



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Autor: Ximena Chicote Cuesta

Tutor: Dámaso Javier Vicente Blanco

Julio 2015

Contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	9
3. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR	16
4. LA NOCIÓN DE “ACTIVIDAD DIRIGIDA” POR PARTE DEL EMPRESARIO	21
5. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO.....	24
5.1. Ámbito material de protección. Artículo 17 del RBI bis.	24
5.2. Los foros de competencia judicial. Artículos 18 y 19 del RBI bis.	27
5.3. La aplicación de la LOPJ.....	31
6. LA LEY APLICABLE EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO INTERNACIONALES.....	33
7. LA PROTECCIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS	36
8. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. EL ARTÍCULO 67 DE LA LGDCU	42
9. CONCLUSIÓN.....	45
10. BIBLIOGRAFÍA	49

Resumen

Con el surgimiento de la sociedad de consumo a finales del siglo XIX, su evolución a lo largo del siglo XX y la internacionalización de las operaciones contractuales nos encontramos en una situación en la que el consumidor se entiende como parte débil en las relaciones jurídicas entabladas con empresarios, lo que llamamos contratos de consumo. Ante esto, la legislación internacional, y la comunitaria, vieron la necesidad de regular ciertos aspectos de esta relación que estableciese una protección a este consumidor. Nos encontramos así una evolución legislativa, plasmada, actualmente, a nivel comunitario en el Reglamento Bruselas I sobre competencia judicial internacional y en el Reglamento Roma I

sobre ley aplicable, en diferentes directivas europeas traspuestas a los derechos internos que actuarán como normas mínimas y con las diferentes legislaciones nacionales, en el caso de España la LOPJ y la LGDCU, que serán de aplicación cuando así lo establezca la norma de conflicto.

Abstract

With the emergence of the consumer society in the late nineteenth century, its evolution throughout the twentieth century and the internationalization of contractual operations we are in a situation where the consumer is seen as weaker party in legal relations established with entrepreneurs, what we call consumer contracts. Before this, international and european law saw the need to regulate certain aspects of this relationship to establish a consumer protection. We thus find a legislative developments, currently embodied at european level in the Brussels I Regulation about international jurisdiction and the Rome I Regulation about the law applicable, in different european directives transposed into the national laws to act as minimum standards and the different national laws, in the case of Spain LOPJ and LGDCU, which shall apply where provided the conflict rule.

Palabras clave

Sociedad de consumo, contrato de consumo, consumidor, empresario, competencia judicial internacional, ley aplicable, protección del consumidor.

Key words

Consumer society, consumer contract, consumer, employer, entrepreneur, international jurisdiction, applicable law, consumer protection.

1. INTRODUCCIÓN

Con el decaimiento de la economía industrial, tal y como empezó en el siglo XIX, debido a la producción en masa de bienes en los años 20 se cambia la concepción hasta entonces predominante en el mercado que conllevaba el binomio oferta-demanda. Se lleva a cabo un cambio en el orden del mercado: lo que antes suponía que los empresarios aumentaban su producción según la demanda del producto se convierte ahora en una creación de la demanda, los productores de bienes crean la necesidad en la sociedad del consumo de dichos productos. Esto se va perfeccionando a lo largo del siglo XX tras la crisis de los años 30, pero fue después de la II Guerra Mundial cuando la economía empieza a resurgir y es así que, llegados los años 70, aparecen las nuevas tecnologías, la diferenciación entre individuos según sus gustos, lo que repercute en la comercialización de productos diferenciados para distintos individuos de la sociedad. Esto conlleva una pérdida de valor en los productos, no porque dejen de ser funcionales, sino porque dejan de ser “atractivos”, lo que da lugar a un mercado en continuo cambio y a un aumento del consumo que supera cualquier supuesta necesidad del consumidor. Es lo que llamamos la Sociedad de Consumo¹.

Con su aparición tiene lugar la implantación de una nueva teoría económica y política denominada ‘*keynesiana*’ que hace del ciudadano de clase media el sujeto económico del nuevo mercado, es decir, los consumidores. Esta figura del consumidor como tal empieza regularse en los años 60 y 70 (en España en la Constitución de 1978) donde aparece como “sujeto protegido”, lo cual quiere decir que el Estado interviene en los contratos que éstos realizan con los empresarios, es decir, en el Derecho Privado. Tiene lugar una regulación del mercado. Los Estados no dejan éste a su libre albedrío como pregonaría la economía de mercado según la cual éste se regula a sí mismo con el juego de la oferta y la demanda. El mercado pasa a ser un mercado regulado.

Con la crisis de 1973, conocida como la primera crisis del petróleo, se hace un análisis de la Teoría Keynesiana y cogen fuerza a nivel internacional las teorías neoliberales que proclaman, entre otras cosas, una reducción del tamaño del Estado con la privatización de las empresas públicas y una desregularización del mercado que, por otro lado, no será tal

¹ CARRASCO ROSA, A., “La sociedad de consumo: origen y características” en Contribuciones a la Economía, enero 2007.

porque lo que se hace es regular dicha desregularización, es decir, lo que podríamos denominar como “regulación inversa”.

Toda esta protección y desprotección del consumidor que se lleva a cabo tiene consecuencias en la dogmática del Derecho privado. En 1848 se lleva a cabo de la mano de Savigny el Tratado de Derecho Romano donde recoge la idea dogmática de ‘contrato’ del mismo modo en el que se entendía en Roma. El concepto que recoge Savigny establece como características del contrato: (1) que es un negocio jurídico; (2) que tiene efecto constitutivo al crear entre las partes una relación jurídica; (3) que se constituye en base a la declaración de voluntad de las partes; y (4) que posee, así mismo, un efecto normativo, al contener unas cláusulas que regirán entre las partes contratantes². La idea ha evolucionado y en el derecho moderno entendemos el contrato como sinalagmático, posicionando a las partes en una igualdad utópica. Esta bilateralidad e igualdad entre las partes es falsa. Existen contratos que no son bilaterales (unilaterales o con más de dos partes contratantes) y, desde luego, el contexto social y económico modela la estructura de las relaciones jurídicas haciendo que haya posiciones fuertes y posiciones débiles en la economía, hecho que da lugar a la existencia en los contratos de partes fuertes y partes débiles (empleadores/trabajadores; aseguradoras/asegurados; comerciantes/consumidores). Esto justifica la intervención del Estado para equilibrar las relaciones jurídicas. Así lo defendía, por ejemplo, GHESTIN en el derecho francés, el cual defendía que pos sí misma la regla de la autonomía de la voluntad, que rige en materia de obligaciones y contratos, no es sostenible, puesto que es esta misma capacidad de autocomposición de las relaciones jurídicas la que posibilita al empresario buscar su propio beneficio, perjudicando, así, al consumidor, lo que le posiciona como una parte débil en la relación contractual³. En el derecho español habla sobre ello DIEZ-PICAZO, el cual establece que sólo en unos mercados masivos en régimen de libertad puede verse la necesidad de una protección hacia la parte considerada más débil, como sería el consumidor. A este respecto entiende que, puesto que es en este tipo de mercados donde se puede dar la posibilidad de realizar contratos, tendrá que ser, irónicamente, también, en estas situaciones donde se establezca la

² GARCÍA AMIGO, M. *Idea del contrato: Cincuenta años después (Consideraciones Previas a una Definición Del contrato)*. Foro, Nueva época, núm. 2. 2005.

³ GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, París, 1992, pp.20-79 y 116-117. También VICENTE BLANCO, D-J., *La ley aplicable al contrato de consumo en el Derecho comunitario europeo: El tratamiento de las cláusulas abusivas*. Universidad de Valladolid. Instituto de Estudios Europeos. Revista de Estudios Europeos, enero-abril 1999, n. 22. p. 27.

alternativa de elegir entre la absoluta validez con fuerza de ley de lo que las partes acuerden, es decir, una autonomía de la voluntad en su máximo exponente, o se prefieran contratos en los que el Estado intervenga, estableciendo unos límites a la voluntad y unas medidas proteccionistas para que exista una mejor justicia distributiva y un mayor equilibrio⁴. Está claro que es esta última opción la que se ha venido desarrollando y la que se defiende actualmente.

El Derecho Internacional Privado de principios del siglo XXI se caracteriza por el intento de superación del formalismo jurídico que venía imperando en la segunda mitad del siglo pasado. Savigny defendía la neutralidad de la norma internacional, la cual tenía una función de mera conexión entre el conflicto surgido y la norma que debía aplicarse. En consecuencia, el Derecho Internacional Privado no podía servir para proteger a una de las partes de la relación jurídica, lo que era tarea del derecho material. La Segunda Guerra Mundial trajo consigo profundos cambios en la concepción de las relaciones internacionales. Existía en este periodo una cláusula en la regulación del transporte marítimo de personas que establecía que la ley aplicable a esta clase de contratos sería la más favorable al transportista. Era una cláusula manifiestamente abusiva y puso en evidencia la desprotección de las personas que firmaban este tipo de contratos de adhesión. A partir de los años 60 en EE.UU. empieza una crisis de la visión clásica de la norma de conflicto internacional. Las críticas se centran en su complejidad, su abstracción y la inseguridad que generaba la total falta de funcionalismo y de unos criterios de justicia. Se trata de cambiar la concepción de la norma jurídica como mera norma auxiliar para darla un valor de derecho material para que pueda llevar a cabo la resolución de unos conflictos con la característica de que éstos tendrán un elemento de internacionalidad.

La consolidación de un mercado interior europeo, la liberalización de los intercambios, la libertad de circulación de las mercancías, los servicios y los capitales, junto con el incremento del turismo internacional, el desarrollo de los medios de comunicación y de las nuevas tecnologías que facilitan el comercio electrónico y la comercialización en masa de los bienes de consumo han dado lugar a un aumento del volumen de los contratos

⁴ DIEZ-PICAZO, L., *Contratos de Consumo y Derecho de Contratos*, Anuario de derecho civil, ISSN 0210-310X, Vol. 59, nº 1, pp.11-12.

realizados con algún elemento de internacionalidad y que ponen en contacto distintos sistemas jurídicos⁵.

La superación del formalismo imperante en el Derecho Internacional Privado supone un cambio en el Mercado Común. Uno de los grandes cambios que se ha realizado desde hace pocos años y que era uno de los principales impedimentos para la contratación transfronteriza era la inseguridad y desconfianza que tenía el consumidor⁶. Se lleva a cabo, por lo tanto, una política de protección de los consumidores como política de mercado. Los diferentes Estados llevaban un tiempo comenzando a establecer sus políticas de protección de los consumidores de forma individual lo que implicó que apareciesen asimetrías en el mercado: cada Estado regulaba, según su criterio o interés, unas normas de consumo y unos límites al juego del mercado, lo que tenía como consecuencia distorsiones a la competencia. Se dio la necesidad de evitarlo y la forma fue a través de unas normas comunes en materia de protección de los consumidores: reglas de mercado y normas de derecho internacional privado⁷.

Para saber qué normas debemos aplicar a la hora de delimitar la competencia judicial y la ley aplicable a cada caso, lo primero que tenemos que diferenciar es el elemento extranjero del contrato que nos dará la nota de internacionalidad y que nos relacionará esa situación con un Estado miembro de la Unión Europea (*ad intra*) o no (*ad extra*)⁸. Según el artículo 17 del Reglamento Bruselas I bis⁹ no sirve cualquier elemento extranjero patente en el contrato para que éste se considere internacional, sino que exclusivamente recoge como elemento determinante que la residencia habitual del consumidor contratante esté situada en país distinto a la sede del domicilio del empresario cocontratante. Por lo que, y en el caso que nos atañe, que sería el de la aplicación del Derecho Internacional Privado español, éste no sería de aplicación, por ejemplo, si el elemento extranjero fuese la distinta

⁵ PAREDES PÉREZ, J.I., *Calificación del Contrato de Consumo Intracomunitario* y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *La Protección del Consumidor Transfronterizo Intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Estudios sobre Consumo, 2006, Nº 79, p. 17.

