trataba de un concepto restrictivo<sup>95</sup>, ya que, por ejemplo, deja fuera supuestos que los derechos nacionales —y la jurisprudencia francesa en particular— consideraban dignos de protección<sup>96</sup>. Determinados autores de la doctrina española han criticado en algunos casos el concepto de consumidor de ambos convenios por "equivoco"<sup>97</sup> o "desmesurado"<sup>98</sup>, al no incorporar la finalidad de "uso personal, familiar o doméstico"<sup>99</sup> —que comporta la limitación de la protección estrictamente al *consumidor final*— y establecer únicamente el criterio negativo de uso "no profesional", excluyendo las operaciones destinadas a reintroducir los bienes o servicios en el mercado<sup>100</sup>. Las dudas se han planteado, por ejemplo, en relación con la inclusión en la

noción de los contratos relativos a los «ahorradores», que no son propiamente consumidores, pero que se hallan en posición de debilidad al contratar con una financiera<sup>101</sup>. O también en los casos en que el profesional actúa para un uso particular, pero en el ámbito de su especialidad o en conexión con ella, con lo que no está en situación de debilidad frente a su cocontratante<sup>102</sup>. La sentencia del TJCE de 3 de julio de 1997, en el asunto *Benincasa*, interpreta de modo terminante el concepto en su párrafo 17 en el sentido de que «las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del individuo»<sup>103</sup>, lo que vendría a confirmar la tendencia iniciada según C.A. ESPLUGUES MOTA en la sentencia de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91, *Sbearson Lehman Hutton Inc.*<sup>104</sup>. No obstante, dado el carácter del supuesto de hecho que motivó esta sentencia —un contrato de franquicia para el ejercicio de una actividad comercial futura— cabe mostrar cautelas sobre la inclusión o no en la esfera de protección de aquéllos supuestos en los que el uso sea claramente ajeno a su actividad profesional, pero al tiempo la prestación o prestaciones no estén plenamente incluidas en el ámbito privado del consumidor<sup>105</sup>. En otro orden de cosas, la doctrina ha interpretado mayoritariamente que el consumidor debe tratarse de persona física<sup>106</sup>.

También se han vertido críticas en relación con la falta de precisión en la determinación del profesional comerciante con el que contrata el consumidor, así como a propósito de la conciencia del profesional de que contrata con un consumidor, cuestiones que sí se especifican en el artículo 1.1 del anteproyecto de La Haya de artículos sobre la ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores de 1980<sup>107</sup>. El informe GIULIANO/LAGARDE señala que el artículo 5.1 debe interpretarse en atención al fin protector en el sentido de que el suministrador actúe en el marco de su actividad profesional y sea consciente de comerciar con un consumidor<sup>108</sup>.

Los propios términos del Convenio establecen los criterios objetivos del «acto de consumo» protegido, al referirse a «los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios (...), así como el contrato de crédito destinado a financiar esos suministros». Quedan incluidas en el concepto tanto las compraventas que se realicen con pago al contado como a plazos<sup>109</sup>. Por exclusión, quedan fuera los contratos cuyo objeto sea un bien inmueble (compraventa, arrendamiento, uso en tiempo compartido)<sup>110</sup>, o los contratos que tengan por objeto derechos incorpóreos (contrato de marca, licencia de patente, o el contrato de edición)<sup>111</sup>, y, aunque no hay unanimidad en la doctrina, cabe considerar excluidos *a priori* los

contratos de crédito no dependientes de otros contratos de consumo<sup>112</sup>. Como manifiesta M. VIRGÓS SORIANO, genera cierta sorpresa la eliminación de determinados contratos del ámbito material de la protección del artículo 5 CR, pues no se justifica por la ausencia de las razones que motivan la tutela: la desigualdad estructural de las partes<sup>113</sup>. En tal sentido la definición del Convenio resulta demasiado estrecha.

El artículo 5, apartado 4 del Convenio hace determinadas exclusiones expresas de su ámbito de aplicación: los contratos de transporte (se entiende que no es solución apropiada<sup>114</sup>) y los contratos de suministros de servicios cuando las prestaciones se reciben exclusivamente en un país distinto al de la residencia del consumidor (hotel en el extranjero, curso de idiomas en el extranjero). Pero sí entran en el ámbito del artículo 5 los contratos sobre viajes organizados (*package tours*) que incluyen conjuntamente transporte y alojamiento (con o sin manutención) por un precio global, aunque la salida del viaje se efectúe desde un país distinto al de la residencia habitual del consumidor (apartado 5), y siempre que se trate de contratos de consumo y cumplan las condiciones de conexión territorial con la ley protectora que veremos en breve.

En otro orden de cosas, el Convenio obliga inicialmente, también en relación con el artículo 5, al cumplimiento de la regla general del artículo 1, a saber, que se trate de un «contrato internacional», o dicho en expresión literal de la disposición, que se esté ante «obligaciones contractuales (...) que impliquen un conflicto de leyes»<sup>115</sup>.

Pero además, el Convenio contiene determinadas **condiciones de conexión territorial** con la ley que va a servir para establecer el parámetro de protección que se otorga al consumidor, declarándola aplicable: **la ley de su residencia habitual**. Estas condiciones, recogidas en el artículo 5.2, expresan, como ha señalado M. FALLON, criterios de conexión de la relación contractual con el mercado de la residencia habitual del consumidor, y suponen la bilateralización del criterio territorial del mercado<sup>116</sup>. Son lo que M. VIRGÓS SORIANO ha llamado condiciones de vinculación con el mercado doméstico, que hacen que sólo se acojan a la protección de la ley estatal los supuestos en los que **el consumidor es pasivo**, en los que no ha tomado él la iniciativa de aproximarse a un operador extranjero o de realizar un negocio transfronterizo<sup>117</sup>. Manifiestan el alcance territorial de la política de protección de los consumidores de cada Estado en su propio mercado y ponen en evidencia que el interés preponderante es el interés del Estado en la organización de su mercado<sup>118</sup>.

Tiene, a nuestro juicio, singular relevancia al respecto la distinción que hace O. LANDO ya en 1957 entre contratos realmente internacionales (los con-

tratos comerciales) y el resto de los contratos (donde integrará a los contratos de consumo a partir de 1972)<sup>119</sup>. Considera este autor que cuando el consumidor se beneficia del contrato en su país o la empresa ha realizado una oferta en el mismo (consumidor pasivo) los contratos de consumo no son verdadera o típicamente internacionales, y ello por razón del carácter no pactado del contrato de adhesión y por la protección que otorga el Derecho material a los consumidores, lo que deberá tener efecto, como veremos, sobre la regla de la autonomía de la voluntad<sup>120</sup>. Si se conecta esta perspectiva con el criterio de mercado, resultará que en los supuestos determinados por las condiciones de conexión (consumidor pasivo), el comerciante extranjero se inserta en el mercado de la residencia del consumidor, realizando una operación que desde el punto de vista de este mercado es en realidad puramente interna, y lo es en particular para el propio consumidor, sin diferencia alguna con el resto de operaciones económicas que realiza con los operadores económicos internos.

La ley de su residencia habitual es la ley más próxima al consumidor, con la que tiene una vinculación de carácter regular, y que según concibe es bajo la que se establece su situación jurídica, cuya aplicación le resulta «esperable» o «previsible»<sup>121</sup>, y de acuerdo con la que, sin haber tomado la iniciativa de trasladarse, consigue el mismo grado de protección que en cualquier otra operación puramente interna<sup>122</sup>.

De este modo, para que la ley de la residencia desempeñe el papel protector deben darse una de tres condiciones, que conllevan tres conexiones diferentes con el país de residencia del consumidor, pero que responden a la idea de que el comerciante haya buscado actuar en el mercado del consumidor, o lo haya atraído hacia sí de un modo u otro para realizar el contrato. Por eso se habla al respecto de que son supuestos en los que **el consumidor es pasivo**. El movimiento transfronterizo lo realiza el comerciante, un agente o representante suyo, o promueve y facilita él mismo el movimiento del consumidor. Estas conexiones son:

- (a) que el comerciante, previamente a la celebración del contrato, haya realizado en ese país una oferta especialmente dirigida al consumidor, o mediante publicidad, y que el consumidor hubiese realizado en ese Estado los actos necesarios para la celebración del contrato. Por ejemplo, el caso de una sociedad italiana que introduce publicidad en un diario español dirigida a los consumidores españoles entraría dentro del supuesto en relación con estos consumidores. Por el contrario, si la publicidad la introduce en un diario argentino, y un consumi-



- dor español se dirige a esta sociedad para contratar en virtud del anuncio en el periódico argentino, no se cumpliría la condición, a menos que se tratara de una edición o ediciones del periódico destinadas a España o a los países europeos<sup>123</sup>;
- (b) que el comerciante o su representante reciba el **pedido** del consumidor en el país en que éste tenga su residencia habitual. Aunque esta condición y la anterior comprenden supuestos comunes en algunos casos, existen supuestos incluidos en esta condición que no se contienen en la anterior. Eso sucede cuando el consumidor realice el pedido en el mostrador de una sociedad extranjera en una feria o exposición organizada en el Estado de su residencia; o en una agencia o sucursal de esa sociedad establecidas en ese Estado<sup>124</sup>;
- (c) la última conexión es un supuesto singular que hace referencia a las ventas que se realizan en el marco de excursiones transfronterizas cuando el viaje haya sido organizado por el vendedor, o mediante acuerdo con una compañía de transporte. Esta condición correspondía a una práctica que en la época se seguía en países centroeuropeos y que hoy está más generalizada. Son conocidos en ciertas regiones españolas, por ejemplo, los viajes que se organizan en autocar a ciertas ciudades portuguesas que tienen como objeto fundamental la compra de enseres para el hogar<sup>125</sup>.

De acuerdo con estos criterios que delimitan el ámbito de aplicación del artículo 5, y dado que determinadas categorías de contratos de consumo quedan fuera de su protección, algunos autores han procedido a clasificar los supuestos de consumo en lo que podemos considerar cuatro grandes grupos, útiles para saber qué régimen se aplica a cada uno de ellos desde la perspectiva del Convenio<sup>126</sup>. En nuestro interés, y a nuestro juicio, esta clasificación tiene una relevancia cardinal al determinar la aplicación de las Directivas comunitarias que establecen normas relativas a los contratos de consumo, dado que en determinados casos las normas de las Directivas colisionarán con las soluciones del artículo 5 CR y habrá que atender a tal conflicto, pero en otros, esas normas pueden aparecer como el régimen protector del consumidor en los supuestos que ellas contemplan y que por diversas razones quedan fuera de la tutela del artículo 5 CR. Estas cuatro categorías son:

- (1) Los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 y se benefician de su protección;

- (2) Los contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 porque quedan fuera de su definición material de modo tácito (contratos con entidades financieras) y que reúnen las condiciones de conexión con el mercado doméstico;
- (3) Los contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 porque quedan fuera de su definición material de modo expreso (servicios prestados exclusivamente en un país diferente al de la residencia habitual del consumidor) y que reúnen las condiciones de conexión con el mercado doméstico;
- (4) Los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación material del artículo 5, pero que no cumplen las condiciones de conexión con el mercado de la residencia habitual del consumidor; son supuestos en los que se trata de un consumidor «activo», inmerso a veces sin embargo en el mercado europeo.

#### A.2.- *La protección del artículo 5.*

Bajo estas condiciones, la **ley de la residencia habitual del consumidor** desempeña una doble función: (a) como límite a la regla general del artículo 3 CR de autonomía de las partes en la libre elección del Derecho aplicable a sus relaciones jurídicas; (b) en defecto de elección, como ley aplicable en sustitución de la ley de la residencia habitual del deudor de la prestación característica, que en el artículo 4.2 se presume es la ley que guarda los vínculos más estrechos con el contrato.

*a) La residencia habitual de consumidor como límite a la regla de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 3 CR*

El apdo. 1 del art. 3 del Convenio establece como **punto de conexión principal la autonomía conflictual**, al prever que los contratos se regulen por la ley elegida por las partes. Se justifica esta solución porque permite dar seguridad jurídica al contrato, coherencia a su relación con el Derecho considerado aplicable y adaptar las circunstancias a los intereses de las partes y del tráfico, muy especialmente en el comercio internacional<sup>127</sup>. El Convenio acoge la autonomía de la voluntad de modo **amplio** (no se exige escoger la ley de un Estado miembro, ni que exista conexión entre la ley escogida y el caso concreto) y **flexible** (la elección de la ley aplicable puede hacerse de forma expresa o tácita, puede designarse en un momento posterior a la celebración del contrato si es expresa, e incluso puede realizarse un fraccionamiento del contrato, *depeçage*, eligiendo una ley diferente para aspectos diversos de la relación contractual siempre que se preserve la coherencia del contrato)<sup>128</sup>. Cuando se

está ante un supuesto que no supone conflicto de leyes porque todos los elementos se encuentran localizados en un sólo Estado, la elección como Derecho aplicable de una ley distinta de aquella en que está localizado no lo transforma en «internacional» y se impone la aplicación en todo caso de las normas no dispositivas de ese Estado (art. 3.3 CR).

Se ha dicho a propósito del CR que «si consagra con un fervor particular la autonomía de la voluntad» es también porque al mismo tiempo ha recogido los elementos del cambio operado en el Derecho internacional privado en tres aspectos que vamos a tener ocasión de analizar a lo largo de la exposición: a) toma en cuenta la función social del contrato a través de la idea de prestación característica de la conexión subsidiaria general; b) faculta al juez a corregir la conexión contractual permitiendo que se apliquen las normas imperativas de un tercer Derecho; y c) establece normas especiales en protección de consumidores (y trabajadores) que suponen «derogaciones estrechamente circunscritas» de la autonomía de la voluntad que al tiempo contribuyen a legitimarla como principio general, o incluso anuncian la extensión a los conflictos de leyes contractuales de un nuevo orden del Derecho civil contractual<sup>129</sup>.

En materia de contratos de consumo, el apartado 2 del artículo 5 limita entonces el juego de la autonomía de la voluntad, ya que, como hemos señalado, la libre elección por los contratantes de la ley aplicable es lo que concede un margen de actuación a la parte poderosa de la relación contractual, el comerciante, que utiliza para abusar del consumidor (buscando el máximo beneficio de su posición en el mercado)<sup>130</sup>. Para dar protección al consumidor, el modo de actuar sobre la libre elección del Derecho aplicable podía haber sido su simple y taxativa supresión, como establece el artículo 120 de la Ley federal suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987, haciendo depender la determinación del ordenamiento aplicable de una conexión objetiva favorable, como la de la residencia habitual del consumidor<sup>131</sup>. Sin embargo, descartar la elección del Derecho aplicable puede perjudicar al consumidor, pues le priva del mayor beneficio que hipotéticamente le otorguen las normas de la ley seleccionada<sup>132</sup>; al mismo tiempo impide al operador comercial organizar su actividad bajo el mismo Derecho, estandarizando a priori sus condiciones<sup>133</sup>.

Por ello el artículo 5.2 CR prevé la restricción de la autonomía conflictual con una técnica más depurada, más sutil y menos contundente, una técnica que retiene la elección de Derecho cuando favorece al consumidor, pero lo ampara frente a su uso abusivo por el comerciante, de tal modo que **la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguran las disposi-**

**ciones imperativas (indisponibles y protectoras) de la ley de su residencia habitual.**

La fórmula con la alusión a tales disposiciones imperativas parece contemplar los supuestos de consumo con un tratamiento cercano, aunque no idéntico, al que el artículo 3.3 concede a las relaciones puramente internas, impidiendo eludir cualquier norma no dispositiva del Derecho de la residencia habitual del consumidor que suponga una determinada protección en su beneficio<sup>134</sup>. Esta interpretación sigue la lógica del juicio que hemos derivado de la distinción de O. LANDO anteriormente mencionada<sup>135</sup>, no considerando a los contratos de consumo “contratos realmente internacionales” cuando se localizan en el mercado del consumidor en virtud de las conexiones señaladas (consumidor pasivo), lo que justifica un tratamiento próximo al que reciben los contratos puramente internos, pues se estaría en presencia de una forma particular de “falsa internacionalización”<sup>136</sup>. Sin embargo, como señala P. LAGARDE, la elección de ley que admite la norma responde con todas las consecuencias al principio de autonomía conflictual<sup>137</sup>. No se trata de un simple ejercicio de la autonomía material<sup>138</sup>, mientras la ley de la residencia habitual rige la relación como ordenamiento jurídico competente. La fórmula opera de otro modo, mediante una **reglamentación de resultados** entre los dos ordenamientos jurídicos como tales, donde se toman en consideración los intereses materiales de protección del consumidor exigiendo al juez que realice una **comparación** entre las tutelas que acuerdan la ley elegida y la ley de la residencia habitual del consumidor, aplicando aquélla que otorga un nivel superior de protección<sup>139</sup>. La función que se da a la ley de la residencia habitual del consumidor es la de establecer el estándar mínimo protector<sup>140</sup>, quedando condicionada la autonomía conflictual —la aplicación del Derecho elegido— por el respeto, cuando menos, del mismo nivel de protección. De este modo la amplitud del ámbito de actuación de la autonomía conflictual vendrá dado por el Derecho de la residencia del consumidor; y si este ordenamiento establece una protección exhaustiva en los diferentes aspectos, el margen de libertad en la elección del Derecho puede llegar a ser un muy pequeño<sup>141</sup>.

Pero esta previsión comparativa no está exenta de problemas. Cabe preguntarse si el consumidor va a poder beneficiarse en cada caso concreto del nivel de protección más elevado de cada uno de los dos ordenamientos jurídicos. O si, por el contrario, estamos ante lo que algunos autores han llamado una aplicación alternativa entre los dos Derechos<sup>142</sup>, al tomar en consideración que cada ordenamiento jurídico establece una compensación de beneficios y cargas entre las partes del contrato<sup>143</sup>. En este último caso debería optarse por la aplicación de uno de

los dos ordenamientos pero no cabría una aplicación cumulativa de las normas de ambos<sup>144</sup>, o al menos no consideradas de forma aislada sin atender a la coherencia del objetivo regulador del conjunto normativo en el que se insertan<sup>145</sup>. M. GUZMÁN ZAPATER ha considerado, por el contrario, que en la práctica se deberá estar ante una comparación de la reglamentación de las cuestiones concretas<sup>146</sup>.

Las objeciones a la aplicación cumulativa se pueden fundamentar en que ésta supone una ruptura del estatuto del contrato cuando las normas imperativas se insertan en el régimen establecido por la ley aplicable al contrato<sup>147</sup>; sin embargo, con la aplicación conjunta se resuelve el problema de muy difícil solución que plantea la opción por una aplicación "alternativa" cuando los dos ordenamientos tutelan al consumidor con un nivel equiparable, pero estructuran la protección de forma diferente<sup>148</sup>.

Nos encontramos pues, ante un método mixto, donde las normas imperativas desempeñan un papel distinto al que les correspondía en los supuestos tradicionales, aceptando como límite a la aplicación de la ley escogida por las partes, el estándar mínimo que establecen las disposiciones imperativas del ordenamiento de la residencia habitual del consumidor. Si los inconvenientes del método están en que crea una determinada incertidumbre, sus ventajas se hallan en que garantiza una tutela mínima al consumidor<sup>149</sup>, mediante el parámetro de protección de la ley cuya aplicación es *a priori* "previsible" -la de su residencia habitual<sup>150</sup>- y no impide la aplicación de otra ley en su beneficio. Aún cuando cabe prever que en la mayor parte de los casos la búsqueda, alegación y prueba por el consumidor de las normas más favorables del Derecho escogido no se compense con los beneficios reales que ello le pueda reportar<sup>151</sup>, habrá supuestos en que sí resulte provechoso.

Se ha criticado la solución del Convenio como inadecuada por O. LANDO porque resultará difícil para el consumidor conocer la ley extranjera y añadirá complejidad y costes al consumidor en la alegación y prueba del Derecho extranjero, a lo que se añaden los derivados del posible fraccionamiento (*dépêçage*) del contrato<sup>152</sup>. Sin embargo, si se hace un esfuerzo por imaginar cómo funcionarían generalmente las soluciones en la práctica, cabe pensar que el consumidor siempre invocará la ley protectora de su residencia habitual, salvo que tenga conocimiento directo del contenido más beneficioso de la ley escogida por el comerciante en el contrato de adhesión; y que por tanto, cuando el propio comerciante alegue la aplicación del Derecho escogido, caerá sobre él la carga de la prueba y deberá demostrar que el Derecho que él invoca es el que resulta más favorable para el consumidor. En el peor de los casos se le aplicarán las leyes de su residencia habitual, por lo que el consumidor no tiene nada que perder.

(b) *la conexión objetiva en defecto de elección: la residencia habitual del consumidor en sustitución de la ley de la residencia habitual del deudor de la prestación característica*

La conexión objetiva, en defecto de elección, será según el artículo 5.4 CR la propia ley de la residencia habitual del consumidor cuando se cumpla una de las condiciones de vinculación con el mercado doméstico anteriormente señaladas. Se desplaza así a la conexión subsidiaria general del artículo 4 CR como conexión objetiva —y a la regla de la prestación característica en ella contenida— de su presunta expresión de la "mayor proximidad" con el contrato<sup>153</sup>. La aplicación de la regla del artículo 4 CR conlleva para el consumidor la máxima desventaja<sup>154</sup>. La ley de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica del contrato supone en el contrato de consumo la aplicación sistemática de la ley de la residencia habitual (establecimiento principal) del comerciante, una ley con la que el consumidor no tiene ninguna razón para haber establecido ninguna conexión. En su sentido literal, el consumidor realiza la prestación no característica del contrato: la prestación dineraria<sup>155</sup>.

La opción por la residencia habitual del consumidor se fundamenta en que es la que le concede el mejor amparo pese a que no tenga el máximo nivel de protección; la que le resulta más familiar, en la que se encuentran sus expectativas de protección<sup>156</sup>, la que menos dificultades le ofrece para su conocimiento e invocación<sup>157</sup>, pudiendo contar en su ayuda con los instrumentos de defensa del consumidor del Estado de su residencia (asociaciones de consumidores, oficinas públicas de información al consumidor, etc...), y la que —en un contexto donde ya existen evidentes obstáculos para su ejercicio por la escasa relevancia económica de las reclamaciones— le facilita el acceso a la justicia<sup>158</sup>. Evita además la consecuencia más perjudicial para el consumidor: el efecto sorpresivo de encontrar como aplicable un Derecho del que ignora todo y cuyo conocimiento e invocación le supondrá un coste añadido que previsiblemente le desincentive a emprender cualquier acción de defensa<sup>159</sup>. Frente a las críticas que han censurado que no es el Derecho que ofrece la máxima protección al consumidor, se trata de la ley, como ya hemos afirmado, de acuerdo con la que el consumidor, sin ser responsable de estar inmerso en una relación transfronteriza, consigue el mismo nivel de protección que en cualquier otra operación puramente interna<sup>160</sup>. Es en definitiva "la ley propia del medio socio-jurídico donde se inserta la parte débil" de la relación, el medio del consumidor<sup>161</sup>; la protección con la que legítimamente puede contar<sup>162</sup>, y el criterio que delimita el ámbito de aplicación de las normas protectoras de los consumidores en el mercado, el que establece la conexión por efecto del operador en el mercado<sup>163</sup>. Por el contra-

rio, la ley de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica del contrato es la que corresponde, como ya hemos indicado al medio del comerciante, al medio de la "parte fuerte" del contrato. Su justificación originaria estaba en la necesidad de facilitar al comerciante que todas sus operaciones se estandarizaran y se regularan por el mismo Derecho, con objeto de ahorrarle costes añadidos por la fragmentación jurídica<sup>164</sup>.

Resulta ilustrativo, desde el punto de vista de la coherencia de las directrices de política legislativa que legitiman la utilización de uno y otro punto de conexión, el análisis de M. FALLON<sup>165</sup>, quien considera la conexión especial de la residencia del consumidor, más que un verdadero correctivo a la teoría de la prestación característica, un modo de aplicación particular de la misma, y que tiene un inmediato precedente, como conexión condicionada, en la solución del artículo 3.2 del Convenio de la Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales<sup>166</sup>. La identidad de razón entre ambas conexiones puede verse desde una doble perspectiva: (a) lo propio de la relación contractual de consumo está en la presencia del consumidor, de su prestación de consumo —el hecho de contratar con un operador económico, sin serlo, para un fin generalmente familiar que saca del mercado los productos y servicios—; será por ello la prestación del consumidor la prestación característica. Complementariamente, (b) las condiciones de conexión con el mercado convierten el supuesto, como ya habíamos visto, en un ejemplo particular de falsa internacionalización, en el que la prestación que acabamos de calificar de característica está indiscutiblemente localizada en un sólo Estado. Existe aún otra afinidad entre ambas conexiones: tanto en la conexión de la prestación característica del artículo 4.2 CR como en la de la residencia del consumidor del artículo 5.3 CR se considera la función social del contrato en el contexto de producción y comercialización en masa en el que se inserta.

En buena lógica con estas consideraciones, no se prevé en materia de consumidores la aplicación de una *cláusula de escape*, al modo de la existente en el artículo 4.5 del Convenio, que faculta al juez a no aplicar el ordenamiento de la conexión objetiva si considera que otro ordenamiento tiene vínculos más estrechos con el caso<sup>167</sup>.

También la ley de la residencia habitual del consumidor regirá, de acuerdo con el artículo 9.5 del Convenio, todo lo relativo a las solemnidades que se exigen y deben observarse en la formalización del contrato, lo que se fundamenta en la particular conexión de las exigencias formales con las normas protectoras de fondo<sup>168</sup>.

Este es, en definitiva, el sistema de protección del Convenio de Roma desde la perspectiva conflictual. Pero el Convenio tiene además otro mecanismo protector: las normas de policía a las que alude el artículo 7.

## B. La protección subsidiaria mediante normas de aplicación inmediata en el artículo 7 del Convenio de Roma.

El sistema del Convenio se cierra por medio de las normas del art. 7 CR que dan entrada a las leyes de policía o de aplicación inmediata, *a priori* también aplicables en los supuestos de contrato de consumo<sup>169</sup>. Tales normas se diferencian de las normas imperativas a las que se refiere el artículo 5 (y el artículo 3.3), en que mientras éstas son indisponibles para el Derecho material, las leyes de policía o de aplicación inmediata revisten un carácter *doblemente imperativo*, en expresión de M. VIRGÓS SORIANO, pues son imperativas no sólo frente a la autonomía material, cuando el Derecho interno al que pertenecen es la *lex causae* (como normas internas indisponibles), sino también cuando resulte aplicable un Derecho extranjero, y con independencia de la conexión que determine la competencia legislativa de este último<sup>170</sup>. Si técnicamente se han definido por O. LANDO como «normas que la *lex fori* o sus tribunales consideran de la suficiente importancia para ser aplicables con independencia de las leyes que en otro caso regularían las relaciones de acuerdo con las normas de conflicto del foro»<sup>171</sup>, desde un punto de vista funcional, Ph. FRANCESCAKIS las define como normas que «conciernen a la organización política, económica o social del Estado que las ha dictado, y que se derivan directamente del principio de soberanía, operando mediante el método unilateralista, se traten de leyes de policía del foro o de leyes de policía extranjeras»<sup>172</sup>.

El apdo. 2 del art. 7 CR contempla la tradicional imperatividad de las normas de aplicación inmediata de la ley del Estado del juez o tribunal que conoce el caso, la ley del foro, que se aplicarán con prioridad, cualquiera que sea la ley que rijan el contrato<sup>173</sup>. La aplicación de estas normas y las consecuencias de su aplicación deben considerarse en virtud de una mínima vinculación del contrato con la ley del Estado cuya jurisdicción resulta competente<sup>174</sup>. Generalmente, la ley del foro y la ley de la residencia habitual del consumidor coincidirán, pues el artículo 14 del Convenio de Bruselas (CB) de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales de carácter civil y mercantil establece el foro de su domicilio como criterio imperativo protector de los consumidores cuando sean demandados (como demandan-

tes podrán optar por el foro de su domicilio o por el foro del domicilio del comerciante/suministrador, pero cabe prever que la elección usual del consumidor corresponda al tribunal de su domicilio). En el caso de que el consumidor tenga diferentes el domicilio y la residencia habitual no habrá correlación entre el *forum* y el *ius* en los supuestos que rige el artículo 5 CR (ni cuando el consumidor demande ante el juez del domicilio del comerciante), e hipotéticamente podría darse entrada a la aplicación de las normas imperativas de la ley del foro por el juego del artículo 7.2 CR<sup>175</sup>. Sin embargo, dado el carácter especial (o excepcional, si se quiere) de la reglamentación del art. 5 CR y la particular función que se otorga a las normas imperativas de la ley de la residencia habitual de consumidor, la aplicación de normas protectoras del foro como leyes de policía, podría venir a complicar la solución y a trastocar el sistema protector proyectado en el convenio<sup>176</sup>. Otra cosa es la virtualidad del artículo 7.2 CR en los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 CR, donde puede desempeñar un papel protector fundamental aún cuando sea con carácter subsidiario. Al respecto deben distinguirse distintas hipótesis que veremos de forma sistematizada en el epígrafe siguiente.

El apartado 1 del artículo 7 del Convenio recoge también la posibilidad de disponer por el juez la aplicación de leyes de policía de un tercer Estado, distinto al del foro y al de la ley que rige el contrato, que resulten manifiestamente vulneradas; disposiciones a las que podrá darse entrada si tienen una **conexión suficiente** con el contrato y son de aplicación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, es decir, verdaderas normas de aplicación inmediata<sup>177</sup>. Técnicamente estamos ante una cláusula judicial, pues va dirigida al juez, y le habilita para la aplicación de esas normas de aplicación inmediata cuyos objetivos de política legislativa resultan vulnerados. Se trata de un método que guarda grandes similitudes con el método anglosajón, y en particular con la doctrina de Currie del análisis de intereses, que realiza un examen teleológico de las distintas leyes en presencia: el juez deberá atender a los fines de política legislativa de la ley, y valorar si tiene **vocación para que el supuesto caiga bajo su mandato**<sup>178</sup>. El juez o tribunal deberá atender, para la imposición de tales leyes de policía, a su naturaleza, a su objeto y a las consecuencias que se derivan de su aplicación o inaplicación; y en todo caso, gozará de discrecionalidad en esa decisión<sup>179</sup>. En el ámbito del consumo, se ha planteado la posibilidad de dar entrada por esta vía a las leyes protectoras de la ley de la residencia del comerciante cuando la legislación del Estado de la residencia habitual del consumidor carezca de normas especiales en defensa de los consumidores, asegurándole al menos la protección de esa ley<sup>180</sup>. No obstante, su relevancia

en relación con la protección de los consumidores puede estar en los contratos expresamente excluidos de la tutela que ofrece el artículo 5 CR y para los supuestos en que el consumidor sea activo, como veremos a continuación.

Las normas de aplicación inmediata pueden servir por tanto de instrumento para dar coherencia al sistema del Convenio cuando no se han previsto instrumentos específicos para los supuestos excluidos de las soluciones especiales, que sin embargo merecen una valoración equivalente<sup>181</sup>. Y no hay que olvidar, como sostiene M. FALLON, que todo el sector del Derecho de consumo «en materia de contratos y de reglas del mercado está regido por disposiciones de policía»<sup>182</sup>.

### C. Posibilidades de integración en la reglas protectoras de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5

Como criterio general, se ha sostenido desde la aparición del Convenio que cuando el supuesto no entra en el ámbito de aplicación del artículo 5 CR, se deben aplicar las normas generales de los artículos 3 y 4 CR<sup>183</sup>. En tales casos sólo las normas de los apartados 1 y 2 del artículo 7 podrían desempeñar una determinada función protectora, dando entrada a las leyes de policía. Sin embargo, los posteriores análisis de la doctrina han ido más allá de una simple aplicación formal de las reglas del artículo 5, y han descubierto diferentes posibilidades de incorporación de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 CR en la reglas protectoras. Entre las diferentes posibilidades apuntadas, se acoge precisamente la función de las Directivas comunitarias que han aparecido a lo largo de la década de los 90, utilizándose una técnica harto discutible en determinados casos, precisamente con la finalidad más o menos implícita de colmar el Convenio de Roma en algunas de sus carencias o de corregir determinadas disfunciones que se entendía le afectaban<sup>184</sup>. Pero abordaremos esta materia cuando analicemos la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Tiene por tanto especial interés a nuestros fines, relacionados con el posterior estudio de la aplicabilidad de esta Directiva, hacer ahora un examen de los supuestos que *a priori*, a tenor de los términos que definen su ámbito de aplicación, quedan fuera de la reglamentación protectora del artículo 5 CR y las diferentes posibilidades de solución que pueden plantearse. Como criterio de análisis, cualquier estudio de la aplicación de las Directivas comunitarias sobre consumidores deberá proceder a examinar su incidencia, además de en la aplicación del artículo 5 CR, en cada uno de estos grupos de supuestos, salvo que exclusivamente se refiera o afecte a uno de ellos.

Son tres, por tanto, los supuestos excluidos:

- (1) Los contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 porque quedan fuera de su definición material de modo tácito y reúnen las condiciones de conexión con el mercado de residencia del consumidor;
- (2) Los contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 porque quedan fuera de su definición material de modo expreso y satisfacen las condiciones de conexión con el mercado de residencia del consumidor;
- (3) Los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación material del artículo 5, pero que no cumplen las condiciones de conexión con el mercado de la residencia habitual del consumidor.