⁶ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit. -supra* nota 5-, p. 17.

⁷ Ver la Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002 sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la comunidad (2002-2006), DO C 011, de 17 de enero de 2003.

⁸ PAREDES PÉREZ, J.I., *op. cit. -supra* nota 5-.

⁹ Antiguos artículos 13 del Convenio de Bruselas, 15 del Reglamento Bruselas I y 5 del Convenio de Roma.

nacionalidad de los intervinientes en el contrato, sólo si éstos están establecidos en territorios de distintos Estados¹⁰.

J.I. PARADAS PÉREZ, basándose en los distintos criterios que recoge el TJCE desde la perspectiva del Reglamento de Bruselas para llevar a cabo esta interpretación, introduce la idea de la “calificación autónoma” de las categorías jurídicas, “*amphibologie des concepts*” siguiendo a M. AUDIT, ya que entiende que una misma expresión puede significar diferentes cosas según se interprete *ad hoc* o por remisión al Derecho nacional y esto provoca la problemática de la integración del Derecho Internacional institucional en los ordenamientos nacionales. Por lo tanto, los jueces nacionales resolverán los conflictos internacionales que se les planteen en sus tribunales mediante este tipo de interpretación *lege commune*, lo que permite superar la desigualdad que puede suscitarse entre los diferentes sistemas jurídicos de los Estados¹¹.

¹⁰ PAREDES PÉREZ, J.I., *op. cit.* -*supra* nota 5-.

¹¹ *Ibidem*.

2. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Como hemos mencionado anteriormente es Estados Unidos el precursor de la línea de reconocimiento del consumidor como figura necesitada de protección y es en este país donde comienza a mediados del siglo XX de mano de los órganos especializados de las Naciones Unidas, como la FAO¹² y la OMS¹³, a llevarse a cabo unos programas de normalización de los productos alimentarios y la realización de unos códigos de conducta internacionales para el tratamiento y la regulación de los productos peligrosos y los medicamentos¹⁴ en 1961.

A nivel internacional siguieron la estela en sus legislaciones nacionales Japón en 1968, Canadá en 1971, Venezuela en 1974 y México en 1978¹⁵.

En Europa no será hasta la década siguiente cuando los diferentes países comiencen, de forma individual, a incluir en sus legislaciones leyes de protección: Gran Bretaña en 1973 con la *Fair Trading Act* y en 1977 con la *Unfair Trading Act*; la República Federal de Alemania con la ley sobre Condiciones Generales de los Negocios Jurídicos en 1976; Francia con la ley sobre la Protección e Información del Consumidor en 1978; Austria en 1979 en ciertas disposiciones de la Ley Federal y en Portugal con la ley de Defensa del Consumidor en 1981¹⁶. Los países nórdicos, como son Suecia, Noruega, Finlandia y Dinamarca, cuentan, además, con la figura del Defensor del Consumidor¹⁷ (*Ombudsman*) ya desde la década de los 70.

¹² *Food and Agricultural Organization* (Organización para la Agricultura y la Alimentación).

¹³ *World Health Organization* (Organización Mundial de la Salud).

¹⁴ ACEDO PENCO, Á., “*La Noción del Consumidor y su Tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve Referencia al Concepto de Consumidor en el Derecho Extremeño*”. Anuario de la Facultad de Derecho nº 18, Universidad de la Rioja. 2000, p. 303.

¹⁵ En Venezuela la Ley para la Protección del Consumidor de 5 de diciembre de 1974. La Ley Federal de México sobre la Protección del Consumidor de 18 de diciembre de 1978 que tiene una gran importancia. La Ley Básica de 30 de mayo de 1968 sobre Protección de los Consumidores promulgada en Japón. Y en Canadá la Ley de Quebec de 17 de julio de 1971 sobre Protección del Consumidor.

¹⁶ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, pp. 303-305.

¹⁷ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, pp. 303 y 304.

La protección de los consumidores ha sido a lo largo de la historia de la Comunidad Europea una de las políticas que más ha evolucionado. De unas medidas meramente indicativas y esporádicas se va a ir regulando cada vez de manera más autónoma, dando lugar, en los últimos años, a normativa propia de aspectos concretos de esta materia. Podemos recoger la evolución de la normativa más relevante en un orden cronológico, de la siguiente manera:

1962 – El Parlamento Europeo solicita un informe para fortalecer la posición del consumidor comunitario y la Comisión creó un servicio especializado para velar por sus intereses a la hora de elaborar las normas, si bien es cierto que fue más un propósito que un proyecto práctico real¹⁸.

1968 – Se aprueba el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual regula la protección especial en materia de consumo en sus artículos 13 a 15.

1972 – Se lleva a cabo la Conferencia de Jefes de Estado de París que realiza la solicitud de un programa específico de medidas de protección¹⁹.

1973 – La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa elabora la *Carta de Protección del Consumidor* que supone el inicio de una política comunitaria en esta materia. Se forma, también, el Servicio de Medio Ambiente y de Protección de los Consumidores y el Comité Consultivo de los Consumidores para representar sus intereses²⁰.

1975 – Se aprueba por el Consejo el Programa Preliminar de la CEE para una Política de Protección e Información de los Consumidores donde se reconocen los derechos de los consumidores y se establecen medidas específicas para que sean eficaces²¹.

1981 – Se aprueba el Segundo Programa de la Comunidad Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores²².

1985 – La Comisión reconoce en el Programa Nuevo Impulso y en el Libro Blanco sobre el Mercado Interior que los resultados de estas políticas de protección no han sido los

¹⁸ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 306.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, pp. 306-307.

²² ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, pp. 307.

esperados y que la Comunidad se ha quedado muy atrás en llevar a la práctica todas estas medidas²³.

1986 – La Comisión realiza las políticas protectoras mediante la Resolución de 23 de junio referente a la orientación futura de la política de la Comunidad Europea para la Protección y el Fomento de los Intereses de los Consumidores²⁴.

1987 – Por primera vez se lleva a cabo una protección expresa de los consumidores en el ámbito comunitario con la aprobación del Acta Única Europea que reforma el Tratado de Roma en materia de mercado interior, aunque bien es cierto que en realidad no recoge ninguna política concreta²⁵.

1992 – Abierto a firma en el 19 de junio de 1980, se aprueba finalmente el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable en materia contractual que determina en su artículo 5 la ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores²⁶.

1992-1997 – El Consejo, mediante resolución de 13 de julio de 1992, encarga a la Comisión un nuevo Plan de Acción para el periodo de los cinco años siguientes tras el cual se han aprobado diversas directivas en materia de protección de consumidores^{27/28}.

1993 – Entra en vigor el Tratado de Maastrich que regula de una manera concreta y eficaz la protección de los consumidores. Su artículo 129.º.1.b) hace referencia a los “*intereses económicos y sociales*” a través de las medidas concretas que recoge el artículo 100.A9 en el mercado interior²⁹.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 307. También HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit. -supra* nota 5-, p. 18.

²⁶ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 308. También HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit. -supra* nota 5-, p. 28.

²⁷ Directiva 93/13/CEE; Directiva 94/97/CE; Directiva 97/7/CE, derogada por la actual Directiva 2011/83/UE; y la Directiva 98/6/CE.

²⁸ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 308.

²⁹ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit. -supra* nota 5-, p. 18.

1997 – Se reforma el Tratado de Roma a través del Tratado de Amsterdam modificando el anterior artículo 129A al posterior 153³⁰.

1998 – Se aprueba el Cuarto Plan Trienal de Acción de la Política de Consumidores para un periodo de dos años comprendido entre 1999 y 2001³¹.

2001 – Entra en vigor el Reglamento 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificador del Convenio de Bruselas de 1968.

2002-2006 – La Comisión Europea se propuso revisar y actualizar la legislación comunitaria al respecto y puso en marcha un proceso de consulta sobre posibles problemas del mercado interior y la aplicación uniforme del Derecho comunitario a causa de las diferentes legislaciones nacionales en materia contractual³² y redactó una Comunicación al Parlamento Europeo sobre “Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006” en la que establecían tres objetivos: alcanzar un alto nivel de protección; que se llevase a cabo una aplicación eficaz de las normas que trataban este tema; y, que las organizaciones de consumidores tuviesen una participación más adecuada en las políticas comunitarias³³. Desde entonces y a través de la Comisión se han aprobado diversas normas que indican en la protección del consumidor de las que podemos citar como ejemplo una Directiva sobre prácticas desleales³⁴, el Reglamento de cooperación entre las autoridades nacionales³⁵, o la Directiva sobre acciones de cesación de los consumidores³⁶.

2004 – Se ve la necesidad de modificación del Convenio de Roma en un texto legislativo más actual, lo que provoca que el Comité económico y social europeo emitan un “*Dictamen*

³⁰ ACEDO PENCO, Á., *op. cit.* -*supra* nota 12-, p. 309. También HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 25-.

³¹ ACEDO PENCO, Á., *Ibidem*.

³² HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 5-, p. 20.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

³⁵ Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

³⁶ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 32-.

sobre el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización”³⁷ que dio lugar al año siguiente a la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” y que posteriormente se materializó en el Reglamento Roma I de 2008³⁸.

2005 – La Comisión formula un nuevo programa de acción recogido en la Comunicación “Más salud, seguridad y confianza para los ciudadanos: Estrategia de salud y protección de los consumidores” para el periodo comprendido entre 2007 y 2013³⁹.

2008 – Se aprueba el Reglamento 593/2008 Roma I sobre ley aplicable, el cual establece las disposiciones especiales en materia de consumidores en su artículo 6 y modifica y actualiza al anterior Convenio de Roma.

2015 – Siendo el instrumento legislativo más reciente, entró en vigor el día 1 de enero de este mismo año el Reglamento 1215/2012, llamado de Bruselas I bis, que viene a sustituir al anterior Reglamento Bruselas I (44/2001) en materia de competencia judicial internacional y que recoge las disposiciones sobre contratos de consumo en sus artículos 17 a 19.

En los últimos años podemos destacar el objetivo de lograr un alto nivel de protección, reconociendo a los países el derecho a adoptar políticas más proteccionistas, poniendo como límite, únicamente, por su carácter de norma mínima, el propio mercado interior y la regulación de las diferentes directivas⁴⁰. Además, tras la ampliación del número de países pertenecientes a la Unión Europea se vio la necesidad de implementar un nuevo programa de acción en cuanto a las medidas de protección, en tres aspectos: (1) favorecer la armonización, lo que implica un acercamiento de las legislaciones nacionales y una mejora de la aplicación de la normativa; (2) una aplicación moderada del principio de reconocimiento mutuo, ya que se entiende que el propósito final es una mejor protección de los consumidores y que, por lo tanto, este principio se debe aplicar adaptado a los casos reales, puesto que de lo contrario se podría someter a los consumidores a legislaciones de diferentes Estados miembros y daría lugar a situaciones de menor confianza a la hora de

³⁷ COM (2002) 654 final.

³⁸ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 5-, pp. 28 y 29.

³⁹ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 32-, p. 21.

⁴⁰ ACEDO PENCO, Á., *op. cit.* -*supra* nota 12-, p. 306-309.

realizar un contrato transfronterizo; y, (3) informar y educar a los consumidores para que el concepto que viene utilizando el TJCE de “consumidor medio” como aquel “informado y razonablemente atento y perspicaz” abarque a la mayor cantidad de consumidores y no haya lugar a que aquellos menos informados queden desprotegidos⁴¹.

Siguiendo este orden evolutivo haremos un breve análisis sobre lo regulado y cómo se modificaron los artículos mencionados.

En primer lugar nos encontramos, de una manera más independiente, como he mencionado, con el artículo 129 A TCE que, en el ámbito de la protección de los consumidores, incluía dos expresiones y diferenciaba entre “*medidas adaptadas en el marco del mercado interior*” y “*acciones concretas*” que complementasen las políticas de los Estados miembros. Con esto se entendía que en el ámbito comunitario se podían adoptar tanto medidas normativas vinculantes como medidas y acciones no vinculantes⁴². Esto quedó corregido por el posterior artículo 153 TCE que definió ambas posibilidades de actuación como “*medidas*”.

En segundo lugar, y tras la revisión del Tratado, la protección de los consumidores quedó expuesta en el artículo 153 TCE, el cual supuso sustanciales modificaciones en torno a esta materia. Corrigió el anterior artículo 129 A definiendo ambas posibilidades de actuación como “*medidas*” y atajando así la polémica sobre el carácter normativo o no de las actuaciones comunitarias en materia de protección de los consumidores. Aportó, también, tres características positivas: (1) el reconocimiento de la cláusula horizontal en la política comunitaria, es decir, que todas las decisiones sobre los intereses de los consumidores deberán tratarse de manera objetiva y pública; (2) la incorporación de la doble subsidiariedad, sometiendo este tipo de medidas a una protección mayor que la general del artículo 5 TCE⁴³; y (3) el reconocimiento del principio de armonización mínima, que supone que los Estados miembros pueden regular la materia interpretando los estándares comunitarios como un mínimo y, por lo tanto, sólo de manera más estricta que éstos. Aún así, y con todas las nuevas inclusiones a la regulación de la protección del consumidor, el artículo 153 olvidó hacer una referencia al derecho de dichos consumidores de acceso a la

⁴¹ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 5-, p. 21 y 22.

⁴² GUILLÉN CARAMES, J, “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”, 2003, p. 241. Ver HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 23-.

⁴³ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 5-, p.19

justicia, aunque es evidente, que esto no significa que queden privados de ello, no debería haber sido óbice para su inclusión⁴⁴.

Por último, la redacción actual del artículo 169 viene a ser la misma que se estableció en el, por entonces, novedoso artículo 153, con la salvaguarda de su párrafo segundo que queda suprimido en la versión actual y establece lo siguiente:

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

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

- a. medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;*
- b. medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.*

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión”.

Enmarcado como único precepto del Título XV sobre Protección de los Consumidores este artículo viene a constituir la base jurídica actual en el marco comunitario originario.

⁴⁴ *Ibidem.*

3. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

De manera paralela a cómo ha ido evolucionando la legislación sobre la protección del consumidor se ha venido produciendo una evolución sobre qué se entiende por consumidor, a quién tiene que proteger la ley.

La primera definición que se recoge por los legisladores comunitarios se lleva a cabo en 1973, en la Carta de Protección del Consumidor, mencionada anteriormente, en la que, de manera muy amplia, se establece que el “*consumidor es una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado*”; definición que van acogiendo las diferentes políticas nacionales⁴⁵.

Nos tenemos que trasladar al Programa Preliminar de la CEE para una Política de Protección e Información de los Consumidores de 1975 para encontrar de nuevo, de una manera genérica, la figura del consumidor entendida como aquella “*persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social*”⁴⁶.

No es hasta 1992 cuando encontramos lo que podríamos considerar como la primera definición jurídica, y no material, de consumidor. El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales recoge ese año la definición de consumidor como aquella persona que adquiere “*para un uso que puede ser considerado como ajeno a su actividad profesional*”⁴⁷.

Históricamente la figura del consumidor ha venido siendo recogida en el ámbito comunitario como un concepto restrictivo, asociándolo con un “uso privado”, familiar o doméstico y como “destinatario final” del bien o servicio adquirido. Esta última concepción como consumidor final viene establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y en la mayoría del derecho derivado comunitario⁴⁸.

⁴⁵ ACEDO PENCO, Á., *op. cit.* -*supra* nota 12-, p. 306.

⁴⁶ ACEDO PENCO, Á., *op. cit.* -*supra* nota 12-, p. 306 y 307.

⁴⁷ ACEDO PENCO, Á., *op. cit.* -*supra* nota 12-, p. 308.

⁴⁸ Como pueden ser la Directiva 85/77/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985 sobre la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (modificada por la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de

Hay que puntualizar que el seguimiento de una concepción estricta de esta figura a efectos de su protección por la legislación comunitaria no es impedimento para que los Estados miembros puedan recoger una definición más amplia, pues como hemos apuntado anteriormente, el derecho derivado actúa como derecho mínimo.

Doctrinalmente, la noción de consumidor se ha venido entendiendo de diversas maneras según la interpretación que se lleve a cabo de las diferentes definiciones recogidas en la legislación europea. Se atribuye a esta figura, por lo tanto, una noción abstracta y una noción concreta⁴⁹, que a su vez tiene diversas interpretaciones dependiendo de la característica del consumidor que se tenga en cuenta.

En cuanto a la noción abstracta, se remonta a una concepción de consumidor como “ciudadano” (basada en la definición comentada del Programa de la CEE sobre Política de Protección e Información de los Consumidores de 1975), como toda persona que debe ser protegida por el Estado en una situación de inferioridad, beneficiaria de unos derechos sociales, políticos e individuales por su propio interés. Es decir, consumidores somos todos en cuanto ciudadanos conviviendo en una sociedad.

En cuanto a la noción concreta, la podemos dividir según la característica del consumidor que tengamos más en cuenta. En un primer momento, atendiendo a si el consumidor es aquel que realiza el acto jurídico de consumir, es decir, el que realiza el contrato de consumo y, por lo tanto, el que posee la opción de elevar la acción contra la otra parte del contrato (el empresario), estaremos haciendo referencia a un “consumidor jurídico”. En cambio, si no consideramos necesario el hecho de que sea el realizador del contrato jurídico, sino que sirve con que sea aquel que usa los bienes y utiliza los servicios, independientemente de que haya realizado el contrato de consumo o no, hablaremos de un “consumidor material”⁵⁰.

abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Directiva 7/97/CEE de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Ver ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 310.

⁴⁹ ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 311.

⁵⁰ ACEDO PENCO, *op. cit. -supra* nota 12- cita en la explicación del consumidor material a CALAIS-AULOY, J., “*Droit de la Consommation*”, Dalloz, París, p. 3 y a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “*La Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*”, Estudios jurídicos de protección de los consumidores, Madrid, 1987, p. 231.

Sin salirnos de la noción concreta nos encontramos con otra clasificación según entendamos este concepto de forma amplia o de forma estricta. Según la primera forma, se entiende al consumidor como cliente sin tener en cuenta si esta persona adquiere bienes o servicios para un uso privado o dentro de sus actividades profesionales⁵¹. Según la forma estricta, se entenderá al consumidor como “destinatario final” de los bienes o servicios. Dentro de esta característica de finalidad, unas veces se considerará que el acto de consumo sea para un “uso privado” (herencia de la Carta de 1973) y otras, se tendrá en cuenta que ese acto se realice de forma ajena a una actividad profesional, lo que excluye al empresario que actúe en calidad de tal⁵².

En la interpretación que hizo el TJCE sobre la Sección IV del Título II del antiguo Convenio de Bruselas, actualizado por el actual Reglamento Bruselas bis⁵³, subyace el fondo del propósito de esta protección, que es, en realidad, proteger a aquella parte contractual que se encuentra en una situación de desigualdad informativa o sustancial, realizando, entonces, una objetivación del concepto de consumidor privado y marcando la importancia de la ajenidad a una actividad profesional.

Del mismo modo, el artículo 17 del Reglamento Bruselas I bis⁵⁴, recoge la doble noción de la figura del consumidor al establecer que éste será considerado como tal cuando reúna ambas características, es decir, tanto la de “consumidor final” como que lo haga para un “uso privado”, es decir, fuera del contexto de una actividad profesional.

Al establecer esto se plantea el problema de la apariencia, desde la relevancia que están obteniendo los contratos a distancia y electrónicos, y de los contratos mixtos. El TJCE⁵⁵ entiende que en el momento en el que una persona realiza un contrato con una vinculación

⁵¹ Esta es la noción que recoge el Derecho *antitrust* de la CE, ciertas disposiciones legales sobre la responsabilidad del fabricante del derecho alemán, el derecho sobre disciplina bancaria de España, o la Sentencia del Tribunal de Grande Instancia de Estrasburgo de 15 de noviembre de 1973. Ver ACEDO PENCO, Á., *op. cit. -supra* nota 12-, p. 313.

⁵² Este último criterio de interpretación es el que ha obtenido mayor aceptación, siendo el incluido en el Convenio de Roma en su artículo 5, en la Directiva 577/85, en la Directiva 93/13/CEE, en la Directiva 97/7/CEE y en la Directiva 87/102/CEE.

⁵³ Reglamento 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁵⁴ Antiguo artículo 15 del Reglamento Bruselas I 44/2001.

⁵⁵ Por ejemplo, en la STJCE de 20 de enero de 2005 “*Johann Gruber vs. Bay Wa AG*”.

mínimamente profesional no puede ya beneficiarse de las disposiciones protectoras establecidas para los consumidores, como serían los artículos 17 a 19 del RBIbis, porque considera que no necesita de esa ayuda procesal. Por lo tanto, no caben en esta materia los contratos mixtos, puesto que se entiende que no es posible que una persona sea considerada consumidor si actúa como profesional. Sólo en los casos en que la actividad empresarial del supuesto consumidor fuese tan insignificante que pueda considerarse marginal, podría, el interesado, invocar dichos beneficios. Para ello, el órgano judicial tendrá que tener en cuenta las características contractuales concretas como el contenido, la naturaleza, la finalidad y las circunstancias de la celebración del contrato⁵⁶.

En cuanto a los nuevos, pero cada vez más cuantiosos, contratos electrónicos y a distancia, se plantea la disyuntiva de la apariencia de consumidor, puesto que el que actúa como empresario contrata con lo que él considera consumidor, pero no siempre tiene por qué ser así. En los casos en los que se plantee un conflicto porque el vendedor consideraba que contrataba con un empresario y el supuesto consumidor quiera hacer aplicar las disposiciones protectoras a los consumidores, el vendedor deberá probar ante los tribunales que ignoraba la finalidad privada de lo contratado según ciertos comportamientos de la otra parte⁵⁷⁵⁸ y, si es así, el asunto no entraría, por lo tanto, dentro de las disposiciones de protección del consumidor.

Con la Constitución española de 1978, y más concretamente con su artículo 51⁵⁹, se introdujo en nuestra legislación nacional el reconocimiento de la protección de los consumidores estableciendo unos derechos básicos y deja a cargo de la legislación ordinaria

⁵⁶ PAREDES PÉREZ, J.I., *op. cit.* -supra nota 5-.

⁵⁷ Por ejemplo si las contestaciones vía email contenían un logotipo de empresa o el usuario a través del cual se formalizó la compra se identificaba mediante CIF o incluía dirección de facturación a nombre de una empresa.

⁵⁸ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -supra nota 5-, p. 23 cita a AÑOVEROS TERRADAS, B. “*Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el forum actoris a favor del consumidor*” en Diario La Ley, nº 6.264, de 31 de mayo de 2005, p.3.

⁵⁹ El artículo 51 de la Constitución española recoge lo siguiente: “1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.* 2. *Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.* 3. *En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales*”.

la conceptualización de la figura del consumidor, lo cual hace la Ley General para la Defensa del Consumidor y del Usuario⁶⁰, asumió en un principio un criterio restrictivo de carácter subjetivo al establecer que serán aquellos “destinatarios finales” de los bienes o servicios, pero con su modificación por la Ley 3/2014 se modificó el artículo 1.2 que lo establecía y quedó definido el consumidor en su artículo 3 estableciendo que *“a efectos de esta norma (...), son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*.