#### *C.1.- Contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 porque quedan fuera de su definición material de modo tácito*

Entre este tipo de supuestos se encuentran, por ejemplo, los contratos sobre bienes inmuebles y, para algunos autores, los contratos con entidades financieras<sup>185</sup>. Si se acepta la aplicación a estos contratos de las disposiciones generales del Convenio, la vía por la que se les podría imponer un régimen protector para el consumidor vendría por las normas del artículo 7 CR. En particular, el artículo 7.2 podría llevar a imponer las normas protectoras del foro, por ejemplo frente a la redacción por el comerciante en el contrato de adhesión de una cláusula de elección de Derecho que designe un ordenamiento cuya legislación carezca de normas protectoras o con un grado mínimo de protección, o frente a las normas de la ley del establecimiento del comerciante.

M. VIRGÓS SORIANO ha buscado una aplicación directa de la solución del artículo 5 CR a contratos como los que establecen los particulares con entidades financieras<sup>186</sup>. Su exclusión del régimen protector no se justifica desde una perspectiva axiológica, pues el particular contratante se halla indiscutiblemente en idéntica posición de debilidad que en cualquier contrato de consumo, y los Derechos materiales de los Estados le ofrecen igual protección que a cualquier consumidor. Esa exclusión supone más bien una incoherencia valorativa del Convenio. La superación de esta incongruencia pasaría por establecer en las reglamentaciones estatales normas de conflicto que amplíen el ámbito de aplicación de la norma del artículo 5 CR a estos supuestos; o en considerar una *interpretación analógica* de este artículo que extienda de igual modo su solución a tales contratos<sup>187</sup>. En los supuestos en los que no haya elección de Derecho, y por tanto, cuando se aplique la conexión objetiva del artículo 4 CR,

cabría plantear, como posibilidad, que la aplicación analógica de la ley de la residencia habitual del consumidor viniera por medio de la *cláusula de escape* del apartado 5 de ese artículo 4, entendiéndose que la conexión más estrecha con tales contratos se hallaría en la ley de la residencia del consumidor y no en la ley de la residencia del comerciante, siempre que se cumplieran las condiciones de vinculación territorial del artículo 5.3 CR<sup>188</sup>. Sin embargo, esa solución no es aplicable al problema derivado de la elección por el comerciante, en ejercicio de la autonomía conflictual, de un Derecho que deja desamparado al consumidor.

En lo relativo a los inmuebles, la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994<sup>189</sup>, denominada *Directive time sharing*, ha establecido un régimen protector especial en materia de contratos sobre "multipropiedad" (según la denominación habitual española), y que la propia Directiva llama, con encomiable descripción de su verdadero carácter, un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido<sup>190</sup>. En el resto de supuestos contractuales en los que los derechos sobre inmuebles estén involucrados, se atenderá a la regla especial para contratos sobre inmuebles del numeral 3 del artículo 4 CR, que establece que se presume que tiene los vínculos más estrechos con el contrato la ley del lugar de ubicación del inmueble.

#### *C.2.- Contratos excluidos del ámbito de aplicación del artículo 5 porque quedan fuera de su definición material de modo expreso*

En esta categoría se encuentran los contratos de transporte y los contratos referidos a los servicios prestados exclusivamente en un país diferente al de la residencia habitual del consumidor. La solución de tales supuestos no puede venir por una interpretación analógica del artículo 5, ya que la exclusión expresa lo impide. Pero en el caso de los contratos referidos a los servicios prestados exclusivamente en un país distinto al de la residencia del consumidor, parece evidente, como se ha sostenido doctrinalmente, que el consumidor no debería ser tratado como un comerciante que contrata con otro comerciante en igualdad de condiciones, pues nada modifica la desigualdad en perjuicio del consumidor ya reconocida por el Convenio, y por tanto debería gozar, en todo caso, de la protección de las normas del Estado donde se prestaron de forma exclusiva los servicios<sup>191</sup>. En la técnica del Convenio, a tales disposiciones protectoras sólo les se ofrece en estos casos la vía del artículo 7.1 CR para su aplicación discrecional por el juez como normas de policía.

#### *C.3.- Contratos que no cumplen las condiciones de conexión con el mercado de la residencia habitual del consumidor: el consumidor «activo»*

Cuando el consumidor actúa en un país diferente al de su residencia habitual, porque viaja a él y allí realiza los actos de consumo, o porque solicita el bien al comerciante a domicilio sin que haya mediado oferta en el país de su residencia, el contrato es "verdaderamente internacional", aplicándose las normas generales del Convenio. El consumidor, de acuerdo con el artículo 4 CR, podrá tener fundadas expectativas a que le protejan las normas de la ley del domicilio del comerciante<sup>192</sup>. Pero eventualmente se verá privado de toda protección por el juego de la autonomía de la voluntad del artículo 3, si el vendedor/suministrador, en el contrato de adhesión, le impone la aplicación de una ley que carezca de normas de tutela. Así puede suceder con un viajero español que adquiere bienes durante su estancia en la Argentina, y se encuentra con una cláusula contractual que establece como ley aplicable el Derecho de un Estado que carece de normas protectoras (la ley de las Bahamas, o de la Isla de Man). Esta solución, desde una perspectiva valorativa, resulta manifiestamente claudicante: es susceptible de despojar al consumidor de los derechos legítimamente previsibles. La aplicación a estas relaciones de las leyes imperativas del foro por la vía del artículo 7.2 CR no estaría justificada<sup>193</sup>; pero podrían invocarse las normas protectoras del Estado donde el consumidor realiza la operación de consumo por medio del artículo 7.1 CR, siempre que el juez que conoce el caso, en una valoración discrecional, así lo considere.

No obstante, desde la perspectiva que hemos sostenido en el sentido de que las exigencias del artículo 5 son criterios de vinculación con el mercado doméstico, como ya hemos referido, y que atienden más a una conexión de mercado que a una conexión con el Estado, la solución anterior adquiere, para los supuestos conectados con otro Estado comunitario, un carácter incoherente con la lógica de la propia solución del Convenio<sup>194</sup>. Las Comunidades Europeas, como sostienen O. LANDO y M. VIRGÓS SORIANO, constituyen un sólo mercado y las normas uniformes o armonizadas comunitarias de protección al consumidor expresan las reglas de ese mercado único aplicables a las operaciones internas<sup>195</sup>. Un supuesto transfronterizo intracomunitario, entre dos o más Estados miembros, sólo se desarrolla en el interior de un mercado, el comunitario, por lo que nada legitima la exclusión de las normas propias de ese mercado por el juego de la autonomía de la voluntad, pues se trata de un supuesto tan interno a ese mercado como el que se desarrolla en un sólo Estado miembro. Una relación entre un comerciante establecido en Francia y un consumidor español está localizado en un sólo mercado, el comunitario, de igual modo que la relación entre un comerciante y un consumidor españoles en España. Dado que existen normas comunes pro-

tectoras de los consumidores en ese mercado único que establecen un estándar mínimo de tutela, no se justifica en modo alguno un trato diferenciado con los supuestos intraestatales. Es por lo que O. LANDO y M. VIRGÓS SORIANO defienden la aplicación del artículo 3.3 CR (supuestos puramente internos) a los supuestos intracomunitarios, considerando a la Comunidad un sólo mercado, un sólo ordenamiento jurídico y por tanto, un sólo país<sup>196</sup>. Coherentemente, esto supondría también, y así lo señala el último de estos autores, que cuando las vinculaciones del artículo 5 CR se cumplen con la Unión Europea, aunque sea en Estados diferentes, las normas comunitarias de protección se aplican por efecto de las disposiciones de este artículo<sup>197</sup>.

En último término, el artículo 7.2 CR posibilita la aplicación de esas normas protectoras comunes comunitarias como normas de aplicación inmediata del foro del juez comunitario, cuando el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro comunitario y ha actuado en otro Estado miembro diferente, aunque resulte de aplicación al contrato una ley no comunitaria, bien por elección de un Derecho extranjero por el ejercicio de la autonomía de la voluntad del artículo 3 CR o porque, de acuerdo con el artículo 4 CR, el comerciante estuviera establecido en un Estado extracomunitario. En tales casos el Derecho comunitario va a actuar como *lex fori* de los estados miembros en relación con las relaciones jurídicas extracomunitarias<sup>198</sup>. Como veremos a continuación, esta posición es, al menos en lo que se refiere a los supuestos de elección de Derecho, la adoptada precisamente por la Directiva 93/13/CEE, cuyas normas se constituyen en estándar mínimo comunitario como ley imperativa del foro para todos los Estados miembros de la Unión Europea<sup>199</sup>.

Este breve recorrido por los supuestos de consumo excluidos de la protección del artículo 5 CR, y necesitados de una solución específica, muestra bien las deficiencias de este artículo<sup>200</sup>, ya porque la definición de consumidor no cubre todos los supuestos necesitados de protección<sup>201</sup>, ya porque se deja a su suerte al «consumidor activo», sin prever específicamente una solución lógica desde la perspectiva valorativa de la protección<sup>202</sup>. La función de las normas imperativas del artículo 7 no es suficientemente sólida en la protección de los supuestos excluidos, pues su amparo no ofrece seguridad al consumidor<sup>203</sup>. En particular, la aplicación del artículo 7.1 en protección de los consumidores que no se encuentren amparados por las normas del artículo 5, generará una clara incertidumbre<sup>204</sup>, que como sucede con los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho nacional, sólo se solventará por medio de una uniforme, reiterada y racional aplicación jurisprudencial que determine su alcance y contenido<sup>205</sup>. Es comprensible por tanto que hayan

surgido pronto intentos de modificación del artículo 5 CR, en particular con motivo de las negociaciones para la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia al Convenio de Roma<sup>206</sup>.

## NOTAS

1 - El artículo 2 TCEE decía: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común, y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados Miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y unas relaciones más estrechas entre los Estados que la integran". Las referencias al "desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad", o a la "elevación acelerada del nivel de vida" se han considerado como el fundamento de la política de protección a los consumidores. Ver CANO BAZAGA, E., "Ley y competencia internacional en contratos concluidos por los consumidores", en *Cuadernos Jurídicos*, nº 4, 1993, pp. 34 y ss.; CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., "La protección de los consumidores en la Europa comunitaria: de los tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)", en *Estudios sobre Derecho de consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 11. Los artículos 39.1e) y 86.b) TCEE eran las únicas normas del Tratado de Roma de 1957 que nombraban expresamente a los consumidores, mientras el 85.3 se refería a ellos como "usuarios". El artículo 39.1e) TCEE incluía entre los objetivos de la política agrícola común, el de asegurar para los consumidores el suministro de productos agrícolas a precios razonables; mientras el artículo 86.b) TCEE consideraba entre las prácticas abusivas contrarias a la política de competencia comunitaria, la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. Por su parte, el artículo 85 TCEE, dedicado también a la materia de libre competencia, faculta a las empresas, en su apartado tercero, a la concertación de acuerdos que "contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio de tales acuerdos".

2 - CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *op. cit. supra* nota 1-, p. 12 y ss.; ESPLUGUES MOTA, C.A. y PALAO MORENO, G., "Las Comunidades Europeas y la protección de los Consumidores", en *Revista General de Derecho*, nº 586-587, julio-agosto, 1993, p. 6763, nota a pie número 15; FUMAGALLI, "Le clause abusive nei contratti con i consumatori tra Diritto comunitario e Diritto internazionale privato", *Riv. Dir. Priv. e Proc.*, 1994/1, p. 17 y 18, en nota a pie número 6; GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores en los contratos de venta negociados fuera de establecimiento mercantil (Primera parte)", *Gaceta Jurídica de la CEE*, B-80, diciembre de 1992, p. 5; MARÍN LÓPEZ, "La protección del consumidor en la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea*, nº 50, julio, 1997, p. 70; MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1997<sup>3</sup>, pp. 656-686. La primera evidencia de la necesidad de una política relativa a los intereses generales de los consumidores en el Mercado Común es sin embargo más temprana y ya en 1961 el Comisario de agricultura Sicco Mansholt hará referencia en una declaración a que "los intereses generales de los consumidores del mercado común no están representados en igual proporción que lo están los de los productores, los consumidores deben organizarse como tales". Al año siguiente se constituiría el "Comité de contacto de los consumidores de la Comunidad europea" (Ver SOLÁ, M. de, y JEUNIAUX, M., "La politique communautaire en faveur des consommateurs", *Revue du Marché Unique*

*Européen*, 1/1992, p. 67).

3. - Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, sobre un Programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores; JOCE, nº C92 de 25 de abril de 1975, pp. 1 y ss.

4. - *Op. cit. supra* nota 2-, pp. 17-20.

5. - Al respecto, cabe citar las consideraciones iniciales y la bibliografía citada en nuestro estudio "La Libre Circulación de Personas en la Experiencia de la Unión Europea: Ámbito de Aplicación y Derecho Aplicable", en *Economía Globalizada y Mercosur* (M.A. Ciuro Caldani y A. Lattuca, Coords.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pp. 357-406: "La construcción comunitaria europea se distingue por su carácter evolutivo y progresivo, de modo que para la creación del ordenamiento jurídico comunitario, y de cada uno de sus aspectos y elementos, se sigue un proceso paulatino en el que con posterioridad son perfectamente identificables los hitos normativos y jurisprudenciales que jalonan el trayecto. El objetivo de todo el proceso está fijado en la consecución de la integración (económica y política) europea, a la que sirven el Ordenamiento comunitario (la integración jurídica) y sus componentes. Pero en este proceso, la integración se realiza por etapas, mediante una paulatina profundización en la misma, con el establecimiento de objetivos concretos en cada una de esas etapas, que a medida que se alcanzan —o en el propio proceso hacia su consecución—, exigen plantear nuevos objetivos que anticipan y apuntan hacia la etapa o etapas subsiguientes". En el mismo sentido pueden verse también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 75-86; y VILÁ COSTA B., "Los avances de la construcción comunitaria en el Tratado de Unión Europea: relación entre la ampliación de competencias y las reformas institucionales", en *Revista Afers Internacionals*, nº 25, pp. 97-112).

6. - Asunto 120/78, *Rewe-Zentral AG*. Ver CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *op. cit. supra* nota 1-, pp. 14-16; FUMAGALLI, *op. cit. supra* nota 2-, p. 18; MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 283 y ss.; *idem*, "L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon et le principe de la reconnaissance mutuelle", en *Revue du Marché Unique Européen*, 1992, nº 4, pp. 27 y ss.; MICKLITZ, H.W. y WEATHERILL, S., "Consumer Policy in the European Community: Before and After Maastricht", en *European consumer policy after Maastricht* (Norbert Reich y Geoffrey Woodroffe, Eds.), Kluwer A.P., Dordrecht, 1994, pp. 6 y ss.

7. - *Idem*. Véase también, WELBROECK, "L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE", en *Cahiers de Droit Européen*, 1988/3, pp. 244-275.

8. - Véanse, por ejemplo, BOURGOIGNIE, T., *Elementos para una teoría del Derecho de consumo*, Merkataritz, turismo sala, Eusko Jaurlaritz/Departamento de comercio, consumo y turismo del Gobierno vasco, Vitoria, 1994, pp. 93-100; DROMI/EKMEKDJIAN/RIVERA, *Derecho comunitario. Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, pp. 357-358; y SACRISTÁN REPRESA, M., "Política de Consumidores", *Diccionario de Términos Comunitarios*, VVAA., Paloma Biglino (Coord.), McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1997, pp. 263-268. E. JAYME resalta que "la armonización de las leyes protectoras del consumidor favorece la integración por la creación de condiciones iguales en el ejercicio de las actividades económicas" ("Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne", *RCADI*, 1995, pp. 34-35). Para REICH, N. y WOODROFFE, G., el contenido de los estudios sobre las regulaciones europeas nacionales en protección de los consumidores "evidencia que la armonización jurídica es un cuidadoso proceso hacia la meta de crear un espacio jurídico europeo con una protección común uniforme", en "Introductory remarks", *European consumer policy after Maastricht* (Norbert Reich y Geoffrey Woodroffe, Eds.), Kluwer A.P., Dordrecht, 1994, pp. v



y vi. En relación con el efecto en el Derecho español de consumo de la adhesión a las Comunidades Europeas, puede verse el trabajo de A. BORRÁS RODRÍGUEZ: *La protección de los Consumidores: España en la CEE*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1987.

9. - Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, sobre un Segundo Programa de la CEE para una política de protección e información a los consumidores; JOCE, nº C133, de 3 de julio de 1981, pp. 1 y ss.

10. - Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, sobre un Segundo Programa de la CEE para una política de protección e información a los consumidores; DOCE, nº C167, de 4 de julio de 1986, pp. 1 y ss. En relación con el paralelismo con las propuestas del Libro Blanco sobre el Mercado Interior, ver CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *op. cit. -supra* nota 1, p. 17 y ss.

11. - La Resolución del Consejo, de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de una política de protección del consumidor (DOCE, nº C294, de 9 de noviembre de 1989, pp. 1 y ss.) dio lugar a la elaboración por la Comisión del Plan trienal de acción sobre política de los consumidores en la CEE, [Doc. COM (90) 98 final].

12. - La Resolución del Consejo, de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de una política de protección del consumidor (DOCE, nº C186, de 23 de julio de 1992, pp. 1 y ss.) dio lugar a la elaboración por la Comisión del Segundo Plan trienal de acción sobre política de los consumidores, [Doc. COM (93) 378 final].