⁶⁰ Ley 26/1984 modificada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, de 14 de abril, reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación y, de forma más reciente por la Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

4. LA NOCIÓN DE “ACTIVIDAD DIRIGIDA” POR PARTE DEL EMPRESARIO

El artículo 17.1.c) del Reglamento 1215/2012 establece los supuestos en los que se podrá recurrir a estas disposiciones especiales de protección hacia el consumidor que explicaremos más adelante. Sin embargo, ahora nos interesa destacar el apartado c) del primer punto, el cual incluye en el ámbito material de estos preceptos “(...) *cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*”⁶¹.

Como podemos comprobar hace referencia a dos formas de actuar por parte del empresario: bien que “ejerza” sus actividades profesionales o comerciales en el Estado del domicilio del consumidor (criterio *doing business* del Derecho Internacional Privado norteamericano⁶²), situación en la que se entiende que el empresario es consciente de que está actuando en un mercado ajeno al de su Estado y, por lo tanto, acepta que el conflicto surja en dicho país; o bien que “dirija” sus actividades profesionales al Estado del consumidor (criterio *stream-of-commerce*⁶³), en el cual el empresario actúa en un mercado de conquista⁶⁴.

No parece que haya diferencia, en principio, entre dichos conceptos, pero el problema aparece cuando entramos en la interpretación de qué engloba el término “dirigir sus actividades” y el por qué el legislador europeo se vio obligado a introducirlo. Doctrinalmente estriban muchas diferencias y la indeterminación de esto ha dado lugar a que en muchos supuestos los comerciantes no sepan si se actuación se entiende dirigida a un Estado concreto o no.

⁶¹ Antiguo artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001 Bruselas I.

⁶² HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 5-, p. 25

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho Internacional Privado, volumen II, Comares, Granada, 2005, p.555.

Para FERNÁNDEZ DE LA ROSA, F.⁶⁵ este criterio sería precisamente el que nos permitiría calificar a un contrato como intracomunitario o no. Estos autores entienden que da igual si el consumidor tiene o no su residencia habitual en la Unión Europea, del mismo modo que sería irrelevante que el empresario tenga o no su domicilio en algún país miembro de la Unión, sino que es suficiente con que la actividad comercial haya ido dirigida al mercado europeo para que el contrato sea considerado intracomunitario y, por lo tanto, entren en aplicación las disposiciones especiales de protección de los Reglamentos internos.

Aún esto, la mayoría de autores, y donde realmente se plantea el problema interpretativo de la expresión, es en la cuestión de cuándo se considera que un empresario está dirigiendo su actividad comercial a cierto país. La dificultad de una determinación viene dada no por los contratos clásicos de consumo, en los que bien el consumidor bien el empresario se introducen en un mercado ajeno y se crea una situación en la cual es bien fácil identificar dónde se ejercen las actividades profesionales y, por lo tanto, si el consumidor, al ser pasivo o activo, queda protegido o se debe acoger a las disposiciones generales; sino por el nuevo contexto electrónico, en el que es muy difícil identificar si el empresario tenía la voluntad de que una persona, posible futuro consumidor, de otro Estado accediese a su oferta comercial y, por lo tanto, si sus actividades están dirigidas a otro Estado o no, definiendo así si la acción del consumidor se considera activa o pasiva.

Debido al desacuerdo que manifestaron los comerciantes ante la regulación, pues establecía que se debía suponer que en cuanto poseían un sitio web éste se dirigía a todo el mundo, en el sentido más amplio de la expresión, el Consejo y la Comisión en una Declaración emitida conjuntamente⁶⁶ aclararon que no se debía interpretar de un modo tan global y expresa de manera clara que para que dicho artículo pueda ser aplicable “*no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades*” y que “*el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia*”

⁶⁵ Seguido por José Ignacio Paredes Pérez en su artículo “Calificación del contrato de consumo intracomunitario”. PAREDES PÉREZ, J.I., *op. cit.* -*supra* nota 5-.

⁶⁶ El Consejo y la Comisión emitieron conjuntamente una “Declaración Concertada a los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001 relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia” a 24 de noviembre de 2000.

y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”.

En los mismos términos lo recoge el Reglamento Roma I⁶⁷ y se ha postulado el TJCE. Este último ha establecido que se pueden considerar ciertos detalles como indicios de la voluntad del empresario de dirigirse a otros Estados distintos al de su domicilio: si, por ejemplo, la página web establece la posibilidad de elección de país; la mención de números de teléfono con prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio distinto del de su Estado (por ejemplo “.com”, “.eu” o los pertenecientes a países concretos, siempre que el utilizado no corresponda con el del Estado de su domicilio); la prestación de itinerarios desde otros Estados distintos al de la prestación del servicio; o la mención de clientes internacionales⁶⁸. Así mismo, en mención expresa de la Declaración del Consejo y de la Comisión mencionada, establece el TJCE que también habrá de tenerse en cuenta y servirá como indicador, la opción de que la página ofrezca la posibilidad de elegir moneda o lengua distinta a la utilizada en el Estado del empresario.

Por lo tanto, si el empresario posee una página web interactiva que posibilita la contratación a distancia y acepta pedidos de otro país se considerarán “actividades dirigidas” a dicho Estado y el consumidor será un consumidor pasivo, por lo que podrá acogerse a las disposiciones proteccionistas que la legislación ofrece en caso de conflicto.

Sin embargo, si la página web contiene limitaciones en su oferta comercial⁶⁹ a determinados Estados y un consumidor residente en uno que estaba restringido por el empresario contrata, se considerará consumidor activo, debiéndose acoger, en caso de conflicto, a las disposiciones generales del artículo 5 del Reglamento Bruselas I quedando, así, sin protección específica⁷⁰.

⁶⁷ Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el cual recoge en su considerando número 24 lo establecido en la Declaración del Consejo y la Comisión.

⁶⁸ STCE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010 “*Meter Pammer/Reederi Karl Schüter GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller*”. Ver FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit. -supra* nota 53-, pp. 545 y 546.

⁶⁹ *Disclaimers*

⁷⁰ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit. -supra* nota 5-, p. 26 cita a FERNÁNDEZ MASIA, E., “*Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001*”, Estudios sobre Consumo, n° 63, 2002, p.13.

5. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Como última referencia legislativa en el ámbito comunitario respecto a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil nos encontramos con la reciente modificación del Reglamento 44/2001 al actual Reglamento Bruselas I bis (1215/2012) que entró en vigor en enero de 2015.

En materia de competencia judicial internacional respecto de los contratos de consumo no han existido grandes variaciones desde su primitiva regulación en el Convenio de Bruselas de 1968. Este Convenio recogía ya en sus artículos 13 a 15 la regulación específica de este tipo de contratos. Esto mismo recogía el posterior Reglamento 44/2001 en los artículos 15 a 17 sin hacer modificaciones muy significativas y del mismo modo lo recoge, en la actualidad, el Reglamento 1215/2012 en sus artículos 17 a 19, que entraremos a exponer en los sucesivos apartados de este trabajo.

5.1. **Ámbito material de protección. Artículo 17 del RBI bis.**

Como ya hemos ido avanzando a lo largo del trabajo, es el artículo 17 del Reglamento el que establece actualmente una clasificación de los contratos que considera de consumo y, por lo tanto, en los que entran en aplicación las disposiciones de protección de los dos artículos siguientes. De este modo, el artículo 17 realiza una clasificación según ciertos elementos subjetivos del contrato y según ciertos elementos objetivos^{71 72}.

⁷¹ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -supra nota 5-, p. 23.

⁷² Se compone, por lo tanto, el artículo 17 del Reglamento Bruselas I bis, de la siguiente redacción: “1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5: a) cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías; b) cuando se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, o c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades. 2. Cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia

En primer lugar, el artículo 17 recoge unos elementos subjetivos en su apartado 1, en el cual establece una definición de lo que el legislador europeo interpreta como contrato de consumo y lo hace estableciendo que serán objeto de estas disposiciones especiales de protección aquellos contratos que sean celebrados *“por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional”*, por lo tanto, establece que una de las partes del contrato deberá ser considerado consumidor y, por ende, la otra, empresario. Si no es así, como ya hemos mencionado en apartados anteriores, no se considerará contrato de consumo y no podrán beneficiarse de lo dispuesto en los artículos siguientes.

Hay que añadir que el TJCE⁷³ ha venido estableciendo lo que se consideraría como elemento subjetivo al entender que únicamente se aplicarán estas disposiciones cuando sea el consumidor el que realice la acción contra el empresario y que no podrán serlo cuando sea una asociación de consumidores la que interponga en nombre del consumidor o cuando se plantee una acción conjunta⁷⁴.

También establece este mismo artículo en su apartado 2 que *“cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro”*. Según FERNÁNDEZ ROZAS⁷⁵ este apartado establece una exclusión subjetiva en tanto que se requiere que el empresario posea su domicilio, una sucursal o algún tipo de establecimiento en alguno de los países miembros de la Unión Europea puesto que, en caso contrario, no podrían entrar en aplicación las disposiciones del Reglamento⁷⁶.

En segundo lugar, los elementos objetivos, recogidos en los apartados a), b) y c) del artículo 17.1, hacen referencia a los tipos de contratos en los que podrán aplicarse la

o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro. 3. La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.”

⁷³ STCE de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91 *“Hutton”* y STCE de 1 de octubre de 2002 *“Henkel”*.

⁷⁴ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -supra nota 5-, p. 24.

⁷⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *“Derecho Internacional Privado”*. Sexta edición. Thomson Reuter. 2011. p. 543.

⁷⁶ STCE de 15 de septiembre de 1994 (As. C-318/1993: *“Brenner”*).

protección del consumidor a la que venimos haciendo referencia. Cada apartado, por lo tanto, recoge un tipo diferente de contrato, los cuales son, respectivamente:

- a) Los contratos de “venta a plazos de mercaderías”, entre los cuales se excluyen los de bienes inmuebles, puesto que éstos no entrarían en lo que se entiende por “mercaderías”. Este tipo de contratación se entiende incluida porque establece una relación de unión entre los contratantes hasta que se termine el pago, lo que supone una dependencia a largo plazo del consumidor frente al empresario⁷⁷.
- b) “cuando se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes”.
- c) como ya mencionamos anteriormente, el apartado c) del artículo 17.1 establece que “en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades”. Respecto de este apartado es donde surge la polémica doctrinal, interpretativa y legislativa del concepto de “actividades empresariales dirigidas a”. Por lo tanto, y según establecimos en el apartado 4 de este trabajo, únicamente se pueden incluir en esta última clasificación objetiva los contratos de consumo transfronterizo en los que el consumidor se considere pasivo. Si bien las diversas actualizaciones del primer Convenio de Bruselas regulador de esta materia a los sucesivos Reglamentos de Bruselas no han supuesto cambios sustanciales en la redacción de las disposiciones que nos ocupan el artículo 13 del Convenio establecía en este último caso “cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías” siempre que en el Estado del domicilio del consumidor se lleve a cabo una oferta previa a la celebración del contrato y el consumidor lleve a cabo en dicho Estado los actos conducentes a dicho contrato. Ciertamente es que –siguiendo a Fernández Rozas– el Convenio, con su redacción, dejaba fuera de la regulación de esta sección a todos los contratos que no cumplieran las dos condiciones que establecía, lo que suponía que el resto de contratos de consumo que no cumplieran esto se regulaban por las disposiciones generales del resto del Convenio. Esto implicaba que dejaba fuera de

⁷⁷ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -supra nota 51-.

la protección relativa a los contratos de consumo, por ejemplo, a aquellos de utilización de inmuebles a tiempo compartido (multipropiedad o *timesharing*)⁷⁸. Esta exclusión, así como otras, reflejó la necesidad de una actualización de la redacción de este precepto, puesto que no se acomodaba a las nuevas metodologías de comercialización, y en el posterior Reglamento se recoge ya la referencia a “*todos los demás casos*” lo que permite introducir dentro de la materia de aplicación de estos preceptos a otros tipos de contratos, como los mencionados.

Para finalizar, el artículo 17 realiza una puntualización, excluyendo a los contratos de transporte de este tipo de protección, aunque especifica que sí que podrán beneficiarse de las disposiciones siempre y cuando sean contratos de transporte que aúnen en un precio global una combinación de viaje y alojamiento.

También hay que hacer mención a que ciertos contratos que podían considerarse de consumo tienen sus propias disposiciones en el Reglamento y, por lo tanto, no se debe interpretar que entran en esta protección, puesto que tienen su propia regulación específica⁷⁹.

5.2. Los foros de competencia judicial. Artículos 18 y 19 del RBI bis.

Los dos artículos siguientes vienen a completar la Sección especial sobre contratos de consumo en el Reglamento, tratando sobre los foros de competencia judicial.

El artículo 18 establece los foros ante los que puede elevar la acción el consumidor, teniendo posibilidad de elección, y el empresario, al que sólo le deja una posibilidad. El último artículo, el 19, establece, en cambio, los requisitos que deben existir en caso de que hubiese un acuerdo entre las partes del contrato para que éste prevalezca sobre las disposiciones legislativas de protección.

⁷⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.* –*supra* nota 53-, p. 544.

⁷⁹ Podemos citar como ejemplo a los contratos de seguro, regulados en los artículos 10 a 16 del Reglamento, o los contratos cubiertos por el artículo 24 que establece competencias exclusivas en ciertas materias.

Siempre que exista un acuerdo entre las partes será su voluntad la que tenga validez. En estos supuestos, el artículo 19 recoge los requisitos alternativos que dichos acuerdos deben tener para que sean válidos y, por lo tanto, de aplicación. Estos son:

- que se trate de un acuerdo posterior al nacimiento del litigio⁸⁰,
- “que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección”⁸¹, o
- “que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos”⁸²

En cualquier caso, tienen que ser considerados válidos según lo establecido en el artículo 25 sobre la forma que deben tener dichos acuerdos.

Dada la complejidad, que ya hemos venido avanzando, de los contratos electrónicos para que el consumidor sea consciente de todas las condiciones que está aceptando con la realización de este tipo de contratos, las cláusulas de sumisión tienen aquí unos requisitos específicos según las peculiaridades del contrato del que nacen. Dichos requisitos serían cuatro⁸³:

- En primer lugar, que el contenido de la cláusula en la que el consumidor acepta someterse a unos tribunales concretos sea accesible a través del ordenador,
- Que se habilite la opción para que se pueda conservar,
- Que, en el supuesto de que la sumisión forme parte de las condiciones generales de la contratación, se pueda acceder a éstas mediante un *link* que te redirija a otra pantalla y a la cual te tiene que remitir directamente el contrato, y

⁸⁰ Artículo 19.1 del Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis.

⁸¹ Artículo 19.2 del Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis.

⁸² Artículo 19.3 del Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis.

⁸³ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -supra nota 5-, p. 28

- En cuarto y último lugar, por supuesto, que el consumidor acepte dichas condiciones.

Por lo tanto, una vez planteado un conflicto derivado de un contrato de consumo transfronterizo puede plantearse la situación de que sea el consumidor el que interponga la demanda o lo haga el empresario y, siempre que no tengan acuerdo entre ellos, vendrán a ser de aplicación los foros establecidos en el artículo 18.

En el caso de que el demandante sea el empresario, el precepto sólo deja una opción de interposición de la demanda. Su apartado 2 establece que sólo lo podrá hacer ante los tribunales del Estado miembro en el que el consumidor esté domiciliado⁸⁴. Esto supone, entre otros beneficios, que el consumidor electrónico quede protegido, no teniendo importancia el servidor de los ordenadores desde donde realizó el contrato o su situación física, sino sólo el Estado de su domicilio a la hora de interponer la demanda por parte del empresario⁸⁵.

Ahora bien, no es igual en el caso de que sea el consumidor el que decida interponer la acción, puesto que a él el Reglamento le habilita varias opciones donde pueda ejercer su derecho en el caso de surgimiento de un litigio. Establece el artículo 18.1⁸⁶ dichas opciones, las cuales son:

- Bien ante los tribunales del domicilio del empresario, teniendo en cuenta la apreciación hecha sobre el artículo 17.2, según la cual, si dicho empresario no tuviese el domicilio en un Estado miembro, pero tuviese un establecimiento en alguno se entenderá como que tiene el domicilio en dicho Estado a efectos del litigio. Doctrinalmente se entiende esta opción como la tradicional del “foro del demandado” recogida en el artículo 4 del mismo Reglamento.

⁸⁴ El artículo 18.2 establece que “*la acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor*”.

⁸⁵ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 60-.

⁸⁶ El artículo 18.1 recoge que “*La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor*”.

- O bien, ante los tribunales de su Estado, es decir, del Estado del consumidor. Es lo que se conoce como “*forum actoris*”⁸⁷ y se entiende su introducción aquí puesto que estas disposiciones consisten en beneficiar de algún modo a la parte débil de la relación jurídica, que viene a ser, precisamente, el fin de este tipo de foro. La nota especial de esta opción que plantea el Reglamento a los consumidores en su favor es que el artículo no solo establece la competencia de los tribunales del Estado, sino la de aquellos tribunales territorialmente competentes con el domicilio del consumidor al decir “*órganos jurisdiccionales del lugar*”. Esta especificación se introdujo con el anterior Reglamento 44/2001, ya que el Convenio de Bruselas de 1968 no recogía dicha apreciación y únicamente establecía la competencia estatal⁸⁸.

En el caso *Frédéric vs. Facebook Inc.* nos encontramos un caso paradigmático de elección de la competencia judicial internacional en el surgimiento de un litigio. Facebook recoge en sus condiciones el sometimiento a los tribunales de California, donde tiene su sede, en caso de litigio con el usuario; condición que todo usuario acepta cuando crea su cuenta en esta red social. El problema de competencia nace cuando un maestro francés, Frédéric, sube a su cuenta una foto de un cuadro pintado por Gustave Courbet en 1866 llamado “El origen del mundo”, expuesto en el Musée D’Orsey de París, en el que aparece el cuerpo de una mujer desnuda con la cara tapada con las piernas abiertas en primer plano. Facebook interpretó que esta foto incumplía su política sobre desnudos permitida en las publicaciones por lo que procedió a bloquear la cuenta. Frente a esto, el usuario interpuso una demanda en los tribunales franceses. Lo que se debate ahora es si éstos son competentes para conocer del caso o no, dado que la sede social de Facebook se encuentra en un tercer Estado. La defensa de Facebook alega que los tribunales franceses no son competentes, puesto que todo usuario al crearse una cuenta acepta la competencia de los tribunales de California ante el surgimiento de un litigio. Sin embargo, según la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un

⁸⁷ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 60-.

⁸⁸ El antiguo párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas establecía que “*la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor*”.

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”⁸⁹. Declarada nula la sumisión expresa, se plantean las dudas de si los usuarios de Facebook, y en este caso particular, Frédéric, son considerados como consumidores y, por lo tanto, protegidos por los foros de protección del Reglamento. Así lo opinan los tribunales franceses, que consideran que entra en aplicación el artículo 18.1 del Reglamento Bruselas I bis, el cual establece la posibilidad de que el consumidor entable su acción ante los órganos jurisdiccionales “del lugar en que esté domiciliado el consumidor”, los cuales tendrían la competencia judicial internacional. Así consideran los tribunales franceses que debe ser tratado el caso, puesto que si Facebook se introduce en el ámbito nacional de otro país debe tener en cuenta la aplicación de las normas vigentes en dicho país y no intentar que ante cualquier litigio que un usuario quiera llevar a cabo deba dirigirse ante los tribunales de California⁹⁰.

5.3. La aplicación de la LOPJ.

Hasta ahora hemos visto las normas en materia de competencia judicial internacional en los casos en los que el demandado tiene su domicilio (o bien un establecimiento en el caso del empresario) en alguno de los Estados parte de la Unión Europea, que es lo que determina que puedan aplicarse los Reglamentos comunitarios.

Independientemente de estas normativas europeas, cada país miembro tiene su legislación interna respecto de la competencia judicial en los supuestos de litigios transfronterizos. En

⁸⁹ Artículo 3 de la Directiva.

⁹⁰ “Facebook se enfrenta a la justicia en Francia por censurar obra” [en línea]. El Comercio, 7 de marzo de 2015 [Consulta: 30 marzo 2015]. “Francia: Facebook y las cláusulas abusivas (elección de foro)” [en línea]. Cartas blogatorias, 26 marzo 2015 [Consulta: 30 marzo 2015]. “Tribunal francés reconoce jurisdicción en caso contra Facebook” [en línea]. Mi abogado en línea, 9 marzo 2015 [Consulta: 30 marzo 2015]; Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. [Consulta: 31 marzo 2015].

el caso de España es la LOPJ⁹¹ la que establece en su Título Primero del Libro Primero, artículos 22 a 25, cuándo son competentes los tribunales españoles.

Cuando en un litigio de características internacionales el demandante consumidor esté domiciliado en territorio español, pero el demandado no tenga domicilio ni sucursal en ningún Estado miembro, serán de aplicación las disposiciones de la LOPJ. Esta ley recoge ciertos foros especiales que, en la materia que nos interesa, vienen establecidos en su artículo 22.4⁹². Así, dispone su competencia en los casos de contratos de ventas a plazos de bienes muebles o préstamos de financiación de dichas operaciones cuando concurra el elemento subjetivo del domicilio del consumidor en España que habíamos mencionado. Pero, también, establece una competencia mucho más general al incluir a todos aquellos contratos de consumo de bienes muebles y servicios cuando el empresario hubiese realizado alguna actividad de publicidad u oferta en España o el contrato se hubiese formalizado aquí, sin necesidad, en estos casos, de que el domicilio del consumidor esté en territorio español.

Si bien está claro que la regulación de la LOPJ está basada en el antiguo Convenio de Bruselas, el artículo 22.4 contempla estas dos últimas situaciones como alternativas y no cumulativas, como hacía el Convenio⁹³ y, por lo tanto, hace la posibilidad de que los tribunales españoles sean competentes mucho más amplia.

Hay que apuntar que el artículo 22.2⁹⁴ establece un foro general de sumisión expresa, pero sólo serán admitidos dichos acuerdos cuando sean en beneficio del consumidor, porque si no fuese así no tendría sentido el establecimiento por parte de la ley de un foro especial de protección como es el del artículo 22.4⁹⁵.

⁹¹ Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁹² El artículo 22.4 del la LOPJ establece que *“asimismo, en materia de contratos de consumidores, cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición; y en el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato (...).”*

⁹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.* –*supra* nota 53-, p. 547.

⁹⁴ Artículo 22.2 LOPJ: *“Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España”.*

⁹⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.* –*supra* nota 71-.

6. LA LEY APLICABLE EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO INTERNACIONALES

Una vez determinados los tribunales competentes para conocer del litigio internacional en el caso de los contratos de consumo, hay que determinar qué ley ha de aplicarse a dicho conflicto.

Las reglas para saber el derecho que rige el caso concreto se establecen en el Reglamento Roma I⁹⁶, que modificó el anterior Convenio de Roma⁹⁷⁹⁸. Si bien, al contrario de lo que hemos visto en materia de competencia judicial, en los que no hubo apenas modificaciones del Convenio de Bruselas en los sucesivos instrumentos legislativos que lo sustituyeron, no ha sido así en materia de ley aplicable. La actualización del Convenio de Roma de 1980 al Reglamento Roma I supuso varios cambios en la redacción del artículo sobre contratos de consumo⁹⁹ y, si bien es verdad que fue una actualización buscada y pedida por todos¹⁰⁰ no consiguió resolver ciertos fallos que tenía su predecesor, como la desprotección del consumidor activo¹⁰¹, la cual se plantea en los mismos términos, como hemos planteado, en la regulación del Reglamento Bruselas I bis en materia de competencia judicial.