13. - El Tratado de Unión Europea de Maastricht establece una verdadera política comunitaria de protección de los consumidores, dedicándole un Título específico, el Título XI de la Tercera Parte (Políticas de la Comunidad) del Tratado de la Comunidad Europea, donde se inserta como único artículo el 129A. Para un estudio sobre la situación jurídica que configura el TUE puede consultarse: *European consumer policy after Maastricht* (Norbert Reich y Geoffrey Woodroffe, Eds.), Kluwer A.P., Dordrecht, 1994.

14. - Com (93) 576 final. Sobre *El Libro Verde de acceso de los consumidores a la justicia*, ver BADENAS CARPIO, 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", *Actualidad Civil*, 1995-I, núm. 3, pp. 59-77; y JIMENO BULNES, M., "La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el "libro verde" de acceso a la justicia", *Revista de Estudios Europeos*, nº 9, enero-abril, 1995, pp. 13-38.

15. - COM (95) 519 final.

16. - COM (96) 13 final. Ver al respecto CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, "Justicia y libre mercado en la Unión Europea", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1824, 1 de julio de 1998, pp. 5 y ss.

17. - COM (96) 209 final.

18. - COM (97) 309 final.

19. - Obtenido en la página web comunitaria destinada a la Dirección General XXIV de política de consumidores, en el URL: "<http://europa.eu.int/comm/dg24/>".

20. - DOCE, nº L 034 de 9.02.1999, pp. 1-7.

21. - Ver el Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001, *supra* nota 19, p. 7; y TAMAMES GÓMEZ, R., "La mejora de la salud pública y la protección de los consumidores", en *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, vol I (VVAA., M. Oreja Aguirre, dir. y F. fonseca Morillo, coord.), pp.245-254.

22. - Al respecto se pueden citar la Directiva 76/769/CEE, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos; el Reglamento (Euratom) nº 3954/87 del Consejo de 22 de diciembre de 1987 por el que se establecen tolerancias máximas de contaminación radiactiva de los productos alimenticios y los piensos tras un accidente nuclear o cualquier otro caso de emergencia radioló-

gica (DOCE L371, de 30 de diciembre de 1987); la Directiva 88/378/CEE del Consejo de 3 de mayo de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre la seguridad de los juguetes (DOCE L187 de 16 de julio de 1988); la Directiva 90/239/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros respecto al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos (DOCE L137 de 30 de mayo de 1990); la Directiva 91/442/CEE de la Comisión, de 23 de julio de 1991, relativa a los preparados peligrosos cuyos envases deben ir provistos de un cierre de seguridad para niños (DOCE L238, de 27 de agosto de 1991); la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (DOCE L113 de 30 de abril de 1992); la Directiva 92/52/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre preparados para lactantes y preparados de continuación destinados a la exportación a países terceros (DOCE L179 de 1 de julio de 1992); la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos (DOCE L228, de 11 de agosto de 1992); el Reglamento (CEE) nº 880/92 del Consejo, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica (DOCE L099 de 11 de abril de 1992); la Directiva 93/5/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1993, relativa a la asistencia a la Comisión por parte de los Estados miembros y a su cooperación en materia de examen científico de las cuestiones relacionadas con productos alimenticios (DOCE L052 de 4 de marzo de 1993); la Directiva 93/11/CEE de la Comisión, de 15 de marzo de 1993, relativa a la cesión de N-nitrosaminas y de sustancias N-nitrosables por las tetinas y chupetes de elastómeros o caucho (DOCE L093 de 17 de abril de 1993); la Directiva 93/15/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a la armonización de las disposiciones sobre la puesta en el mercado y el control de los explosivos con fines civiles (DOCE L121 de 15 de mayo de 1993); el Reglamento (CEE) nº 315/93 del Consejo, de 8 de febrero de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios en relación con los contaminantes presentes en los productos alimenticios (DOCE L037 de 13 de febrero de 1993); el Reglamento (CEE) nº 339/93 del Consejo, de 8 de febrero de 1993, relativo a los controles de conformidad de productos importados de terceros países respecto a las normas aplicables en materia de seguridad de los productos (DOCE L040 de 17 de febrero de 1993); el Reglamento (CE) nº 194/97 de la Comisión de 31 de enero de 1997 por el que se fija el contenido máximo de determinados contaminantes en los productos alimenticios -Texto pertinente a los fines del EEE- (DOCE L031 de 1 de febrero de 1997); o la Directiva 98/53/CE de la Comisión de 16 de julio de 1998 por la que se fijan métodos de toma de muestras y de análisis para el control oficial del contenido máximo de algunos contaminantes en los productos alimenticios —Texto pertinente a los fines del EEE— (DOCE L201 de 17 de julio de 1998).

23. - Al respecto podemos hacer referencia a la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE L250 de 19 de septiembre de 1984); la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L210 de 7 de agosto de 1985); 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 L372 de 31 de diciembre de 1985); la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L042 de 12 de febrero de 1987); la Directiva 88/314/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1988, relativa a la protección de los consumidores

en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios (DOCE L142 de 9 de junio de 1988); la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE L158, de 23 de junio de 1990); la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L095, de 21 de abril de 1993); la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 L280, de 29 de octubre de 1994), llamada Directiva *Time Sharing* o *Directiva de Multipropiedad*; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección del consumidor en materia de contratos celebrados a distancia (DOCE L144, de 4 de junio de 1997); la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOCE L080, de 18 de marzo de 1998); o la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE L166, de 11 de junio de 1998).

24. - Al respecto pueden citarse la Directiva 75/106/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1974, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el precondicionamiento en volumen de ciertos líquidos en envases previos (DOCE L042, de 15 de febrero de 1975); la Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (DOCE L033 de 8 de febrero de 1979); la Directiva 79/581/CEE del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios (DOCE L158 de 26 de junio de 1979); la Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación, reunidos en el seno del Consejo, de 9 de junio de 1986, relativa a la educación del consumidor en la enseñanza primaria y secundaria (DOCE C184 de 23 de julio de 1986); la Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DOCE L359 de 8 de diciembre de 1989); la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente (DOCE L158 de 23 de junio de 1990); la Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad (DOCE L185 de 17 de julio de 1990); la Directiva 90/496/CEE del Consejo, de 24 de septiembre de 1990, relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios (DOCE L276 de 6 de octubre de 1990); el Reglamento (CEE) n° 1014/90 de la Comisión, de 24 de abril de 1990, por el que se establecen las disposiciones de aplicación para la definición, designación y presentación de las bebidas espirituosas (DOCE L105 de 25 de abril de 1990); el Reglamento (CEE) n° 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (DOCE L208 de 24 de julio de 1992); el Reglamento (CEE) n° 2082/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la certificación de las características específicas de los productos agrícolas y alimenticios (DOCE L208 de 24 de julio de 1992); la Directiva 93/102/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, por la que se modifica la Directiva 79/112/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y

publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (DOCE L291 de 25 de noviembre de 1993); la Directiva 94/54/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 1994, relativa a la indicación en el etiquetado de determinados productos alimenticios de otras menciones obligatorias distintas de las previstas en la Directiva 79/112/CEE del Consejo (DOCE L300 de 23 de noviembre de 1994); el Reglamento (CE) n° 2071/98 del Consejo de 28 de septiembre de 1998 relativo a campañas de información sobre el etiquetado de la carne de vacuno (DOCE L265, de 30 de septiembre de 1998); y la Resolución del Consejo de 17 de diciembre de 1998 sobre las instrucciones de uso de los bienes de consumo (DOCE 98/C 411 de 31 de diciembre de 1998).

25. - Cabe mencionar al respecto la Decisión 95/260/CE de la Comisión, de 13 de junio de 1995, por la que se crea un Comité de los consumidores (DOCE L162 de 13 de julio de 1995).

26. - Pueden citarse en relación con la materia, la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo [(COM (1998) 198 final (puede consultarse en la página web comunitaria destinada a la Dirección General XXIV de política de consumidores, en el URL:

<http://europa.eu.int/comm/dg24/>); y la Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE L115, de 14 de abril de 1998).

27. - Como afirmaba, ya en 1985, E. ZABALO ESCUDERO: "Existe, de esta manera un auténtico "Derecho de consumo" cuya autonomía no puede ser negada atendiendo a las clásicas categorías de Derecho. El "Derecho de consumo" va a transpasarlas, en cuanto que debe calificarse así el conjunto de normas dirigidas a tal función y finalidad en el marco de la sociedad a la que sirve", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVI, 1985/1, p. 110. Sobre el concepto y autonomía del Derecho de consumo con carácter general, pueden verse: BOURGOIGNIE, T., *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 111 y ss., 141 y ss.; DROMI/EKMEKDJIAN/RIVERA, *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 350-368; FALLON, M., "Le Droit des rapports internationaux de consommation", *Journal de Droit International (Clunet)*, 1984, p. 766; GONZÁLEZ VAQUE, L. "El Derecho de consumo: ¿Una disciplina jurídica autónoma?", *Estudios sobre Consumo*, 1991, pp. 11 y ss.; PIZZIO, *Code de la consommation*, Montchrestien, París, 19962, pp. 1-4, y 16 y ss.; REICH, N., *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.

28. - Véanse BARLEBO-LARSEN, K. "La politique européenne des consommateurs: une priorité du grand marché", *Revue du Marché Commun*, 1991 pp. 176-179; BOURGOIGNIE, T., *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 91 y ss.; The Economic and Social Committee of the European Communities, "Opinion on the Single Market and Consumer Protection: Opportunities and Obstacles (Own-Initiative Opinion)", en *Journal of Consumer Policy*, 1996, n° 2, pp. 211-244; Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo sobre un Plan de acción para el Mercado único, de 4 junio de 1997, [CSE (97) 1 final].

29. - Sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1990 (362/88, GB-INNO-BM). Ver SOLÁ, M. de, y JEUNIAUX, M., *op. cit. -supra* nota 2-, pp. 82 y ss; y MICKLITZ, H.W. y WEATHERILL, S., *op. cit. -supra* nota 6-, pp. 7 y ss.

30. - Documento de trabajo de la Comisión sobre el cumplimiento de la legislación europea en materia de protección de los consumidores, (Tomado de la página web de la Unión Europea, URL: "<http://europa.eu.int/>", donde tiene fecha de entrada de 6 de julio de 1998).

31. - GUZMÁN ZAPATER, M., "Cesión de crédito y noción de consumidor: segunda decisión del TJCE sobre la competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo en el convenio de Bruselas. Comentario a la STJCE de 19 de enero de 1993", *La Ley: Comunidad Europea*, núm. 82, 30 de noviembre de 1993, p. 8; ARENAS GARCÍA, R., "Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en

materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968", *REDI*, vol. XLVIII (1996), I, p. 39.

32. - La ya citada Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (*DOCE* L166, de 11 de junio de 1998). Se han adoptado otras medidas de carácter político o informativo por parte de la Comisión, como la *Acción Robert Schuman para la sensibilización de las profesiones jurídicas en relación con el Derecho comunitario*, en el marco de la que se ha editado una publicación con objeto de transmitir a los profesionales del Derecho la trascendencia del Derecho comunitario de consumo, así como las acciones comunitarias de carácter jurídico llevadas a cabo y su aplicación por la jurisprudencia de los Estados miembros (*Ver L'impact du Droit communautaire sur l'ordre juridique interne des États membres. Droit de la Consommation*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburg, 1998).

33. - Véanse por ejemplo, en lo que se refiere a nuestro país, QUINTELA GONÇALVES, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Sanidad y consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986; y CASCAJO CASTRO, J.L., "Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores", en *Estudios sobre Derecho de consumo*, *op. cit. -supra* nota 1-, pp. 38 y ss. Y con carácter general ALONSO BENITO, L.E., "Los orígenes del consumo de masas: el significado de una transformación histórica", *Estudios sobre Consumo*, 1985, pp. 11 y ss.; CALAIS-AULOY, J., *Droit de la Consommation*, París, Dalloz, 1992<sup>3</sup>. Desde una perspectiva sociológica, resulta de interés el monográfico de la *Revista de Occidente*, *El consumo. Perspectivas económicas y sociales*, n° 162, noviembre de 1994, de donde pueden resaltarse, para nuestro interés, ALONSO BENITO, L.E. y RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Necesidades sociales y consumos públicos", pp. 61 y ss.; y TORRES L'PEZ, J., "Formas de producción y pautas de consumo en la crisis del Estado de bienestar", pp. 45 y ss.

34. - Señala E. ZABALO ESCUDERO: "La demanda social de dicha defensa (del consumidor) está ahí, como lo demuestra la proliferación de las asociaciones de los consumidores, y la normativa de protección al consumidor no es sino la respuesta jurídica necesaria a tales exigencias. Y en efecto, este movimiento en defensa de los consumidores ha encontrado eco tanto en el nivel de las legislaciones internas de los distintos sistemas jurídicos, como en el nivel internacional propiamente dicho" (en "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor en el Derecho internacional privado", *op. cit. -supra* nota 27-, p. 110). También BANDO CASADO, H.-C., *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986<sup>2</sup>, p. 22; o GARCÍA CANTERO, G., "Integración del Derecho de consumo en el Derecho de obligaciones", *Revista Jurídica de Navarra*, número 13, 1992, pp. 37 y ss. T. BOURGOIGNIE sitúa el movimiento de los consumidores estadounidense en los años sesenta y en la década de los setenta su correspondiente europeo, vinculado a otros aspectos políticos y sociales (*op. cit. -supra* nota 8-, pp. 78 y ss.).

35. - Sobre las razones que sustentan la creación de una política de protección del consumidor ver BOURGOIGNIE, T., *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 48 y ss., y en particular pp. 64-67. Este mismo autor explica la dialéctica entre la teoría del consumidor individual (pretendido soberano del reino del consumo), y la teoría de la norma social de consumo que se impone al consumidor, quien es considerado en toda su amplia dimensión social, constituida ésta por su inserción en la economía de mercado y las relaciones económicas en que se ve necesariamente envuelto (*op. cit.*, pp. 20 y ss.). En el caso español, es el suceso del síndrome tóxico y en la alarma social que originó a partir de su aparición en 1981, donde se ha visto el comienzo de la precapación por la protección de los consumidores (BANDO CASADO, H.-C., *op. cit. -supra* nota 34-, p. 19). Como señala K.

BARLEBO-LARSEN a propósito de la política de consumidores europea, "La seguridad física de los consumidores es, aunque no se diga, otro elemento clave de su confianza en el Mercado único", *op. cit. -supra* nota 28-, p. 178.

36. - Ver PIZZIO, J.-P., *Code de la Consommation*, *op. cit. -supra* nota 27-. T. BOURGOIGNIE considera que no es necesario que exista contrato entre las partes para estar ante un supuesto de consumo, ya que identifica circunstancias en las que existe relación de consumo sin relación contractual, tal y como sucede con la distribución gratuita de muestras (*op. cit. -supra* nota 8-, p. 36). A los efectos que nos interesan, sobre la igualdad o desigualdad de la relación, la necesidad de equilibrarla, la técnica de adhesión y ley aplicable al contrato de consumo, el contrato resulta el vínculo entre consumidor y comerciante en la relación de consumo. Puede verse al respecto la clasificación sobre las divisiones del Derecho de consumo de M. FALLON, *op. cit. -supra* nota 27-, pp. 765 y ss.

37. - POCAR, F., "La protección de la partie faible en Droit international privé", *RCADI*, tomo 184, 1984-V, pp. 350 y ss. También LECLERC, F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 2.

38. - POCAR, F. *op. cit. -supra* nota 37-, pp. 352 y ss.; LECLERC, F., *op. cit. -supra* nota 37-, pp. 2 y ss. Para el caso de los consumidores ver T. BOURGOIGNIE, *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 22-31, 58-61, 64-77, 113-117; GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, París, 1992<sup>3</sup>, pp. 38 y ss.; ORDUÑA MORENO, F.J., "Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación", en *Contratación y consumo* (F.J. Orduña Moreno, Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 251 y ss.; REYES LÓPEZ, M.J., "Incidencia del Derecho del consumo en las relaciones contractuales y extracontractuales", *Noticias de la Unión Europea*, número 165, 1998, pp. 95 y ss.

39. - *Ibidem*. También ESPLUGUES MOTA C. y PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-, p. 6762.

40. - POCAR, F., *op. cit. -supra* nota 37-, p. 352 ("Es esta libertad que permite al más fuerte beneficiarse de su posición en detrimento del débil, de suerte que el ejercicio de una libertad por una de las partes se convierte de hecho en la aceptación de una imposición por la otra"). En un sentido análogo, pueden consultarse, entre otros, GALGANO, F., "Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte", *Contratto e impresa*, 1997/2, pp. 417-423; y sin duda el magnífico desarrollo de J. GHESTIN, *op. cit. -supra* nota 38-, pp. 20-79.