⁹⁶ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁹⁷ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a firma el 19 de junio de 1980 y aprobado el 18 de mayo de 1992.

⁹⁸ La entrada en vigor de este Convenio en la legislación europea supuso, para el derecho español, la sustitución de las normas de conflicto sobre la misma materia contenidas en el artículo 10.5, 10.6 y 10.8 del Código Civil. Ver HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.* -*supra* nota 60-.

⁹⁹ Antiguo artículo 5 del Convenio y actual artículo 6 del Reglamento.

¹⁰⁰ Ver Dictamen del Comité económico y social Europeo sobre el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, INT/179 de 29 de enero 2004.

¹⁰¹ Ante la excesiva protección de los consumidores, en el caso de los contratos electrónicos, la cual exigiría a los comerciantes que se viesen sometidos a la aplicación de tantas leyes como países de los que procediesen sus clientes, se corría el riesgo de provocar la extinción de la voluntad empresarial de llevar a cabo este tipo de contratos, por lo que el Convenio sólo protegía a los consumidores pasivos, quedando los celebrados por consumidores activos ante la regulación general de los artículos 3 y 4 del Convenio.

Entrando en la regulación dispuesta en el Reglamento Roma I, la ley aplicable en materia de contratos de consumo viene recogida en el artículo 6 del mismo. En primer lugar, el apartado 1 de dicho artículo hace una definición de lo que, en términos de la aplicación de protección del consumidor, entiende como contrato de consumo, recogiendo el elemento subjetivo que los caracteriza¹⁰² en cuanto al consumidor y haciendo la misma apreciación, como requisito, sobre las actividades comerciales del empresario¹⁰³. Dicho artículo establece, concretamente, que sólo se podrán acoger a este precepto los contratos celebrados por un consumidor con un profesional “*que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...) siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país (...)*”, los cuales, si no se reúnen, el contrato quedará a lo que establezcan los artículo 3 y 4 de régimen general del Reglamento.

La inclusión de esta definición ha servido para clarificar y precisar la regulación sobre materia de consumidores aprobada hasta entonces. Así, este precepto establece la regla general para saber la ley de qué país debe aplicarse, la cual será la de la residencia habitual del consumidor¹⁰⁴.

No obstante, el artículo 6.4 establece una exclusión de cierto tipo de contratos de estas disposiciones especiales de protección. Este artículo deja sin protección a los siguientes contratos:

- a) “*contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual;*”

¹⁰² Como explicamos en el apartado sobre el concepto de consumidor, el Reglamento Roma I establece en su artículo 6.1. que éste será aquel “*que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional*”.

¹⁰³ Hacemos referencia a la distinción que viene recogida en el mismo precepto sobre “ejercer” las actividades empresariales o “dirigir” que ya explicamos en el apartado 4 de este trabajo.

¹⁰⁴ El artículo 6.1 establece que dicho tipo de contratos, con los requisitos y características ya mencionadas “*se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual*”. Regla que también regirá en cuanto a las normas de validez formal del contrato según lo establecido en el artículo 11.4 del Reglamento, antiguo 9.4 del Convenio.

- b) *contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de 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;*
- c) *contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE;*
- d) *derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero;*
- e) *los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h).”*

De modo que se entienden incluidos todos los contratos que entren en la definición del artículo 6.1, excepto los que tengan por objeto alguno de los recogidos en el apartado 4 del mismo precepto.

Al igual que en materia de competencia judicial, también deja la puerta abierta el Reglamento Roma I, a la posibilidad de que las partes acuerden someterse a la ley de otro país. Esta opción, establecida en el artículo 6.2¹⁰⁵ está sujeta a las reglas sobre libre elección del artículo 3 del mismo Reglamento, pero especifica que no se podrán dejar de lado las disposiciones imperativas que protejan al consumidor en el ámbito comunitario, es decir, a las Directivas específicas de protección, a las cuales hacemos referencia en el siguiente apartado.

¹⁰⁵ El artículo 6.2 establece que “no obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1”.

7. LA PROTECCIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

Tal y como hemos apuntado que establece el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, las disposiciones imperativas del derecho comunitario no quedan excluidas de su aplicación sea cual sea el derecho a aplicar elegido por las partes del contrato de consumo en el surgimiento de un litigio. Se trata de que el consumidor europeo no quede desprotegido ante la elección de una ley extranjera que le pudiese perjudicar. De hecho, las diferentes directivas europeas se limitan a contemplar los casos en los que las partes se ven reguladas por el derecho de un tercer Estado¹⁰⁶.

Esto tiene como consecuencia que el ámbito de aplicación de las directivas europeas vaya más allá de lo establecido por los Reglamentos, de modo que si bien éstos, según sus requisitos de aplicación, sólo protegen al consumidor pasivo, dejando al activo a merced de las disposiciones de régimen general, las distintas Directivas extienden su ámbito a todos los consumidores, tanto pasivos como activos. Incluso llegan a ser de aplicación en ciertos supuestos a los que ni siquiera haría referencia el artículo 3.4 del Reglamento Roma I¹⁰⁷. Éste recoge una exigencia muy restrictiva para entrar en aplicación, ya que requiere que todos los elementos del contrato se sitúen en el ámbito de la Unión Europea, sin embargo, las Directivas sólo exigen que exista un “vínculo estrecho” con el territorio de la Unión¹⁰⁸. Así lo establecen, por ejemplo, el artículo 7.2 sobre el carácter imperativo de sus disposiciones en la Directiva 99/44¹⁰⁹ o el artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE¹¹⁰.

¹⁰⁶ REQUEJO, M, “Comentario al artículo 67”, en B. BERCOVITZ (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson Reuters 2009, pp. 827 y ss. Ver TORRALBA MENDIOLA, E., *Las Reglas de Derecho Internacional Privado en la Reforma de la LGDCU*, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 9, 2014, p. 23.

¹⁰⁷ El artículo 3.4 del Reglamento establece que “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

¹⁰⁸ TORRALBA MENDIOLA, E., *op. cit.* -supra nota 81-, p. 23.

¹⁰⁹ El precepto 7.2 de la Directiva 1999/44/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado

Así y, dada la amplia producción legislativa comunitaria en esta materia, nos podemos encontrar con algunas de las directivas más relevantes:

La Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es, sin duda, una de las más importantes en materia de regulación de las actividades empresariales que puedan incidir en un perjuicio para los consumidores. Si bien es cierto que ha sido modificada en diversas ocasiones, esta Directiva sigue tratando uno de los principales problemas que se encuentran actualmente debido a la proliferación de contratos. Su fin principal es armonizar las diferentes legislaciones nacionales en la materia de la que trata y, por supuesto, defender a los consumidores frente a este tipo de cláusulas¹¹¹.

La polémica más reciente de esta Directiva viene dada por parte de los problemas surgidos los últimos años en materia de contratos hipotecarios¹¹² y la consideración o no de ciertas de sus cláusulas como abusivas. A este respecto se entiende que mientras las cláusulas de dicho tipo de contratos no perjudican al prestatario más allá de lo que establezcan las propias leyes estatales sobre la misma materia, ya que se presupone que éstos son equilibrados, no se podrán considerar abusivas¹¹³.

de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros?

¹¹⁰ Este artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*”.

¹¹¹ VICENTE BLANCO, D.-J., *La Ley aplicable al contrato de consumo en el Derecho Comunitario europeo. El Tratamiento de las cláusulas abusivas (parte segunda: las reglas de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su transposición al Derecho español)*. Revista de Estudios Europeos, 1999, n. 23. p. 69.

¹¹² Como por ejemplo lo muestra la STCE de 30 de abril de 2014 (asunto C-280/13, *Barclays Bank*). Ver CASTRO PAZOS, R., *Las Directivas sobre cláusulas abusivas y su relación con una normativa nacional en materia de ejecución hipotecaria*, Centro de Estudios e documentación europeos da USC, Comentarios de jurisprudencia, nº 6, 2014, pp. 7-8

¹¹³ *Ibidem*.

En materia de indicación de precios de los productos nos encontramos la Directiva 88/315/CEE y la Directiva 98/6/CE¹¹⁴, ésta última derogadora de las anteriores Directivas 79/581/CEE¹¹⁵ y 88/314/CEE¹¹⁶ y transpuestas al derecho español por el Real Decreto 3423/2000¹¹⁷. Se trata de establecer una simplificación de la normativa aprobada hasta entonces en materia de indicación de precios, estableciendo, a su vez, la obligación de mostrar tanto el precio de venta como el precio por unidad de medida. En consecuencia, exponiendo la información de forma más clara en pro de los consumidores¹¹⁸.

La Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior¹¹⁹, hace referencia a todos los tipos de servicios que se prestan por internet a cambio de una contraprestación. Establece las reglas a seguir en cuanto a la transparencia exigida, a las comunicaciones comerciales y los correos *spam*, los contratos en línea y la responsabilidad de los intermediarios, aunque recoge tres excepciones de aplicación, como por ejemplo, en los casos de oferta de actividades de notaría o defensa jurídica. Del mismo modo, autoriza a los Estados miembros a limitar la circulación de ofertas específicas, como protección de la salud, de los menores o de los consumidores¹²⁰.

¹¹⁴ Directiva 98/6/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

¹¹⁵ Directiva 79/581/CEE, de 19 de junio de 1979, del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios

¹¹⁶ Directiva 88/314/CEE del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios.

¹¹⁷ Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

¹¹⁸ SAN ROMÁN, J.I., *Consumidores y Usuarios*, Códigos Profesionales, Colex-Data, 2005, pp. 349 y 350.

¹¹⁹ Transpuesto en el derecho español en el artículo 3.1.d) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

¹²⁰ *Aspectos jurídicos del comercio electrónico* (“Directiva sobre comercio electrónico”), Síntesis de la legislación de la UE, Sociedad de la información, Interacción de la sociedad de la información con determinadas políticas [en línea]

<http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/other_policies/l24204_es.htm#KEY> [Consulta: 24 junio 2015]

Otra de las más relevantes en la regulación europea sobre protección de los consumidores es la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. El ámbito de aplicación material de esta directiva es realizar una mayor aproximación de las legislaciones nacionales en la materia que trata, es decir, la regulación de las prácticas comerciales que se consideran desleales por parte de la directiva¹²¹. Para ello, recoge las circunstancias en las que se entiende que ciertos comportamientos por parte de los empresarios son desleales: en primer lugar, lo que se consideran prácticas engañosas, es decir, aquellos que contengan información falsa o induzca a error al consumidor medio¹²²; y, en segundo lugar, las prácticas agresivas, realizadas mediante la anulación de la libertad de elección del consumidor, ya sea mediante amenazas, coacciones o fuerza¹²³. Aún con esta descripción, la Directiva incluye en su anexo una enumeración de ciertas actuaciones que serán consideradas, en todo caso, desleales¹²⁴. Esto para evitar que en estos casos haya problemas de clasificación de la práctica y no existan dudas al respecto. Esta Directiva modifica la anterior 84/450/CEE¹²⁵, la Directiva 97/7/CE¹²⁶ y la Directiva 2000/65/CE^{127 128}.

La Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, que deroga la anterior 87/102/CEE, pretende una auténtica unificación en materia de crédito al consumo a nivel monetario y de pagos, haciendo alusión, a su vez, al incremento de la protección del consumidor, promoviendo la contratación internacional, aumentando la competencia entre

¹²¹ LÓPEZ SANTOS, Ó., *La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico*, Estudios sobre consumo, nº 75, 2005, p. 17.

¹²² Ya vimos que el TJCE considera que consumidor medio es aquel “*informado y razonablemente atento y perspicaz*”.

¹²³ LÓPEZ SANTOS, Ó., *op. cit.* –*supra* nota 101-, pp. 18 y 19.

¹²⁴ Enumera 23 prácticas consideradas engañosas y 8 agresivas.

¹²⁵ Directiva 84/450/CEE del Parlamento europeo y del Consejo sobre publicidad engañosa y comparativa.