41. - FALLON, M., "Le droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27-, p. 766; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit. -supra* nota 34-, p. 38; GHESTIN, J., *op. cit. -supra* nota 38-, pp. 116-117 (sostiene que el dogma de la autonomía de la voluntad es inexacto como explicación de la fuerza obligatoria del contrato, e incapaz de inspirar de forma satisfactoria la teoría general del contrato por ella misma); REYES LÓPEZ, M.J., *op. cit. -supra* nota 38-, p. 96.

42. - Ver notas 38 y 39.

43. - Ver BOURGOIGNIE, *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 64 y ss.; y M.A. CIURO CALDANI, "Comprensión del significado trialista de la propaganda y la publicidad con miras a la protección del consumidor", *Boletín del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, vol. 17, 1994, pp. 9-15; *ídem*, *El Derecho internacional privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, pp. 67 y 68.

44. - Ver notas 38, 39, 40 y 41.

45. - ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit. -supra* nota 27-, pp. 110 y 111. También BOURGOIGNIE, T., *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 122 y ss. y 146 y ss.; y GHESTIN, J., *op. cit. -supra* nota 38-, pp. 44 y ss.

46. - ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., "La protección de los consumidores en el tráfico internacional: la Ley 26/1984, de 10 de julio, y los problemas derivados del tráfico externo", en *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, n° 5, 1990, pp. 251 y ss.

Asímismo FALLON, M., *op. cit.* -*supra* nota 27-, pp. 784-801.

47. - PATTI, S., "La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni", *Contrato e impresa*, 1993/1, p. 72.

48. - Ídem.

49. - Ver SILVA SEIXAS MEIRELES, H. da, *Para a crítica histórica do "paradigma civilístico"*, Separata del volumen XXXV del suplemento del *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1992. La mención expresa a los consumidores y a las condiciones generales de la contratación aparece en las páginas 365-367, y especialmente en la nota a pie número 881. F. GALGANO, en su obra clásica *Storia del diritto commerciale*, se refiere a la doble tendencia expansiva del Derecho mercantil, una de las cuales "mercantiliza" las relaciones civiles: "La primera tendencia, de carácter interno a las unidades políticas, se manifiesta en el continente europeo en la expansión del ámbito de aplicación de los códigos de comercio, que más allá de las relaciones entre comerciantes (según el modelo francés) pasan a regular también (según el modelo alemán) las relaciones "mixtas" entre comerciantes y no comerciantes. Pero se manifiesta también en una intrínseca transformación de los códigos civiles, que de forma desigual denotan en sí mismos un cierto grado de "comercialización", acogiendo en su propio seno, para la reglamentación de las relaciones entre no comerciantes, algunos principios que originariamente eran propios de las relaciones mercantiles" (*Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bolonia, 1993', p. 113 y ss.). En relación con la expansión de las reglas y principios del Derecho de consumo al Derecho privado pueden consultarse los recientes estudios aparecidos en el número 1 de 1998 de la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, de J.-P. PIZZIO, "La protection des consommateurs par le droit commun des obligations" (pp. 53-94); D. MAZEAUD, "L'attraction du droit de la consommation" (pp. 95-114); y J. CALAIS-AULOI, "L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats" (pp. 115-120); y también el estudio de J.-P. CHAZAL, "Le consommateur existe-t-il?", *Recueil Dalloz*, vol. 31, 1997, pp. 260-266. Cabría preguntarse si se ha producido aquí históricamente lo que M.A. CIURO CALDANI ha denominado un "fenómeno de "mutación"" del Derecho, "o sea, de variación de la rama jurídica por modificación de la circunstancia (A semejanza de la "recepción", la mutación de las ramas jurídicas es un fenómeno que suele no recibir la atención que merece, por ejemplo, no se atiende con la debida profundidad al cambio del Derecho del Trabajo desde los tiempos del proletariado a los de la desocupación)". Este planteamiento es esbozado a propósito de la incidencia del proceso de integración económica regional sobre el Derecho internacional privado (M.A. CIURO CALDANI, *El Derecho internacional...*, *op. cit.* -*supra* nota 43-, p. 30).

50. - Así, el derecho de propiedad y el derecho contractual son los ámbitos que resutan más afectados por la "materialización" del Derecho privado. Ver HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, en particular pp. 485-487.

51. - Hay que tomar en consideración que aún cuando la crisis del Estado-providencia ha afectado a una gran parte de los ámbitos de la intervención del Estado en la economía y hay que hablar de un proceso de desreglamentación, la esfera de intervención normativa en protección del consumidor se ha mantenido en las legislaciones nacionales (BOURGOIGNIE, T., *op.cit.* -*supra* nota 8-, pp. 79-81). Para la perspectiva española en el momento inmediato a la entrada de España en las Comunidades Europeas, véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *La protección...*, *op.cit.* -*supra* -*supra* nota 8-. La incorporación al Derecho español de las Directivas comunitarias de protección del consumidor suponen un cambio efectivo que se ha dejado notar, por ejemplo, con la desaparición de determinadas prácticas abusivas generalizadas, tal y como ha sucedido con la cláusula de exoneración unilateral de responsabilidad por los dueños de aparatos vigilados de automóviles en relación con los robos y

los daños que puedan sufrir los vehículos durante el estacionamiento vigilado; y ello sólo meses después de la transposición al Derecho español de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, por la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ver *El País*, lunes 8 de febrero de 1999, p. 36).

52. - Como sintetiza J.D. GONZÁLEZ CAMPOS al referirse a la concepción savignyana de la norma de conflicto: "Norma cuya función esencial no es la de ofrecer una respuesta sustantiva a la cuestión que puede suscitar un hecho o relación jurídica en el que están presentes uno o más factores de extranjería, sino sólo la de determinar, en relación con los ordenamientos vinculados con ese supuesto, aquel en el que debemos encontrar la regulación material a dicha cuestión. De suerte que si el legislador estatal regula el tráfico externo exclusivamente mediante normas de conflicto multilaterales, la función del DIPr. sólo será jurídico-formal o metajurídica, al limitarse a designar el ordenamiento aplicable con entera independencia del contenido sustantivo de la respuesta que éste ofrezca", en "El paradigma de la norma de conflicto multilateral" ("El paradigma de la norma de conflicto material", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, -Derecho civil y Derecho público-, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5240). Sobre esta concepción, entre otros, AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado*, vol. I, tomo I, Universidad Complutense, Madrid, 1979', pp. 270-281; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1997, pp. 266-267 y 280; CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 1976, pp. 38-40; ESPINAR VICENTE, J.M., *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 45-69; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996', pp. 297-298; GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, De Palma, Buenos Aires, 1985, p. 126; LALIVE, P., "Cours général de Droit international privé", *RCADI*, vol. 155, 1977-II, p. 335; LECLERC, F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 29 y ss.; MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, tomo I, Atlas, Madrid, 19818, pp. 146-153; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, pp. 150-153; PÉREZ VERA, E., "Tema I, El Derecho internacional privado", *Derecho internacional privado* (VV.AA., E. Pérez Vera, coord.), UNED, Madrid, 1997', pp. 31-32; PICONE, P., "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *RCADI*, vol. 197, 1986-II, pp. 252 y ss.

53. - F. POCAR cita a E. Rabel, G. Van Hecke, G. Kegel y E.A. Mann ("La protection de la partie faible...", *op. cit.* -*supra* nota 37-, pp. 353-355, notas 4, 5, 6, 7 y 8). Una exposición de gran interés sobre la evolución del pensamiento doctrinal del DIPr. hacia la creciente sustantivación del método conflictual puede verse en LECLERC, F., *op. cit.* -*supra* nota 37-, pp. 51 y ss. Señalan al respecto A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Durante muchos años se estimó que el DIPr. -compuesto mayoritariamente por normas de conflicto-, era ajeno a consideraciones materiales. Se trataba de un "Derecho meramente formal", un Derecho de remisión de factura neutral, ajeno a "conflictos de intereses" y a "opciones materiales", *Derecho internacional privado, op.cit.* -*supra* nota 52-, p. 280 (En el mismo sentido VISSCHER, F., "General Course on Private International Law", *RCADI*, vol. 232, pp. 92 y ss.). Asímismo DE NOVA, R., "Rilevanza del contenuto delle norme in conflitto nella determinazione tradizionale della legge applicabile", *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1978, pp. 241 y ss. Este autor contraponen a las posturas tradicionales, la posición de D.F. CAVERS, en su ya clásico ensayo de 1993, en el n° 47 de la *Harvard Law Review*,

"A Critique of the Choice of Law Problem", pp. 173-208.

54. - Esta distinción la realiza G. KEGEL en el estudio "Begriff und Interessenjurisprudenz im IPR", en *Festschrift H. Lewald, Bâle*, 1953, pp. 270 y ss.; y en su Curso General de 1964 en la Academia de la Haya, "The crisis of conflict of Laws", *RCADI*, vol. 112, 1964, pp. 95-268 (Ver POCAR, F., *op.cit. -supra* nota 37-, p. 355 y LECLERC, F., *op.cit. -supra* nota 37-, pp. 64 y ss.). Por su parte E. VITTA, en su "Cour Général de Droit International Privé" de 1979 en la Academia de la Haya, respalda también esta postura y hace una mención de autores que la defienden y la diferencias entre ellos: además de G. KEGEL, E. RABEL, F. GAMILLSCHUNG, W. GOLDSCHMIDT y G. VAN HENCKE ("Principes et méthodes de solution des conflits de lois", *RCADI*, vol. 126, 1969-I, pp. 38-41). Puede verse también, FUMAGALLI, *op.cit. -supra* nota 2-, p. 22-23.

55. - Así LOUSSOUARN, Y., que matiza el concepto de "neutralidad" "La règle de conflit est-elle une règle neutre?", en *Travaux du comité français de Droit international privé*, años 1980-1981, pp. 43-60; véase también el coloquio posterior en el que participan Y. Loussouarn, P. Bellet, C. Bernard, M. Simon-Depitre, E. Mezger, L. Focsaneanu, H. Batiffol y B. Goldman, *idem*, pp. 61-68). Véase LECLERC, F., *op. cit. -nota 37-*, pp. 64-75. En la llamada por G. KEGEL tendencia "sustancialista" del DIPr. ("The crisis of conflict of Laws", *RCADI*, vol. 112, 1964-II, p. 255), en la que inscribe A. MIAJA DE LA MUELA, se limita en ciertos casos la función de la norma de conflicto a la localización, pudiendo coexistir con otras normas sustantivas (ver *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado*, Cuadernos de la Cátedra "J.B. Scott", Valladolid, 1977). Igual sucede con un autor como P.G. VALLINDAS ("La structure de la règle de conflit", *RCADI*, vol. 101, 1960-III, pp. 341 y ss.). Pero tal vez haya que considerar que se trata en muchos de estos casos de un problema derivado de que el desarrollo y generalización de la posición más sustancialista se ha producido con posterioridad a la desaparición de estos autores, y en su caso, siendo innegable su contribución a la sustantivación del Derecho internacional privado, son inevitablemente hijos de su tiempo.

56. - F. LECLERC hace mención de las críticas que a la distinción de G. Kegel ha vertido W. Wengler y se refiere en expresión muy gráfica a "la justicia de Derecho material como componente de la justicia de Derecho internacional" (*op. cit. -supra* nota 37-, pp. 92 y ss.). De particular relevancia es la aportación de W. WENGLER, al incorporar entre los principios generales del Derecho internacional privado a la toma en consideración del fin legislativo de las leyes internas ("Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits", *Rev. crit. Der. int. priv.*, vol. 41, 1952, pp. 606-610. Representativos de la incorporación de los intereses de justicia material en el Derecho internacional privado conflictual (frente a la familia del *Common Law* y la "revolución americana" -B. Audit *dixit*-) son, por ejemplo y entre otros, los Cursos de la Haya (cronológicamente) de P. LALIVÉ, "Cours général de Droit international privé", *RCADI*, vol. 155, 1977-II, pp. 9-424; A. E. von OVERBECK ("Les questions générales du Droit international privé à la lumière des codifications et projets récents", *RCADI*, vol. 176, 1982-III, pp. 9-258); B. AUDIT, "Le caractère fonctionnelle de la règle de conflit (sur la "crise" du conflit de lois)", *RCADI*, vol. 186, 1984-III, pp. 223-397; F. SCHWIND, "Aspects et sens du Droit International Privé (Cours général de Droit international privé)", *RCADI*, vol. 187, 1984-IV, pp. 9-144; P. LAGARDE ("Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain", vol. 196, 1986-I, pp. 9-238); F. VISSCHER, "General Course on Private International Law", *RCADI*, vol. 232, 1992-I, pp. 9-256; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne", *RCADI*, 1995, pp. 9-268. No obstante, también el curso de F.K. JUENGER ("General Course on Private International Law (1983)", *RCADI*, vol. 193, 1985-IV, pp. 119-338) pasa revista en distintos momentos a lo que denomina la "revisión de las doctrinas ortodoxas" (pp. 255 y ss.). En la doctrina española pueden citarse A. L. CALVO CARAVACA y J.

CARRASCOSA GONZÁLEZ: "La función actual del DIPr. consiste en proporcionar una solución justa a los conflictos de intereses que laten tras las "situaciones privadas internacionales" (*op. cit. -supra* nota 50-, p. 280); J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: "El DIPr. sólo puede tener una función material, al igual que la de cualquier otra rama del Derecho, consistente en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas que se diferencian por presentar un elemento de internacionalidad" (*op. cit. -supra* nota 50- p. 80-84); ZABALO ESCUDERO, E., "su principal cometido (del Derecho internacional privado) es perseguir la justicia de los resultados" (*op. cit. -supra* nota 26-, p. 114). También pueden consultarse ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., "Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas", *REDI*, vol. XXXIX, 1987/1, pp. 45 y ss.; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., *op. cit. -supra* nota 52-, pp. 211-212; y RODRÍGUEZ MATEOS, P., "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, vol. XL, 1988/1, pp. 79 y ss.

57. - Al respecto pueden consultarse los Cursos de La Haya de B. AUDIT (*op. cit. -supra* nota 56-), G. KEGEL ("The crisis of conflict of Laws", *op. cit. -supra* nota 55-), y F.K. JUENGER (*op. cit. -supra* nota 56-). Pueden verse también, los trabajos de DE NOVA, R., *op.cit. -supra* nota 53-, y *Le concezioni statutensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964; el artículo de CAVERS, D.E., *op.cit. -supra* nota 56-; o el texto de CURRIE, B., "Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws", publicado en la *Duke Law Journal* en 1959.

58. - CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit. -supra* nota 52-, p. 301 y ss. Estos autores recogen de P. LAGARDE cinco "directrices de selección" a las que pueden reconducirse los criterios de política legislativa a que responden los puntos de conexión de la norma de conflicto de leyes: proximidad, interés general, autonomía de la voluntad, (interés) material y soberanía.

59. - Ver nota 56.

60. - *Op. cit. -nota 52-*, pp. 5239-5270.

61. - En estos términos lo expresaba J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en su "Cours Général de Droit International Privé" de la Academia de La Haya en 1987 (lo cita ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., "La protección de los consumidores...", *op. cit. -supra* nota 46-, pp. 249 y ss.). De igual modo, VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo III, (E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado, Drs.), Civitas, Madrid, 1986, p. 764-765 y 793.

62. - *Ibidem*.

63. - Ver AUDIT, B., *op. cit. -supra* nota 56-, p. 290; GOLDSCHMIDT, W., "Contratos internacionales", *VI Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Iberoamericano* (julio-agosto, 1979), Secretaría General de la OEA, Washington, 1980, pp. 68-71; FUMAGALLI, L., *op. cit. -supra* nota 2-, p. 28; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 314; GIULIANO, M./LAGARDE, P., *Informe relativo al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE, C 327, 11.12.1992, pp. 14-15; JACQUET, J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, París, 1983, p. 7; JAIMÉ, E., *op. cit. -supra* nota 8-, pp. 147-166; LANDO, O., "The EC Convention on the Law applicable to contractual obligations", *Common Market Law Review*, vol. 24, 1987/2, pp. 185 y ss.; LECLERC, F. *op. cit. -supra* nota 37-, p. 97; MALAURIE, Ph., "Rapport Général", *Travaux de l'Association Henry Capitant*, 1977: *La protection des consommateurs*, p. 395; OVERBECK, A.E., "Irresistible extensión de l'autonomie en DIPr.", *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 619-636; y SAUVEPLANNE, "Consumer protection in private international law", *Netherland International Law Review*, 1985, p. 100 y ss. F.

RIGAUX afirma al respecto: "A los que interesa de forma inmediata el mercado de cambio generalizado y en particular el Derecho de los contratos y de la responsabilidad civil se han visto beneficiados de una suerte de armonía preestablecida. Con la que se ha contado gracias al enunciado de una norma de conflicto de leyes de carácter universal en cuanto a su principio, la ley de la autonomía que permite a los contratantes elegir la ley aplicable a sus relaciones y, en lo que se refiere a la responsabilidad civil, la competencia de la *lex loci delicti*" ( en "Le pluralisme en Droit international privé", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p.1430). Como prueba de la generalidad de la regla de la autonomía en materia de contratos, el Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Basilea adoptó, el 31 de agosto de 1991 una resolución titulada "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées", donde se dice en el párrafo 1 del artículo 2: "Las partes tienen libertad de elección del Derecho aplicable a su contrato. Pueden pactar la aplicación de cualquier Derecho estatal" (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, session de Bâle, vol. 64-II, 1992, pp. 382 y ss.).

64. - Ver GHESTIN, J., *op. cit. -supra* nota 38-, p. 21 y 25-26.

65. - ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit. -supra* nota 27-, pp. 114 y 115.

66. - GUZMÁN ZAPATER, M., "La prorrogación de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIX, 1987/2, p. 451; FUMAGALLI, L., *op. cit. -supra* nota 2-, p. 28; LAGARDE, P., "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. Dr. international privé.*, vol. 80, 1991, p. 313; LECLERC, E., *op. cit. -supra* nota 37-, pp. 96-228; POCAR E., *op. cit. -supra* nota 37-, pp. 372-373; SAUVEPLANNE, J.G., *op. cit. -supra* nota 63-, pp. 102-103. También puede consultarse PELLICHERI, M., *Mémoire sur les ventes aux consommateurs. Protocoles à la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue le 15 de juin 1955*, Conférence de La Haye de Droit international privé, Protocole-vente/Sales-protocol, Doc. pré-l. n° 1, Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, marzo, 1979.

67. - POCAR, *op. cit. -supra* nota 37-, p. 372.

68. - Como más representativos, los estudios que seguimos de M. FALLON, *op. cit. -supra* nota 27-; F. LECLERC, *op. cit. -supra* nota 37-; y F. POCAR, *op. cit. -supra* nota 37-, dan sobrada cuenta de ello.

69. - GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "Cuestiones de Derecho internacional privado en las Comunidades Europeas", en *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Facultad de Derecho de Valladolid, Departamento de Derecho Internacional, Valladolid, noviembre, 1982, p. 126.

70. - Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de decisiones judiciales. Véanse los estudios de ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., "Forum non conveniens" y "Forum shopping" en el sistema comunitario ed competencia judicial y ejecución de sentencias", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 2, sept.-dic., 1992, pp. 47-65; AMORES CONRADI, M.A., "El nuevo sistema español de competencia judicial internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, 1989/1, pp. 113 y ss; ARENAS GARCÍA, R., "Tratamiento jurisprudencial del...", *op. cit. -supra* nota 30-, pp. 39-67; BORRÁS, A. (Ed.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Macial Pons, Madrid, 1998; CANO BAZAGA, E., "Ley y competencia internacional en contratos...", *op. cit. -supra* nota 1-; CARRILLO POZO, L.F., "Art. 13", en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la*

*competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Calvo Caravaca, coord.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1994, pp. 267-288; DESANTES REAL, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986; ESPLUGUES MOTA, C.A., "Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *Comunidad Europea Aranzadi*, año XX, núm 12, diciembre, 1993, pp. 31-36; ESPLUGUES MOTA, C.A. y PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-; FALLON, M., *op. cit. -supra* nota 27-, pp. 815-819; GUZMÁN ZAPATER, M., "La prorrogación de competencia...", *op. cit. -supra* nota 66-; ídem, "Cesión de crédito y noción de consumidor...", *op. cit. -supra* nota 31-, pp. 1-8; ZABALO ESCUDERO, *op. cit. -supra* nota 27-, pp. 127-132.

71. - ZABALO ESCUDERO, *op. cit. -supra* nota 27-, p. 127.

72. - Ver JAIME, E./KOHLE, Ch., "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et Rome", *Rev. crit. Dr. internat. privé*, núm. 84, enero-marzo, 1995, pp. 1-40.

73. - Ver infra notas 214 y 215.

74. - DOCE L226 de 9 de octubre de 1980. El Convenio entró en vigor, para los Estados inicialmente firmantes que lo habían ratificado, el 1 de abril de 1991, y España y Portugal se adhirieron a él por medio del Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 (DOCE núm. L 333, de 18-11-1992) que entró en vigor el 1 de septiembre de 1993. Sobre el mismo puede consultarse la siguiente bibliografía: CALVO CARAVACA, A.L., "La ley Aplicable a los Contratos Internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)", *Derecho de los Negocios*, año 5, n° 43, 1994, pp. 1-18; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", en *Contratos internacionales* (L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca, dres., y P. Blanco-Morales Limones, coord.), pp. 41-137; CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1-, pp. 34-42; FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27-; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional...*, *op.cit. -supra* nota 52-, pp. 452-458; FOYER, J., "Entré en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal de Droit International (Clunet)*, vol. 118, 1991/3, pp. 601-631; H. GAUDEMET-TALLON, H., "Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 3200, 3-1989; GIULIANO, M./LAGARDE, P., *Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE, N° C 327, 11.12.1992; GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores en los contratos de venta negociados fuera de establecimiento mercantil (A propósito de la transposición de la Directiva CEE 85/577). Primera parte", *Gaceta Jurídica de la CEE*, B-80, diciembre de 1992, pp. 5-12; ídem, "La protección de los consumidores en los contratos de venta negociados fuera de establecimiento mercantil (Incidencia de la Ley 26/91 sobre la reglamentación de algunos contratos de venta concluidos por los consumidores en los supuestos de tráfico externo). Segunda parte", *Gaceta Jurídica de la CEE*, B-82, marzo de 1993, pp. 13-25; HARTLEY, T.C., "Consumer protection provisions in the EEC convention", *Contract conflicts. The ECC Convention on the Law applicable to contractual obligations: A comparative study* (P.M., North, ed.), North-Holland, Amsterdam, 1982, pp. 111-141; JACKSON, D., "Mandatory rules of "ordre public"", *Contract conflicts...*, *op.cit.*, pp. 59-79; JAFFE, A.J.E., "Choice of Law in relation to ius dispositivum which particular reference to the ECC Convention on the Law applicable to contractual obligations", *Contract conflicts...*, *op.cit.*, pp. 33-48; LAGARDE, P., *op.cit. -supra* nota 66-, pp. 287-340; ídem, "The Scope of the applicable LAW in the ECC Convention", *Contract conflicts...*, *op.cit.*, pp. 49-58; LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *Common Market Law Review*, vol. 24, 1987/2,

pp. 159-214; *idem*, "The EEC draft Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations", *Rebels zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 38, 1974, pp. 6-55; MORSE, C.G.J., "Consumer contracts and the Rome Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992/1, pp. 1-21; NORTH, P.M., "The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations (1980): its History and main features", *Contract conflicts...*, op.cit., pp. 3-30; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A., "El Anteproyecto de la CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de marzo de 1978", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, 1979/1, pp. 84-98; PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Las obligaciones contractuales", *Lecciones de Derecho civil internacional* (VVAA., M. Aguilar Benítez de Lugo, coord.), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 257-292; PHILIP, A., "Mandatory rules, public Law (political rules) and Choice of Law in the ECC Convention on the Law applicable to contractual obligations", *Contract conflicts...*, op.cit., pp. 81-110; VAQUERO LÓPEZ, M.C., "La codificación comunitaria de los conflictos de leyes en materia de contratos de seguro", *Revista de Estudios Europeos*, n° 3, enero-abril, 1993, pp. 73-87; VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", op.cit. -supra nota 61-, pp. 753-825; *idem*, "Obligaciones contractuales", *Derecho internacional privado. Parte especial* (VVAA., J.D. González Campos, coord.), pp. 143-207; *idem*, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV (Derecho Civil y Derecho Público), Madrid, Civitas, 1996, pp. 5.289-5.309; ZABALO ESCUDERO, E., op. cit. -supra nota 27-, pp. 127. 75. - CALVO CARAVACA, A.L., Prólogo al libro de I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional...*, op.cit. -supra nota 67-, p. 12.

76. - op. cit. -supra nota 2-, p. 22.

77. - "El paradigma...", op. cit. -nota 52-, p. 5267.

78. - *Ídem*.

79. - VIRGÓS, "El Convenio de Roma...", op.cit. -supra nota 61-, pp. 793-794; FALLON, M., "Le droit des rapports...", op.cit. -supra nota 27-, p. 842.

80. - Así la califica O. LANDO: "The Convention has one hard-and-fast rule governing consumers contracts" ("Rome Convention on the law...", op.cit. -supra nota 74-, p. 198).

81. - FOYER, J., op. cit. -supra nota 74-, p. 611. ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A., "El Anteproyecto de la CEE...", op. cit. -supra nota 74-, pp. 84 y ss.

82. - GAUDEMET-TALLON, H., op. cit. -supra nota 74-, p. 15.

83. - Su artículo 8° establece que será nula cualquier cláusula de un contrato de consumo que lo someta en todo o en parte a una ley distinta de las dictadas por el Parlamento canadiense o la legislación de Quebec; ver MALAURIE, Ph., op. cit. -supra nota 63-, p. 396; NABHAN, V./TALPIS, J.A., "La protection du consommateur en Droit international privé québécois et canadien", *Travaux de l'Association...*, op. cit. -supra nota 63-, pp. 415 y ss.; y ZABALO ESCUDERO, E., op. cit. -supra nota 27-, p. 122.

84. - FALLON, M., op.cit. -supra nota 27-, pp. 792-793; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional...*, op.cit. -supra nota 67-, pp. 343-349; HOFFMANN, B. VON, Nota a "Loi réglementant des conditions générales d'affaires (AGB-Gesetz) du 9 décembre 1976 (Bundesgesetzblatt, 15 décembre 1976, I, P. 3317", *Rev. crit. Dr. international priv.*, 1977, pp. 636-638; POCAR, op.cit. -supra nota 37-, p. 380; SPAGNOLETTI ZEULLI, M.T., "La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto e il Diritto internazionale privato", *Riv. Dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 531 y ss.

85. - FALLON, M., op. cit. -supra nota 27-, pp. 792-795; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional...*, op.cit. -supra nota 67-, pp. 339-343; MANN, E.A., "The proposed new law of exemption clauses and the conflict of laws" *ICLQ*, 1977, pp. 903-913; *idem*, "Unfair Contracts Terms Act 1977 and the conflict of

laws", *ICLQ*, 1978, 661-664; MORRIS, J.H.C., *The conflict of laws*, Stevens and Sons, Londres, 1984, pp. 280-281; NORTH, P.M., *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths, Londres, 1979, pp. 232 y ss.

86. - Dice el parágrafo 41 de la ley austríaca:

"(1) Los contratos en los que el Derecho del Estado donde una de las partes tiene su residencia habitual asegura a esta parte, como consumidor, una protección particular de derecho privado, se rigen por el Derecho de ese Estado si han sido concluidos en el marco de una actividad orientada hacia su formación y desplegada en ese Estado por el empresario o por personas empleadas por él a tal fin"

"(2) Dado que se trata de disposiciones imperativas de ese Derecho, no deberá respetarse la elección de la ley aplicable cuando conlleve una desventaja para el consumidor.

Ver FALLON, M., op.cit. -supra nota 27- p. 799; FUMAGALLI, L., op.cit. -supra nota 2-, p. 26; POCAR, E., op.cit. -supra nota 37-, p. 380; SCHWIND, E., op.cit. -supra nota 56-, pp. 104-105.

87. - Con algunas variaciones sobre la norma del proyecto de ley (artículo 117), que no afectan a la solución técnica de conflicto de leyes (exclusión de la autonomía de la voluntad y conexión objetiva de la residencia habitual del consumidor), el definitivo artículo 120 de la ley federal dice:

"(1) Los contratos referidos a una prestación de consumo corriente destinada a un uso personal o familiar del consumidor y no conectada con su actividad profesional o comercial, se rigen por la ley de la residencia habitual del Consumidor si:

a) el suministrador ha recibido el pedido en ese Estado;

b) la conclusión del contrato ha sido precedida en este Estado de una oferta o de publicidad y el consumidor ha realizado allí los actos necesarios para la conclusión o

c) el suministrador ha inducido al consumidor a trasladarse al extranjero para hacer el pedido."

"(2) Las partes no pueden escoger el Derecho aplicable".

Ver DUTOIT, B., "Le nouveau droit international privé suisse des contrats à l'aune de la Convention (CEE) de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", en *Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive* (C. Dominicé, R. Patry y C. Reymond, eds.), Helbing & Lichtenhan, Basilea/Frankfurt sobre el Meno, 1993, pp. 31 y ss.; KNOEPFLER, F. "Le contrat international en Droit suisse. Présentation de la loi fédérale sur le Droit international privé du 18 décembre 1987", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1988/4, pp. 423-424; FALLON, op.cit. -supra nota 27-, pp. 798-800; FUMAGALLI, L., op.cit. -supra nota 2-, pp. 26-27.

88. - Efectivamente, las soluciones de los párrafos 187, 192 y 193 del segundo *Restatement* son coincidentes con las del Derecho continental, e invalidan y/o limitan la elección de una ley por las partes si esa ley es contraria a una política fundamental de un Estado que tiene un interés mayor que el Estado elegido por las partes. Ver POCAR, E., pp. 380-381. También AUDIT, *RCADI*, op.cit. pp. 293-294. Véase al respecto CRAMTON, R.C., CURRIE, D.P., & HILL KAY, H., *Conflict of Laws. Cases, comments, questions*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1981, pp. 157 y ss., y 359 y ss.; SCOLES, E.F. & HAY, P., *Conflict of Laws*, West Publishing Co., St Paul, Minnesota, 1984, pp. 647 y ss., y 675-676 (en relación con la comparación entre el Convenio de Roma y el segundo *Restatement*, p. 696); y WEINTRAUB, R.J., *Commentary on the Conflict of Laws*, The Foundation Press Inc., Mineola, New York, 1986, p. 369 y ss. Sobre el carácter privado de los *Restatement* estadounidenses y la insatisfacción de la doctrina con sus resultados "codificadores", ver SCHWIND, E., "Aspects et...", op.cit. -supra nota 56-, pp. 57 y 58; JUENGER, E.K., op.cit. -supra nota 56-, pp. 219-220.

89. - BOSCHIERO, N., "La nuova convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. 22, 1986, pp. 514-516; FALLON, M., op.cit. -supra

nota 27- pp. 822 y ss.; GUZMÁN ZAPATER, M., "La prorrogación de competencia...", *op. cit. -supra* nota 66-, pp. 460-461; PELICHET, M., *Mémoire sur les ventes...*, *op.cit. -supra* nota 66-; POCAR, E., *op. cit. -supra* nota 37-, p. 380; TAYLOR VON MEHREN, A., "Explanatory report. Law applicable to certain consumer sales", *Law applicable to certain consumer sales. Texts adopted by the Fourteenth Session*, Conférence de La Haye de Droit international privé, Tirage à part des Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome II, Ventes aux consommateurs/Consumer sales, Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1982; ZAMORA, J., "Comentarios al anteproyecto de Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 59, 1980, pp. 111-121. Sobre la suerte del anteproyecto y los motivos del su infortunio: LAGARDE, P., "Le principe de proximité...", *op.cit. -supra* nota 56-, pp. 59-60.

90. - FALLON, *op.cit. -supra* nota 27-, p. 842. Como ha afirmado P. LAGARDE, "la regla de policía es acogida según un método unilateralista. Y es sólo después de que ha sido en cierto modo banalizada, y que su carga de soberanía se ha diluido un poco, cuando puede volverse objeto de una regla bilateral" (*op.cit. -supra* nota 56-, p. 51).

91. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", *Derecho internacional privado*, volumen II (V.V.AA., A.L. Calvo Caravaca, coord.), Comares, Granada, 1998, p. 443.

92. - FALLON, M., *op.cit. -supra* nota 27-, p. 813-815, 824-825, 839-841; VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61-, p. 793.

93. - En particular la sentencia de 21 de junio de 1978, asunto 150/77, *Bertrand*. Así lo manifiesta el Informe sobre el convenio de Bruselas, elaborado por P. SCHLOSSER (*DOCE*, núm. C-189, 28.07.1990, p. 225). El informe GIULIANO/LAGARDE sobre el Convenio de Roma alude también expresamente a la identidad de definiciones entre el Convenio de Bruselas y el Convenio de Roma: "La definición del contrato celebrado por un consumidor corresponde a la del artículo 13 de Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y comercial" (*op.cit. -supra* nota 74-, p. 21).

94. - Sentencias de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc.*; de 15 de septiembre de 1994, asunto *Wolfgang Brenner*; y de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, *Benincasa*. Sobre esta jurisprudencia y el concepto de consumidor en el convenio de Bruselas pueden consultarse ARENAS GARCÍA, R., "Tratamiento jurisprudencial del...", *op. cit. -supra* nota 31-, pp. 41 y ss.; CANO BAZAGA, E., "Ley y competencia internacional en contratos...", *op. cit. -supra* nota 1-; CARRILLO POZO, L.F., "Art. 13", *op. cit. -supra* nota 70-, pp. 272 y ss.; DESANTES REAL, M., *La competencia judicial...*, *op.cit. -supra* nota 70-; ESPLUGUES MOTA, C.A., "Noción de consumidor...", *op. cit. -supra* nota 70-, pp. 31-36; ESPLUGUES MOTA, C.A. y PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-; FALLON, M., *op. cit. -supra* nota 27-, pp. 815-819; GUZMÁN ZAPATER, M., "Cesión de crédito y noción de consumidor...", *op. cit. -supra* nota 29-, pp. 1-8.