¹²⁶ Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

¹²⁷ Directiva 2000/65/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros.

¹²⁸ LÓPEZ SANTOS, Ó., *op. cit.* –*supra* nota 101-, p. 19.

los consumidores mediante una ampliación del mercado¹²⁹. Del mismo modo, recoge, al igual que otras mismas directivas, el deber de los empresarios de informar al consumidor¹³⁰.

La Directiva 2008/122/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, sobre protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio deroga la anterior Directiva 94/47/CE e introduce grandes novedades, mejorando la defectuosa regulación de la Directiva anterior mencionada¹³¹. La nueva regulación se moderniza entrando en el ámbito material de esta nueva Directiva situaciones como el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, el de bienes turísticos en general, así como los productos vacacionales de larga duración, la venta de fórmulas como productos de inversión, la regulación del contrato de reventa y de intercambio, así como también intenta que la cooperación entre Estados miembros en materia de resolución extrajudicial de conflictos sea mayor¹³².

Los últimos años la legislación europea ha venido siendo de actualización, modificación y derogación, por tanto, de Directivas anteriores. Entre las últimas aprobadas nos encontramos con la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de defensa de los derechos de los consumidores. Esta directiva modifica algunas de las directivas más relevantes que la Unión Europea ha venido aprobando a lo largo de las últimas décadas del siglo pasado. Así, modifica la Directiva 93/13/CEE, la Directiva 1999/44/CEE y deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE¹³³, y tras la aprobación de la cual se suprimió la referencia de los contratos a distancia establecida en los artículos 92 a 106 del la LGDCU. Esta Directiva únicamente entrará en aplicación si a ella conduce la norma de conflicto Su ámbito material de aplicación se centra en el deber, por parte de los

¹²⁹ GARCÍA RODRIGUEZ, A., *La Nueva ley de crédito al consumo*, Actualidad Jurídica ría Menéndez, nº 29, 2011, p. 109.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Notas a la directiva 2008/122/ce del parlamento europeo y del consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*, Centros de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 2.

¹³² GONZÁLEZ CARRASCO, M.C, *op. cit.* –*supra* nota 111-, pp. 1-3.

¹³³ DIAZ ALABART, S. (dir.) y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (coord.), *Contratos a distancia y Contratos fuera del establecimiento mercantil, Comentario a la Directiva 2011/83*, Editorial Reus, 2014, p. 35.

comerciantes, de informar a los consumidores y lo recoge como una obligación precontractual, estableciendo, del mismo modo, las consecuencias de su incumplimiento¹³⁴. Esta materia es la que más relevancia está tomando en las últimas directivas europeas y ésta hace especial referencia a los supuestos de los contratos electrónicos¹³⁵. También recoge los requisitos formales que deberán seguir en el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, siendo éstos, como ya hemos indicado, cada vez de mayor importancia¹³⁶.

Por último, uno de las más actuales directivas es la 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Dicha directiva modifica el Reglamento 2006/2004¹³⁷, y la Directiva 2009/22/CE¹³⁸. Su objetivo es garantizar la posibilidad de presentación de reclamaciones por parte de los consumidores, ofreciendo, también, el acceso a procedimientos de resolución alternativos de conflictos sin que eso suponga una merma en la calidad y sin restringir el acceso a los medios clásicos mediante los órganos jurisdiccionales¹³⁹.

¹³⁴ DIAZ ALABART, S. (dir.) y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (coord.), *op. cit.* –*supra* nota 113-, p. 111.

¹³⁵ DIAZ ALABART, S. (dir.) y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (coord.), *op. cit.* –*supra* nota 113-, p. 119.

¹³⁶ DIAZ ALABART, S. (dir.) y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (coord.), *op. cit.* –*supra* nota 113-, p. 227.

¹³⁷ Reglamento (CE) 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

¹³⁸ Directiva 2009/22/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

¹³⁹ *Directiva relativa a la Resolución Alternativa de Conflictos en Materia de Consumo y Reglamento sobre Resolución de Conflictos on line en Materia de Consumo*, Garrigues novedades, Litigación y arbitraje, nº 3, 2013, p. 1.

8. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. EL ARTÍCULO 67 DE LA LGDCU

Como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo hay diversas leyes en España que hacen referencia a ciertas materias específicas sobre protección de los consumidores¹⁴⁰, pero de entre ellas la más importante en nuestro derecho nacional es la Ley 26/1984, de 19 de julio para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, convertida en Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹⁴¹ y reformada en varias ocasiones, de ellas, la más reciente, por la Ley 3/2014¹⁴².

En primer lugar, la ley recoge en sus artículos 3 y 4, respectivamente, las definiciones de “consumidor” y “empresario”. El primero como aquel que actúe “*con un propósito ajeno a su actividad comercial empresarial, oficio o profesión*” y, el segundo, como aquel que actúe “*con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”.

No podemos analizar esta ley sin relacionarla, a su vez, con los diferentes reglamentos europeos ya mencionados y las distintas directivas, puesto que todos ellos son aplicables a nuestro territorio como miembros de la Unión Europea.

En cuanto a la regulación recogida nos encontramos que, con su reciente actualización, se modificó, entre otros, el artículo 67 sobre normas de derecho internacional privado. En su primer apartado, el precepto establece que “*la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n. o 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española*”. En realidad, viene a ser un precepto descriptivo,

¹⁴⁰ Podemos nombrar, como ejemplo, algunas ya mencionadas como la Ley 23/2003 o la Ley 34/2002.

¹⁴¹ A partir del cual se denominó Ley General para la Defensa del Consumidor y el Usuario y otras Leyes Complementarias.

¹⁴² Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

puesto que no hace falta que ninguna ley española recoja la aplicabilidad del Reglamento Roma I, el cual es de aplicación directa en España sin necesidad de trasposición¹⁴³.

Se plantea el primer problema con este precepto en lo establecido en los apartados 2 y 3 del mismo, los cuales dicen lo siguiente;

“2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea”.

El apartado 2 establece que la norma española será de aplicación cuando exista un vínculo estrecho con algún Estado miembro, lo cual interfiere, no sólo en la aplicación de la ley de un tercer país, que es lo que también establecen las distintas directivas en pro de la protección del consumidor europeo, sino también, cuando sea de aplicación la ley de otro Estado también miembro de la Unión Europea simplemente porque el caso presente vínculos estrechos con la Unión. Ni siquiera establece que los vínculos estén más conectados con España, sino con todo el territorio comunitario.

¹⁴³ TORRALBA MENDIOLA, E., *op. cit.* -supra nota 81-, p. 18

La doctrina entiende que esto en realidad no tendría sentido, puesto que la ley española se estaría interponiendo en la aplicación de la ley de otros países comunitarios y que, para que este precepto se entienda de manera correcta y lógica, debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 3.4 del Reglamento Roma I. De modo que, entendido así, la ley española únicamente sería de aplicación cuando se trate de un consumidor activo residente en España y todos los elementos del supuesto estén dentro de la Unión Europea, o si no todos sí tenga vínculos más estrechos con este territorio, pero las partes hubiesen elegido la ley de un tercer Estado¹⁴⁴.

También hace referencia a los criterios para considerar la existencia de los “vínculos más estrechos”, los cuales se entienden correctos, pero insuficientes, puesto que no incluye la residencia del consumidor en territorio europeo.

La materia de garantías, dispuesta en el apartado 3, está regulada de la misma manera, por lo que podemos aplicar el mismo problema que se plantea para las cláusulas abusivas. Sí existe diferencia, como vemos, en el establecimiento de los criterios para considerar los “vínculos más estrechos” siendo, de hecho, más inapropiados aún, puesto que se puede llegar a entender, de su redacción, que ésta sería de aplicación incluso en situaciones con escasa vinculación con el espacio europeo.

¹⁴⁴ TORRALBA MENDIOLA, E., *op. cit.* -*supra* nota 81-, p. 25

9. CONCLUSIÓN

Hemos visto que la necesidad de una regulación en materia de protección de los consumidores se hizo necesaria cuando surgió la sociedad de consumo, alcanzando su verdadero inicio en la década de los 60 en EE.UU. y luego expandiéndose al resto de países.

En un primer momento las regulaciones en dicha materia se llevaron a cabo a nivel nacional, peor con el intercambio, cada vez mayor, entre países, la protección se tuvo que establecer en instrumentos legislativos internacionales, lo cual, a su vez, incrementaba las dificultades sobre delimitación de la competencia judicial y del derecho a aplicar en cada caso concreto.

De la misma manera que evolucionó la sociedad de consumo lo fueron haciendo las diferentes concepciones de lo que era un consumidor. Así, a lo largo de la historia legislativa de esta materia, el consumidor se ha venido entendiendo bien como cualquier ciudadano como tal, bien como persona que adquiere para un uso privado, bien como destinatario final del bien adquirido o del servicio contratado. El Reglamento Bruselas I bis recoge una doble característica de esta figura siendo aquel que adquiera para un uso privado y de manera final. El Reglamento Roma I, sin embargo, hace hincapié en su ajenidad de la actividad profesional, al igual que lo hace nuestra LGDCU.

De manera similar, la internacionalización, cada vez mayor debido a la proliferación de la contratación electrónica, de las relaciones jurídicas y, por lo tanto, de los contratos entre consumidores y empresarios, hace que cada vez sea más complicado establecer cuándo un empresario está dirigiendo sus actividades profesionales al país del consumidor, requisito que establecen para la entrada en aplicación de sus preceptos proteccionistas tanto el Reglamento Bruselas I bis como el Reglamento Roma I. El Consejo, la Comisión y el TJCE se han pronunciado sobre el tema y establecen una serie de criterios para identificar la dirección de las actividades comerciales. El empresario debe, pues, posibilitar la contratación a distancia en dicho país y aceptar los pedidos procedentes del mismo.

La Unión Europea ha venido haciendo referencia en diferentes dictámenes, planes de acción, directivas y reglamentos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, ya más eficaz y concretamente, a lo largo de los años que llevamos del siglo XXI, a los diferentes aspectos sobre esta materia. Así, nos encontramos, actualmente, en cuanto a competencia

judicial internacional en materia civil y mercantil, con el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis), que entró en vigor el 10 de enero de este mismo año 2015, y, más específicamente, con sus artículos 17 a 19, en los que establece las reglas aplicables en materia de contratos celebrados por los consumidores. El artículo 17 establece los requisitos materiales y subjetivos para la aplicación de las disposiciones especiales de protección. El 18 recoge los foros de competencia, los cuales serán el Estado de su residencia (*foro actoris*) o el Estado de la otra parte (foro del demandado) si demanda el consumidor, y el Estado del consumidor, únicamente, si demanda el empresario. El artículo 19 establece, por último, la prevalencia de acuerdos *interpartes* posteriores al litigio.

A nivel interno, en España nos encontramos con la LOPJ que determina en su artículo 22.4 cuándo serán competentes los tribunales españoles en el surgimiento de un litigio transfronterizo de este tipo de contratos, el cual dice que será en el caso de que el comprador tenga su domicilio en nuestro país, o cuando hubiese habido oferta o publicidad en España o se hubiese finalizado el contrato en territorio español.

Del mismo modo, en materia de derecho aplicable, serán de aplicación, siempre que las actividades comerciales se ejerzan o dirijan a algún Estado miembro de la Unión, las disposiciones específicas del Reglamento 598/2008 (Roma I) sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En este texto el precepto concreto referido a los contratos de consumo es el artículo 6, el cual establece, en caso de cumplimiento de los requisitos mencionados, como norma general, la aplicación de la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual, aunque en su apartado 4 hace una enumeración negativa de cierto tipo de contratos que, bien pudiendo ser considerados “de consumo”, no entran dentro de la aplicación de esta disposición especial. De igual modo que en materia de competencia judicial, también este reglamento deja la posibilidad de que las partes realicen un acuerdo para elegir la ley aplicable.