95. - Así GAUDEMET-TALLON, H., *op. cit. -supra* nota 74-, n° 84-86; y FOYER, J., *op.cit. -supra* nota 74-, p. 611; PÉREZ BEVIÁ, J.A., *op. cit. -supra* nota 74-, p. 272; ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit. -supra* nota 27-, p. 117.

96. - Por ejemplo el caso resuelto por la Cour de cassation francesa de 28 de abril de 1987 en aplicación de la ley francesa de 10 de enero de 1978 sobre la protección y la información de consumidores de productos y servicios. Se trataba de un litigio en el que una sociedad ejercía la actividad de agente inmobiliario y adquiría un sistema de alarma para la protección de sus locales. Fue considerada digna de protección como "consumidor" al escapar la compra a la competencia profesional de la sociedad, ya que se encontraba en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor. En otros supuestos la Cour

de cassation resolvió en sentido diverso, al considerar que el comerciante no se encontraba en el mismo estado que cualquier otro consumidor. Ver H. GAUDEMET-TALLON, *op.cit. -supra* nota 74-, n° 86.

97. - ESPLUGUES MOTA, C.A., "Noción de consumidor...", *op.cit. -supra* nota 70-, p. 33; ESPLUGUES MOTA, C.A./PALAO MORENO, G., "Las Comunidades Europeas...", *op.cit. -supra* nota 2-, p. 6772. En un sentido equivalente ARENAS GARCÍA, R., *op.cit. -supra* nota 30-, pp. 44-45.

98. - CARRILLO POZO, *op.cit. -supra* nota 70-, p. 274.

99. - Lo que sí hacen la Ley federal suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987 (combinándolo con el criterio negativo de no actuar en el marco profesional) y el anteproyecto de La Haya de 1980 de artículos sobre la ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores, como único criterio. A favor de una interpretación que amplíe las exigencias de la noción (y restrinja aún más el concepto de consumidor), incluyendo la finalidad de "uso personal, familiar o doméstico": CARRILLO POZO, L.F., *op.cit. -supra* nota 70-, pp. 273-276). Manteniendo una interpretación más literal de los términos convencionales, aunque favorable a una interpretación jurisprudencial que incluya la exigencia del "uso personal, familiar o doméstico": ESPLUGUES MOTA, C.A., "Noción de consumidor...", *op.cit. -supra* nota 70-, p. 693-694; y ESPLUGUES MOTA, C.A./PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-, pp. 6771-6772. A favor de una interpretación literal, que no exija la finalidad de "uso personal, familiar o doméstico" e incorpore con ello otros supuestos de contratante débil: ARENAS GARCÍA, R., *op.cit. -supra* nota 30-, pp. 44-49.

100. M. FALLON, en su estudio de 1984, señalaba que las dos nociones por las que se ha delimitado el concepto "acto de consumo" —noción positiva (para su uso privado, personal o familiar) y noción negativa (no adquirir el bien o servicio en el marco de la actividad profesional)— tienen, aunque en ocasiones son acumuladas, un ámbito geográfico preciso, y mientras la noción positiva es de origen estadounidense y se extiende a los países nórdicos, como Dinamarca, su transposición a otros países europeos se ha hecho mediante la noción negativa, que es la que ha sido adoptada en los instrumentos comunitarios (*op.cit. -supra* nota 27-, p. 775). C.A. ESPLUGUES MOTA considera, sin embargo, que la noción positiva aparece sola habitualmente, o acompañada de la noción negativa como refuerzo conceptual, pero no suele aparecer, como es el caso, la noción negativa aislada ("Noción de consumidor...", *op.cit. -supra* nota 70-, p. 33).

101. - Así las sentencias de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc.* y de 15 de septiembre de 1994, asunto *Wolfgang Brenner*. A favor de su inclusión en la protección: ARENAS GARCÍA, *op.cit. -supra* nota 30-, pp. 44-50. Con dudas sobre tal inclusión: GUZMÁN ZAPATER, M., *op.cit. -supra* nota 31-, pp. 1-8.

102. - ESPLUGUES MOTA, C.A., "Noción de consumidor...", *op.cit. -supra* nota 70-, p. 33; y CARRILLO POZO, L.F., *op.cit. -supra* nota 70-, p. 277.

103. - Asunto C-269/95, *Benincasa*. Se trataba de un supuesto en el que el demandante que reclama la protección, Sr. Benincasa, había celebrado un contrato de franquicia con la empresa Dentalkit s.r.l. para la apertura y explotación de un comercio en Munich. Dejando al margen los pormenores del caso, el Sr. Benincasa argumentaba en su demanda que como no había comenzado su actividad comercial, debía ser considerado consumidor a efectos de beneficiarse del foro protector de la artículo 13 del Convenio de Bruselas. El Tribunal declararía en el fallo que: "el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor".

104. - Ver ESPLUGUES MOTA, C.A., "Noción de consumidor...", *op. cit. -supra* nota 70-, pp. 33-34; y ESPLUGUES MOTA, C.A./PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-, p. 6772.

105. - Ver ARENAS GARCÍA, R., "Tratamiento jurisprudencial del...", *op. cit. -supra* nota 30-, pp. 41-49; y ESPLUGUES MOTA, C.A./PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-, p. 6779, nota



núm. 94.

106. - LAGARDE, P. "Le nouveau...", *op.cit. -supra* nota 66- p. 315; PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Las obligaciones...", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 272; VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 168. En contra: GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 16.

107. - "El presente Convenio es aplicable a ciertos contratos de venta de mercancías de carácter internacional, compradas principalmente para un uso personal, familiar o doméstico, cuando el vendedor actúa en el marco de su actividad comercial o profesional, y que, en cualquier momento previo a la conclusión del contrato, ha conocido o ha debido conocer que tales mercancías se compraban principalmente para ese uso" (Texto en TAYLOR VON MEHREN, A., "Explanatory report. Law applicable to certain consumer sales", *op.cit. -supra* nota 90-, p. 2. Ver ESPLUGUES MOTA, C.A./PALAO MORENO, G., *op. cit. -supra* nota 2-, p. 6779.

108. - La falta de precisión se justificó por no entrar en colisión con las legislaciones nacionales. *op.cit. -supra* nota 74-, p. 21. M. VIRGÓS asumía esta interpretación del "Informe" en su estudio de 1986; ver "El Convenio de Roma...", *op.cit. -supra* nota 61-, p. 795.

109. - GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 16; así lo señala el Informe GIULIANO/LAGARDE, *op.cit. -supra* nota 74-, p. 21.

110. - Con la negociación de la adhesión al Convenio de Roma de Austria, Finlandia y Suecia, el primero de estos países propuso que los contratos sobre inmuebles entrasen en la esfera de protección de los contratos de consumidores del artículo 5. Véase VIRGÓS SORIANO, M., "Nota sobre los Convenios de adhesión de los nuevos Estados miembros de la UE a los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980", *REDI*, vol. XLVIII, 1996/2, p. 366.

111. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", *op.cit. -supra* nota 91-, p. 443.

112. - Así VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 168. Muestra dudas GUZMÁN ZAPATER, M., "El principio de reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, n° 3, enero-junio, 1998, pp. 159-160, nota 59.

113. - "Obligaciones contractuales", *op. cit. -supra* nota 74-, p. 167.

114. - Informe GIULIANO/LAGARDE, *op. cit. -supra* nota 74-, p. 22.

115. - La "internacionalidad" del contrato se recoge mediante el uso de la expresión "que impliquen un conflicto de leyes", haciendo implícitamente referencia al carácter heterogéneo de la relación jurídica por la presencia de uno o varios elementos de tráfico externo. La redacción ha sido hecha evitando deliberadamente el epíteto "internacional", con la intención expresa (según se desprende del art. 19) de poder incorporar los supuestos heterogéneos en materia contractual surgidos en el marco de los Estados plurilegislativos, en virtud de la existencia en su interior de diversas leyes territoriales aplicables a las obligaciones contractuales, pero permitiendo que los propios Estados excluyan estos supuestos de la aplicación del Convenio. Lo relevante es que los elementos del contrato -las partes, su nacionalidad o domicilio, los actos de oferta/aceptación, la celebración del contrato o la ejecución de una prestación- no se hallen localizados en conexión con un sólo ordenamiento jurídico. En caso contrario, no entran en aplicación las reglas del Convenio. Véase PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Las obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 263.

116. - *Op.cit. -supra* nota 27-, pp. 824-825. En relación con el elemento de conexión del mercado, puede verse, la Comunicación de L. IDOT, "Le domaine spatial du droit communautaire des affaires" y el debate posterior, en *Travaux du Comité Française de Droit International Privé*, Anné 1992-

1993, Pedone, París, 1994, pp. 145-177. M. FALLON estudia esta cuestión en su curso en la Academia de la Haya de 1995 ("Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", *RCADI*, vol. 253, 1995, pp. 42-49) y la retoma aunque sea brevemente en relación con los consumidores (*idem*, pp. 173-174).

117. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op. cit. -supra* nota 74-, p. 168. También puede verse la intervención de VIRGÓS SORIANO en *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas Jornadas de Derecho internacional privado*, Eurolex/Centro de Estudios Ramón Carande, Madrid, 1995, p. 116-117.

118. - FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27-, p. 840. Dice incluso este autor en ese lugar: "En materia de contratos, se ha promovido la recuperación, singularmente en las convenciones internacionales, de factores de conexión que proceden de la delimitación espacial dada por el legislador nacional a una reglamentación material del mercado financiero".

119. - *Ídem*, pp. 788 y ss.

120. - *Íbidem*. O. LANDO, "The EEC draft Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations", *op.cit. -supra* nota 74-, pp. 15-17 y 32-33. Esta posición será recogida y adaptada por F. VISCHER en su Curso de la Haya de 1974 ("The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *RCADI*, vol. 142, 1974-II, pp. 1-70), distinguiendo entre contratos del comercio internacional (que concluyen empresas implicadas en este comercio), contratos integrados en una esfera social determinada y contratos de adhesión entre una empresa y un particular, que en ocasiones es un consumidor. Ver al respecto, la exposición de M. FALLON, *op.cit. -supra* nota 27-, pp. 790-791.

121. - OVERBECK, A. E. von, "Les questions générales du Droit international privé...", *op.cit. -supra* nota 56-, p. 77; CALVO CARAVACA, A.L., "La ley Aplicable a los Contratos Internacionales...", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 4.

122. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op. cit. -supra* nota 74-, p. 169.

123. - Informe GIULIANO/LAGARDE, *op. cit. -supra* nota 74-, p. 22.

124. - *Ídem*.

125. - *Ídem*.

126. - VIRGÓS SORIANO, M., "Contratos internacionales", *op. cit. -supra* nota 74-, pp. 171-174; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", *op.cit. -supra* nota 91-, pp. 446-450; CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1-, p. 39.

127. VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma...", *op. cit. -supra* nota 61-, pp. 768 y ss.; *idem*, "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74-, pp. 147-148; JACQUET, J.-M., *Principe d'autonomie et contrats Internationaux*, Economica, París, 1983, pp. 8 y ss.

128. - Informe GIULIANO, M./LAGARDE, P., *op.cit. -supra* nota 74-, pp. 14-17.

129. - FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27-, p. 766.

130. - *Supra* nota 63. En el mismo sentido, CALVO CARAVACA, A.-L., "La ley aplicable...", *op. cit. -supra* nota 74-, p. 4; PÉREZ BEVIÁ, "Las obligaciones contractuales", *op. cit. -supra* nota 74-, p. 273; y ZAVALO ESCUDERO, *op. cit. -supra* nota 27-, p. 122-123, quien cita a O. LANDO: "la libertad contractual en los contratos celebrados con consumidores, es en su mayor parte mera fantasía".

131. - Ver *supra*, nota 87.

132. - ZABALO ESCUDERO, E., *op. cit. -supra* nota 27-, p. 126.

133. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 169.

134. - VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61-, p. 801; *idem*, "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74-, p. 178.

135. - Aún cuando O. LANDO era partidario de no dejar liber-

tad de elección del Derecho aplicable. Ver nota 120.

136. - Esta lógica explica y puede fundamentar la identidad, que muestra VIRGÓS SORIANO, de las nociones de "normas imperativas" que aparecen en los artículos 3.3, 5 y 6 CR. M. GUZMÁN ZAPATER, en la doctrina española ("La protección... Segunda parte", *op. cit. -supra* nota 74, pp. 19-20), no comparte, sin embargo, esta posición, y considera que las disposiciones imperativas a las que alude el artículo 5.2 son únicamente aquellas que "siendo imperativas en el plano interno, tienen como objetivo material específico la protección del consumidor". Cabe objetar que el legislador nacional puede omitir en la reglamentación de las normas protectoras de los supuestos de consumo el establecimiento de mecanismos que conlleven el reequilibrio de las posiciones de las partes en la relación jurídica, cuando ya están establecidos en la reglamentación general de los contratos como normas no derogables por acuerdo de las partes. Si sólo se tomaran en consideración las normas que tienen el objetivo específico de tutela del consumidor y no cualquier norma que directa o indirectamente le ofrece una protección, cabría la posibilidad de que en un supuesto muy concreto el consumidor se viera privado de la protección que ese particular ordenamiento otorga a cualquier contratante aún cuando no sea considerado consumidor.

137. - "Le nouveau droit international...", *op.cit. -supra* nota 56, pp. 313-314.

138. - La autonomía material es la libertad de las partes en los Derechos privados internos, por la que establecen la reglamentación sustantiva de la relación. La libertad conflictual, por el contrario, supone la elección del Derecho aplicable. Las consecuencias de la distinción en el Derecho internacional privado son relevantes a efectos de diferenciar una verdadera elección del Ordenamiento que rige la relación, de la llamada "incorporación por referencia", en la que las disposiciones de un Derecho se acogen como simples cláusulas contractuales, incluso sin que afecten a las partes las modificaciones legislativas que sufran las disposiciones "incorporadas". Véase al respecto VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma...", *op.cit. -supra* nota 61, pp. 769-770.

139. - *Ídem*, p. 799.

140. - H. GAUDEMÉTALLON, H., *op.cit. -supra* nota 74, p. 16.

141. - CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 38. Como señala M. VIRGÓS SORIANO: "en la medida en que la norma de DIPr. se ajusta a valores materiales, a un contexto de protección, la diferencia entre autonomía conflictual y material se colapsa" ("El Convenio de Roma...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 801).

142. - FOYER, J., *op.cit. -supra* nota 74, p. 612; FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27, p. 825.

143. - VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 800; CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 38.

144. - VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, pp. 800-801.

145. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74, p. 170.

146. - Utiliza para demostrarlo un ejemplo de compraventa de muebles de diseño por catálogo entre un vendedor domiciliado en Dinamarca y un consumidor español, en el que éste encarga la mercancía al vendedor que le visita, y con posterioridad decide no realizar la compra. Pasados ya nueve días desde la realización del pedido, se lo comunica por carta certificada al vendedor, cuando la ley española (la Ley 26/91 que regula las ventas a domicilio) contempla sólo siete días de "período de reflexión" durante los que se puede comunicar el desistimiento del contrato. El vendedor exige el pago del precio y demanda al consumidor ante los tribunales españoles, ante los que éste alega el plazo de diez días que contempla la ley danesa, la ley escogida en el contrato. En su opinión, un supuesto así no conduciría sino a la aplicación por el juez español de la ley danesa, la más favorable para el consumidor (M. GUZMÁN ZAPATER "La protección...", p. 20). La misma solución parece adoptar J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo",

*op.cit. -supra* nota 91, p. 445.

147. - FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27, p. 842.

148. - VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 800; y CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 38. Ambos autores sostienen que en casos dudosos debe aplicarse la ley del consumidor.

149. - POCAR, E., *op.cit. -supra* nota 37, pp. 382-383.

150. - M. GUZMÁN ZAPATER ha hecho hincapié en otros inconvenientes previsibles para la ley del foro ("La protección... Segunda parte", *op.cit. -supra* nota 74, p. 21).

151. - *Ídem*, p. 21.

152. - O. LÁNDO es partidario, por contra, de la solución del Derecho suizo, que prohíbe taxativamente la elección de ley en los supuestos de contrato de consumo ("The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit. -supra* nota 74, p. 184). Sobre los efectos del *dépêche*, véase CARRAS-COSA GONZÁLEZ, J., *El Contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992; y en relación con los contratos de consumo, pp. 286-287 (aunque en este último caso, según este autor, más bien habría que decir que se producen efectos sobre el *dépêche*).

153. - El art. 4 del Convenio establece, como punto de conexión subsidiario a la elección por las partes del Derecho aplicable, la ley del país con el que el contrato presente los lazos más estrechos, con una presunción legal que modula la regla anterior con la finalidad de orientar al aplicador del Derecho y dar seguridad jurídica y previsibilidad a la solución: se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o administración central (o en caso de tratarse de un contrato en el ejercicio de la actividad profesional, su establecimiento principal o el establecimiento en que se deba realizar la prestación de acuerdo con el contrato). Ver VIRGÓS SORIANO, M., "La ley aplicable a los contratos internacionales...", *op.cit. -supra* nota 74.

154. - POCAR, E., *op.cit. -supra* nota 37, 388-391; ZABALO ESCUDERO, *op. cit. -supra* nota 27, p. 123.

155. - ZABALO ESCUDERO, *op. cit. -supra* nota 27, p. 123.

156. - CALVO CARAVACA, A.L., "La ley aplicable a los Contratos Internacionales" *op.cit. -supra* nota 74, p. 4; GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op.cit. -supra* nota 74, p. 22; PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Las obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74, p. 274; VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 297.

157. - GAUDEMÉTALLON, H., *op.cit. -supra* nota 74, p. 16; CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 38; VIRGÓS SORIANO, M., *op.cit. -supra* nota 74, p. 169.

158. - CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 38; VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 797.

159. - POCAR, E., *op.cit. -supra* nota 37, p. 392.

160. - VIRGÓS SORIANO, M., "La ley aplicable a los contratos internacionales...", *op.cit. -supra* nota 74 p. 169.

161. - POCAR, E., *op.cit. -supra* nota 37, p. 392.

162. - GAUDEMÉTALLON, H., *op.cit. -supra* nota 74, p. 16; PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Las obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74, p. 274.

163. - FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27, p. 839-841; VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 798.

164. - VIRGÓS SORIANO, M., "La ley aplicable a los contratos internacionales...", *op.cit. -supra* nota 74, p. 5302; FALLON, M., "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27, p. 827.

165. - *Op.cit. -supra* nota 27, p. 827.

166. - Reza el artículo tercero del Convenio de la Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales:

Artículo 3

En defecto de ley declarada aplicable por las partes en las condiciones previstas en el artículo anterior, la venta se regirá por la ley interna del país en que el vendedor tenga su residencia habitual en el momento en que recibe el encargo, si el encargo se recibe en un establecimiento del vendedor, la venta se regirá por la ley interna del país en que estuviere situado dicho establecimiento.

Sin embargo, la venta se regirá por la ley interna del país en que el comprador tuviere su residencia habitual o en el que tuviera el establecimiento que ha realizado el encargo si es en dicho país donde el encargo ha sido recibido por el vendedor, por su representante, agente o viajante de comercio.

(GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./BORRÁS, A., *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 66).

167. - Véase *infra*, nota 188.

168. - Informe GIULIANO/LAGARDE, *op.cit. -supra* nota 74, p. 29.

169. - Dice expresamente P. LAGARDE: "técnicamente el Convenio no impediría que se invocase el artículo 7 para una protección complementaria del consumidor", en *Principios, objetivos y métodos...*, *op. cit. -supra* nota 117, p. 121.

170. - Ver VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, pp. 798. Un estudio sobre las normas de aplicación inmediata que analiza en particular la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: VAQUERO LÓPEZ, M.C., "Las cláusulas económicas extraterritoriales en el tráfico privado internacional", *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, vol. 9, 1994, pp. 483-508. Ver *infra*, las notas 175, 176, 178, 312 y 313.

171. - LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit. -supra* nota 74, p. 206.

172. - La definición es transcripción de la formulación de P. LAGARDE (*op.cit. -supra* nota 56, p. 51), elaborada en base al trabajo de Ph. FRANCESCAKIS: "Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit des lois", *Rev. Crit. Dr. Internac. priv.*, 1966, en particular p. 13.

173. - Ver VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74, p. 178; y PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XXXIV, 1982/1, pp. 120-123.

174. - VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 798; CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 39. En contra, y propugnando una aplicación en todo caso de la ley del foro, se pronuncian PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía...", *op.cit. -supra* nota 173, pp. 103 y 120; y VAQUERO LÓPEZ, M.C., "Las cláusulas...", *op.cit. -supra* nota 170, p. 497.

175. - GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op.cit. -supra* nota 74, pp. 22-23. También la intervención de P. LAGARDE, en el coloquio de las Cuartas Jornadas de Derecho internacional privado, en *Principios, objetivos y métodos...*, *op. cit. -supra* nota 117, p. 121.

176. - *Ídem*. L. GAROFALO, sin embargo, sostiene que la aplicación de las normas imperativas de la *lex fori* está fuera de discusión ("Volontà delle parti e norme imperative nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato", *Riv. Dir. int. priv. e proc.*, vol. XXXII, 1996/3, pp. 486-487).

177. - PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía...", *op.cit. -supra* nota 173, p. 118. También O. LANDO, "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit. -supra* nota 74, p. 212; y OVERBECK, A.E. von, *op.cit. -supra* nota 56, pp. 181-182.

178. - Ver AUDIT, B., "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit...", *op. cit. -supra* nota 56, pp. 252-255; VISSCHER, "General Course...", *op. cit. -supra* nota 56, pp. 168-169. Ya Y. LOUSSOUARN, en su Curso General de La Haya de 1973, clasificaba los criterios de definición de las lois de police, abriendo un apartado específico destinado a los criterios finalistas, donde incluía la teoría de las normas de aplicación inmediata, y a Franciscakis ("Cours général de Droit international privé", *RCA-DI*, vol. 139, 1973-II, pp. 321 y ss., en particular, pp. 326-329). Por su parte, A.E. OVERBECK ("Cours général...", *op.cit. -supra* nota 56, pp. 180-182) y O. LANDO ("The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit. -supra* nota 74, pp. 210-211), al enumerar las condiciones para la aplicación de las normas imperativas extranjeras, se refieren expresamente a vocación o voluntad de aplicación de la norma. Cuando se define las normas del artículo 7.1, el carácter finalista y unilateral está plenamente presente, como, por ejemplo cuando afirma J.A. PÉREZ BEVIÁ: "Frente al bilateralismo, el método unilateralista parece más adaptado a la designación de las leyes de policía extranjeras. La designación de la ley extranjera resulta de una investigación de la voluntad de aplicación de esas leyes, siempre que presenten una conexión significativa con la relación jurídica a reglamentar", y la ubicación por él del método del artículo 7.1 en las posiciones doctrinales propugnadas por GOTHOT ("Disposiciones imperativas...", *op.cit. -supra* nota 173, p. 116-117). Sobre el método anglosajón véase *supra*, nota 57.

179. - GAROFALO, L., *op. cit. -supra* nota 176, pp. 402-403; LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit. -supra* nota 74, p. 211; OVERBECK, A.E. von, "Cours général...", *op.cit. -supra* nota 56, p. 182; PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía...", *op.cit. -supra* nota 173, pp. 118-120; POCAR, F., *op.cit. -supra* nota 37, 402-403.

180. - VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit. -supra* nota 61, p. 798; CANO BAZAGA, E., *op.cit. -supra* nota 1, p. 39.

181. - Como señala J.A. PÉREZ BEVIÁ: "Se podría, pues, decir que las leyes de policía, a que hace referencia el artículo 7, planean a lo largo de todo el Convenio y pueden, por consiguiente, intervenir y superponerse, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato" ("Disposiciones imperativas y leyes de policía...", *op.cit. -supra* nota 173, p. 103). Por su parte, VIRGÓS SORIANO ha calificado al artículo 7 CR de verdadera *tabula in naufragio* para la doctrina, ya que es el que permite "restablecer la coherencia del sistema" ("Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74, p. 173).

182. - "Le Droit des rapports...", *op. cit. -supra* nota 27, p. 841.

183. - LAGARDE, "Le nouveau Droit international privé..." *op.cit. -supra* nota 66, p. 316; GUZMÁN ZAPATER, "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op.cit. -supra* nota 74, p. 24; VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", *op.cit. -supra* nota 74, pp. 170-171.

184. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", *op.cit. -supra* nota 91, p. 449; JAYME, E./KOHLLER, Ch., "L'interaction des règles de conflit...", *op.cit. -supra* nota 72, p. 1 y ss.

185. - M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit., -supra* nota 74, pp. 168 y 171-172. Véase *supra* lo relativo al ámbito de aplicación material en el apartado A.1.

186. - *Op. cit., -supra* nota 74, p. 171.

187. - Sobre la interpretación analógica del artículo 5, véase el coloquio de las Cuartas Jornadas de Derecho internacional privado, donde se muestran muy reacios a esta aplicación analógica J. BASEDOW, E. JAYME y P. LAGARDE (*Principios, objetivos y métodos...*, *op. cit. -supra* nota 117, pp. 116-121).

188. - La cláusula de escape, como ha afirmado C. VAQUERO LÓPEZ, es una cláusula judicial que permite al juez "derogar la aplicación de la norma de conflicto excepcionalmente y tras un análisis del conjunto de las circunstancias, cuando la localización concreta de la situación no presenta más que una débil

conexión con el litigio, por lo que su aplicación conduce a una situación injusta o engañosa, y existe en el supuesto de hecho una localización más estrecha con la causa del litigio" (en "Las cláusulas económicas...", *op.cit.* -*supra* nota 170-, p. 483. La aplicación de la cláusula de escape genera una manifiesta incertidumbre, pues estamos ante un concepto jurídico indeterminado, y sólo se podrá llegar a determinar su alcance y contenido después de una uniforme, reiterada y racional aplicación jurisprudencial. Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA: "Lo primero que hay que notar es que esta figura de los conceptos jurídicos indeterminados no es una construcción teórica, sino una técnica que emplean —y han empleado siempre— precisamente las leyes. La ley prohíbe la "competencia desleal", fija los estándares de conducta del "buen padre de familia" o de la "diligencia del buen comerciante", prohíbe el "abuso de derecho" o impone la "buena fe", etc. No cabría legislar sin utilizar este tipo de conceptos y cuando las partes en un proceso discrepan sobre su aplicación al caso parece claro que corresponde al juez determinar si el supuesto de hecho discutido se acomoda o no a este tipo de conceptos a los que la Ley ha conectado alguna consecuencia jurídica" (*Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 126-127). Sobre las cláusulas de escape (o de excepción) véanse CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El convenio de Roma sobre la ley aplicable...", *op.cit.* -*supra* nota 74-, pp. 99-105; DUBLER, C.E., *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Georg & Cie, Ginebra, 1983; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op.cit.* -*supra* nota 74-, pp. 303-306; VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio...", *op.cit.* -*supra* nota 61-, pp. 786-792; y VISSCHER, F. "General Course...", *op. cit.* -*supra* nota 56-, pp. 106-112.

189. - 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 L280, de 29 de octubre de 1994).

190. - Véase sobre la materia CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", Introducción..., *op. cit.* -*supra* nota 91-, pp. 448-449; *idem*, "Problemas jurídicos de la multipropiedad en Derecho internacional privado", en *Actualidad Civil*, nº 45, 7-13 de diciembre de 1992, pp. 757-779; JAIME, E./KÖHLER, Ch., "L'interaction des règles de conflit...", *op.cit.* -*supra* nota 72-, pp. 8, 29-31; y JAYME, E., "Identité culturelle...", *op. cit.* -*supra* nota 56-, pp. 247-250. En relación con la transposición francesa, ver BOURGEOIS, M.-J., "La loi nº 98-566 du 8 juillet 1998 relative à la protection des acquéreurs de l'utilisations de temps partiel de biens immobiliers", *La Semaine Juridique*. Édition générale, nº 30, 22 de julio de 1998, pp. 1361-1362 y LAGARDE, P., "Contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé. Note sur loi nº 98-566 du 8 juillet 1998 (Timesharing)", *Rev. crit. dr. internac. privé*, vol. 87, 1998/4, pp. 741-748. La transposición española de la Directiva se ha realizado por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (BOE de 16.12.1998, nº 300, pp. 42076-42087). Parece que el autor de la exposición de motivos de la Ley española 42/1998 no ha comprendido en absoluto la función a la que, en los aspectos de Derecho internacional privado, se enfrentaba en la transposición de las normas de la Directiva comunitaria ya que hace referencia, en su apartado I, a que la misma "se ocupa de (...) la sujeción a determinados fueros", confundiendo la cuestiones de conflicto de leyes y de jurisdicciones, lo que se confirma en la incomprensible y desorientada redacción del apartado VI de la misma exposición de motivos. Por su parte, la norma que realiza la transposición de la Directiva en materia de Derecho internacional privado, la Disposición adicional segunda, procede a una unilateralización del artículo 9 de la Directiva, ya que dice: "Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su cele-

bración". Sin embargo, el artículo 9 de la Directiva está enunciado de modo multilateral, por lo que podría caber la duda sobre si la redacción de la Ley 42/1998 cumple *a priori* los fines de la norma comunitaria objeto de transposición, pues no contempla más que el cumplimiento de las normas nacionales (españolas) de transposición, cuando el inmueble se halle en España, y deja fuera la exigencia de cumplimiento de las disposiciones protectoras de la Directiva cuando el inmueble se halle localizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, exigencia establecida de modo inequívoco en el artículo 9: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que le otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro". Ver *infra* lo referido a la redacción unilateral de la transposición de la Directiva 93/13/CEE por la Ley 7/1998, en el epígrafe B del apartado IV, y las notas 315, 317, 318 y 319.

191. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit.* -*supra* nota 74-, p. 172.

192. - *Ídem*, pp. 172-173.

193. - Así, GUZMÁN ZAPATER, M., "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op.cit.* -*supra* nota 74-, p. 24.

194. - Ver *supra*., nota 92.

195. - LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit.* -*supra* nota 74-, pp. 181-182; VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit.* -*supra* nota 74-, pp. 173-174. Es lo que, en otro sentido, ha señalado también A.J. ADRIÁN ARNÁIZ: "la noción de pluralismo de sistemas jurídicos estatales perderá parte de su sentido en las relaciones intracomunitarias, si bien permanecerá para los casos en que el Mercado Interior comunitario sea la *lex fori* de las relaciones jurídicas intracomunitarias" ("La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen", en *La Constitución española y el ordenamiento jurídico comunitario europeo (I)*. XVI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, p. 89).

196. - LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit.* -*supra* nota 74-, p. 181; VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit.* -*supra* nota 74-, p. 173.

197. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit.* -*supra* nota 74-, p. 173.

198. - Ver *supra* notas 195 y 196. Hay que decir también que el propio Informe GIULIANO/LAGARDE, al comentar el artículo 16 CR, referido a la aplicación del Orden público, hace referencia expresa a las normas comunitarias de orden público; y como ha señalado O. LANDO, la dificultad de deslindar *a priori* si una norma actúa como norma de orden público o como norma de aplicación inmediata —y la identidad de razón que vincula a ambas, decimos nosotros— debe llevar a interpretar que el Convenio debe aceptar la virtualidad por vía del artículo 7.2 de las normas comunitarias de aplicación inmediata ("The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *op.cit.* -*supra* nota 74-, pp. 205 y ss.). Ver al respecto ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., "La Constitución económica...", *op. cit.* -*supra* nota 195-, p. 89; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "Derecho aplicable y orden público comunitario", *Revista de instituciones europeas*, vol 20, 1993/3, pp. 933-934; *idem*, "El Derecho comunitario como fuente del Derecho internacional privado", *Anales de Derecho*, Universidad De Murcia, nº 12, 1994, pp. 96-97; STRUYCKEN, A.V.M., "Les Conséquences de l'Intégration Européen sur le Développement du Droit International Privé", *RCARDI*, 1992-I, t. 232, p. 324; y VAQUERO LÓPEZ, M.C., "Las cláusulas económicas...", *op.cit.* -*supra* nota 170-, p. 497.

199. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op.cit.* -*supra* nota 74-, pp. 173-174; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo",

Introducción..., *op. cit. -supra* nota 91-, pp. 447-449.

200. - Ver CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", Introducción..., *op. cit. -supra* nota 91-, pp. 447 y 450.

201. - VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones contractuales", *op. cit. -supra* nota 74, p. 167.

202. - Si se aplica en los términos estrictos que sostiene M. GUZMÁN ZAPATER: "La protección de los consumidores... Segunda parte", *op. cit. -supra* nota 74, p. 24.

203. - O. LANDO lo señala así en relación con los supuestos de contratos en los que participan otras partes débiles no contemplados por el Convenio de Roma ("The EEC Convention on the

law applicable to contractual obligations", *op. cit. -supra* nota 74, pp. 185 y 212-213).

204. - Así *idem*, p. 213.

205. - El principio de proximidad incluido en el artículo 7, actuará en algunos casos como en las cláusulas de escape (ver nota 188), aunque el análisis teleológico de la norma imperativa extranjera exigirá una además aplicar una técnica unilateral (ver nota 178).

206. - A instancias de Austria. Ver CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", *op. cit. -supra* nota 91-, p. 447; VIRGÓS SORIANO, M., "Nota sobre los Convenios de adhesión...", *op. cit. -supra* nota 110.