Aunque los Reglamentos europeos sólo protegen, según los requisitos que marcan, a los “consumidores pasivos”, las diferentes directivas europeas se encargan de que los “consumidores activos” europeos también queden protegidos en el caso de que las partes del contrato del que surgió el litigio acordasen la aplicación de la ley de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea.

La Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 88/315/CEE y la Directiva 98/6/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero, relativa a la protección de los consumidores en materia de

indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores, ésta última derogadora de las anteriores Directivas 79/581/CEE, de 19 de junio de 1979, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios y la 88/314/CEE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios, y transpuestas al Derecho español por el Real Decreto 3423/2000; la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, la cual modifica la anterior 84/450/CEE sobre publicidad engañosa y comparativa; la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales que modifica las anteriores directivas 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y la Directiva 2000/65/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros; la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, que deroga la anterior 87/102/CEE; la Directiva 2008/122/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, sobre protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que deroga la anterior Directiva 94/47/CE; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de defensa de los derechos de los consumidores, que modifica algunas de las directivas más relevantes que la Unión Europea ha venido aprobando a lo largo de las últimas décadas como la Directiva 93/13/CEE ya mencionada, la Directiva 99/44/CEE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo y deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE, y tras la cual se modificó la LGDCU en sus disposiciones referentes a los contratos a distancia. Por último, podemos citar la Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Dicha directiva modifica el Reglamento 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores y la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

De manera general, y teniendo como origen el artículo 51 de la Constitución Española de 1978, en el que se recogió a nivel constitucional el reconocimiento de su protección, los derechos de los consumidores como parte débil del contrato se establecen en nuestra legislación nacional en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y

otras leyes complementarias, modificada recientemente por la Ley 3/2014. Aquí, es el artículo 67 el que establece la aplicabilidad de los preceptos transpuestos de las directivas europeas. Siendo en materia de cláusulas abusivas y de garantías cuando existan “vínculos estrechos” con algún país de la Unión Europea. Aunque doctrinalmente se entiende que será siempre y cuando el consumidor activo tenga su residencia en España.

Así, por lo tanto, queda establecida la regulación internacional en el caso de los contratos de consumo, siendo, aún así, una de las materias que cada vez requieren más legislación y si no en cantidad, sí en calidad, puesto que con el paso de los años y la ampliación de posibilidades de contratación, cada vez estas relaciones son más complejas y es necesaria una legislación más unificada internacionalmente, para que, tanto los consumidores como los comerciantes, no tengan que correr riesgos al realizar estas operaciones a gran escala y exista una seguridad jurídica que garantice la solución de estos conflictos de manera eficaz y, sobre todo, posicionando al consumidor, a la parte débil, que lo es bien por desinformación o por desventajas procesales, en la situación de mayor igualdad posible.

10. BIBLIOGRAFÍA

- (1) ACEDO PENCO, Á, *La Noción del Consumidor y su Tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve Referencia al Concepto de Consumidor en el Derecho Extremeño* [en línea]. Anuario de la Facultad de Derecho nº 18, págs., 297-340. Universidad de la Rioja. 2000. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831211>>.
- (2) AMARO, B., *Tribunal francés reconoce jurisdicción en caso contra Facebook* [en línea]. Mi abogado en línea, 9 marzo 2015. <<http://miabogadoenlinea.net/secciones/el-derecho-y-la-actualidad/8094-tribunal-frances-reconoce-jurisdiccion-en-caso-contra-facebook#sthash.yQoNLWXY.dpuf>>. [Consulta: 30 marzo 2015].
- (3) *Aspectos jurídicos del comercio electrónico (“Directiva sobre comercio electrónico”)*, Síntesis de la legislación de la UE, Sociedad de la información, Interacción de la sociedad de la información con determinadas políticas [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/other_policies/124204_es.htm#KEY>. [Consulta: 24 junio 2015].
- (4) BALLUGERA GÓMEZ, C. *Diferencias entre el Contrato por Adhesión y el Contrato por Negociación* [en línea]. <<http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2014-diferencias-contratos-adhesion-negociacion.htm#4tuitiva>>. [Consulta: 29 marzo 2015].
- (5) CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, volumen II*. Novena edición. Comares Editorial. Granada. 2008.
- (6) CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, volumen II*. Decimotercera edición. Comares Editorial. Granada. 2012.
- (7) CÁMARA LAPUENTE, S., *El Concepto Legal de “Consumidor” en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: Aspectos controvertidos y no resueltos* [en línea]. Noticias de la Unión Europea, N° 320, 2011, págs. 21-44. <hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/view/1068/387>.
- (8) CARBALLO PIÑEIRO, L., *Francia: Facebook y las cláusulas abusivas (elección de foro)* [en línea]. Cartas blogatorias, 26 marzo 2015. <<https://cartasblogatorias.com/2015/03/26/francia-facebook-y-las-clausulas-abusivas-eleccion-de-foro/>>. [Consulta: 30 marzo 2015].

- (9) CARRASCO ROSA, A. “*La sociedad de consumo: origen y características*” en *Contribuciones a la Economía*, enero 2007. <<http://www.eumed.net/ce/>> [Consulta: 30 marzo 2015].
- (10) Enciclopedia jurídica [en línea]. Edición 2014. <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/consumidores-proteccion-de-los/consumidores-proteccion-de-los.htm>> [Consulta: 30 marzo 2015].
- (11) CASTELLANOS RUIZ, E., *El Concepto de Actividad Profesional “dirigida” al Estado Miembro del Consumidor: Stream-of-Commerce* [en línea]. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2012), volumen 4, nº2, pp. 70-92. <<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1612/0>>.
- (12) CASTRO PAZOS, R., *Las Directivas sobre cláusulas abusivas y su relación con una normativa nacional en materia de ejecución hipotecaria*, Centro de Estudios e documentación europeos da USC, Comentarios de jurisprudencia, nº 6, 2014, pp. 1-8. <http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/documentos/6_RicardoPazos_Barclays.pdf>.
- (13) Centro Europeo del Consumo en España [en línea], Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España. <<http://www.cec.consumo-inc.es/index.php>>. [Consulta: 5 junio 2015].
- (14) Consumo en la Unión Europea, CESCO, Universidad de Castilla-La Mancha [en línea] <https://www.uclm.es/centro/cesco/consumo_ue.asp>. [Consulta: 10 junio 2015].
- (15) DE MIGUEL DE ASENSIO, P., *Contratos internacionales de consumo: las normas de Derecho internacional privado de la Ley 3/2014* [en línea]. 11 abril 2014. <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/04/contratos-internacionales-de-consumo.html>>.
- (16) DIAZ ALABART, S. (dir.) y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (coord.), *Contratos a distancia y Contratos fuera del establecimiento mercantil, Comentario a la Directiva 2011/83*, Editorial Reus, 2014. <https://books.google.es/books?id=6VCoBQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>.
- (17) DIEZ-PICAZO, L., *Contratos de Consumo y Derecho de Contratos*, Anuario de derecho civil, ISSN 0210-310X, Vol. 59, nº 1, pp.11-28.

(18) *Directiva relativa a la Resolución Alternativa de Conflictos en Materia de Consumo y Reglamento sobre Resolución de Conflictos on line en Materia de Consumo*, Garrigues novedades, Litigación y arbitraje, nº 3, 2013.

<<http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Novedades/Documents/Novedades-Litigacion-Arbitraje-3-2013.pdf>>.

(19) EDLING, A., *La Experiencia Sueca: el Ombudsman del Consumidor*. Estudios sobre consumo, 1992, Nº 24, pags. 72-80.

(20) *Facebook se enfrenta a la justicia en Francia por censurar obra* [en línea]. El Comercio, 7 de marzo de 2015. <<http://elcomercio.pe/redes-sociales/facebook/facebook-justicia-francesa-podra-juzgar-red-social-noticia-1795648>>. [Consulta: 30 marzo 2015].

(21) FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Contratos de Consumo y Competencia Judicial Internacional en el Reglamento 44/2001* [en línea]. Estudios sobre consumo, Nº 63, 2002, págs. 9-24. <hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/download/.../687>.

(22) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “*Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI*” [en línea], *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7-32. <http://eprints.ucm.es/7696/3/ORIENTACIONES_DEL_DIPR.pdf> [Consulta: 29 marzo 2015].

(23) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*. Sexta edición. Thomson Reuter. 2011.

(24) GARCÍA AMIGO, M. *Idea del contrato: Cincuenta años después (Consideraciones Previas a una Definición Del contrato)*. Foro, Nueva época, núm. 2. 2005.

(25) GARCÍA RODRIGUEZ, A., *La Nueva ley de crédito al consumo*, *Actualidad Jurídica ría Menéndez*, nº 29, 2011, p. 109-113.

<<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3079/documento/articuloUM.pdf?id=2995>>.

(26) GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, París, 1992.

(27) GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Notas a la directiva 2008/122/ce del parlamento europeo y del consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*, Centros de

Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.
<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2009/19-2009-1.pdf>.

(28) HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *La Protección del Consumidor Transfronterizo Intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado* [en línea]. Estudios sobre Consumo, 2006, N° 79, p. 17-34.

<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/114100/Proteccion%20del%20consumidor_Hernandez%20Fern%C3%A1ndez_2006.pdf?sequence=1>.

(29) *La justicia francesa se declara competente para juzgar a Facebook* [en línea]. El País, 5 marzo de 2015.

<<http://www.elpais.com.uy/vida-actual/justicia-francesa-se-declara-competente.html>>. [Consulta: 30 marzo 2015].

(30) LARA GONZÁLEZ, R. y ECHAIDE IZQUIERDO, J. M., *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados del Derecho de Consumo* [en línea]. ESIC Editorial. Madrid. 2006.

<https://books.google.es/books?id=PjCgssqv8EUC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. [Consulta: 12 junio 2015].

(31) LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones, Tomo I* [en línea]. La ley. Madrid. 2006.

<https://books.google.es/books?id=yczmVsfPTT8C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. [Consulta: 29 marzo 2015].

(32) LÓPEZ SANTOS, Ó., *La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico*, Estudios sobre consumo, n° 75, 2005, pp. 9-24.

<http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2005/EC75/EC75_01.pdf>.

(33) PAREDES PÉREZ, J. I., *Calificación del Contrato de Consumo Intracomunitario* [en línea].

<www.ccc.consumo-inc.es/adjuntos/documentos/154.doc>.

(34) SAN ROMÁN, J.I., *Consumidores y Usuarios*, Códigos Profesionales, Colex-Data, 2005.

<https://books.google.es/books?id=ENCPIFme504C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>.

(35) SAVIGNY, M. J. C. de, *Tratado de la Posesión según los Principios del Derecho Romano* [en línea]. Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación, Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1845.

<https://books.google.es/books?id=CuC_21Mf5qMC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r#v=onepage&q&f=false> [Consulta: 28 marzo 2015].

(36) TORRALBA MENDIOLA, E., *Las Reglas de Derecho Internacional Privado en la Reforma de la LGDCU* [en línea]. Revista CESCO de Derecho de Consumo n°9. 2014. <<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/466>>.

(37) VELASCO SAN PEDRO, L. A. (dir.); ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A. (dir.) y HERRERO SUÁREZ, C. (dir.), *Acuerdos horizontales, Mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de Competencia y Distribución*. Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid. Thomson Reuters. Valladolid. 2014.

(38) VICENTE BLANCO, D-J., *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 del Convenio de Roma entre los Estados miembros de la Unión Europea)*. Revista de Estudios Europeos, enero-abril 1999, n. 22. p. 25-54.

(39) VICENTE BLANCO, D-J., *La Ley aplicable al contrato de consumo en el Derecho Comunitario europeo. El Tratamiento de las cláusulas abusivas (parte segunda: las reglas de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su transposición al Derecho español)*. Revista de Estudios Europeos, 1999, n. 23. p. 67-84.