

**LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES  
EN EL MERCADO GLOBAL:  
EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

Publicado en:

*Estudios sobre Consumo*  
núm. 85, 2008, pp. 23-44

ISSN: 0212-9469

\* Catedrático de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
E- 28040 MADRID  
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://eprints.ucm.es>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

## ABSTRACT

Given that the Internet has expanded the practical ability of potential consumers to conclude contracts with companies located in foreign markets, the structure and scope of the international dimension of consumer protection policies become more and more relevant. This article discusses international jurisdiction, with a special focus on the interpretation of Article 15 Regulation 44/2001, and also the law applicable to these international contracts. Applicable law issues cover the transformation of Spanish legislation implementing the EC Directives on consumer protection and an assessment of the implications of the newly adopted Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations.

Keywords: consumers, information society, contracts, international jurisdiction, applicable law

## RESUMEN

Debido a la facilidad con la que las tecnologías de la información permiten que los consumidores celebren contratos con empresas situadas en el extranjero, reviste gran interés la dimensión internacional de las políticas de protección de los consumidores, ideadas en principio básicamente para las cuestiones que planten los contratos internos de consumo. El presente estudio analiza en detalle los aspectos relativos a la competencia judicial internacional, con especial detenimiento en la interpretación del artículo 15 Reglamento 44/2001; así como las cuestiones de ley aplicable. Entre éstas destaca el análisis de la evolución de la normativa española de transposición de las Directivas comunitarias en materia de protección de consumidores, en especial el contenido del RD Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU. Asimismo, cabe reseñar el estudio del funcionamiento de régimen de protección establecido en el Convenio de Roma y los cambios e implicaciones de la adopción del nuevo Reglamento Roma I.

Palabras claves: consumidores, sociedad de la información, contratos, competencia internacional, ley aplicable

## **LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES EN EL MERCADO GLOBAL: EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO**

SUMARIO: I. FUNDAMENTOS DE LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 1. Introducción. 2. Dimensión internacional. II. ACCESO A LA JUSTICIA. 1. La solución comunitaria en el panorama comparado. 2. Sobre la interpretación del artículo 15 Reglamento 44/2001. 3. Referencia a la normativa de fuente interna. III. NORMATIVA APLICABLE A LAS TRANSACCIONES INTERNACIONALES: NUEVAS TENDENCIAS. 1. La revisión del Convenio de Roma y su transformación en Reglamento: ámbito de aplicación. 2. Estructura y funcionamiento del régimen de protección. 3. Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. 4. RD Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias.

### **I. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

#### **1. Introducción**

1. La llamada sociedad de la información hace posible la difusión de información de manera instantánea a escala global, como consecuencia de la interconexión de las redes electrónicas de comunicación. La expansión de la tecnología de comunicación global dota a los consumidores con acceso a las redes digitales de posibilidades sin precedentes para obtener información sobre los productos o servicios que pretenden adquirir así como para comparar las ofertas y contenidos de múltiples comerciantes situados en muy diferentes lugares del mundo. Este elemento refuerza la posición de los consumidores, o al menos de algunos de ellos, al incrementar extraordinariamente sus fuentes de información para elegir entre los comerciantes o bienes competidores<sup>1</sup>.

Pero también el entorno de la sociedad de la información va unido a la aparición de peculiares riesgos para los consumidores, en primer lugar en la medida en que la tecnología posibilita que a través de la Red los comerciantes puedan comercializar sus bienes sin que los (potenciales) clientes tengan a su disposición elementos que son fuente clave de confianza y que sí están presentes en el comercio tradicional, pues se hallan vinculados a la contratación entre presentes en el marco de un

---

<sup>1</sup> Cf., v. gr., J. Goldring, “Consumer Protection, Globalization and Democracy”, *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, vol. 6, 1998, pp. 1-83, p. 1.

establecimiento mercantil conocido en el que se encuentran disponibles los bienes objeto del contrato, como ha sido tradicional en la contratación de consumo<sup>2</sup>.

2. Objetivo básico, por lo tanto, de la normativa reguladora de la contratación electrónica, al menos en el seno de la UE, es establecer en relación con esos aspectos un marco jurídico que asegure a los consumidores en el entorno digital una posición equivalente a la que es típica de la contratación de consumo en el marco físico tradicional. Ese marco normativo no sólo es clave para hacer posible una tutela adecuada de los consumidores, sino que también puede resultar determinante para el desarrollo del comercio electrónico, tradicionalmente lastrado por la incertidumbre asociada a la contratación en el entorno virtual.

Ilustrativas de esta realidad son las normas que imponen a los comerciantes obligaciones relativas a la puesta a disposición de cierta información<sup>3</sup> con carácter general (como el art. 10 de la Ley 34/2002 sobre servicios de la sociedad de la información -LSSI- o el art. 5 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico) y en la fase previa o posterior a la celebración del contrato<sup>4</sup> (entre otras, arts. 27 y 28 LSSI, arts. 60 y 97 LGDCU (Texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias aprobado mediante RD Legislativo 1/2007); y arts. 7 a 9 Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que incorporan los arts. 3 a 5 Directiva 2002/65/CE), así como las que atribuyen imperativamente al consumidor un derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia, entre los que ocupan un lugar muy destacado los contratos electrónicos<sup>5</sup> (arts. 68 a 79 y 101 y 102 LGDCU y art. 10 Ley 22/2007, entre otros).

3. También otros sectores del ordenamiento resultan básicos para completar la protección de los consumidores en el ámbito de la sociedad de la información. El régimen jurídico de la publicidad tiene importantes implicaciones para los intereses de los consumidores, cuya protección por

---

<sup>2</sup> Vid., v.gr., E. Dias Oliveira, “Tutela do consumidor na Internet”, APDI, *Direito da sociedade da informação*, vol. V, Coimbra, 2004, pp. 335-358, p. 336.

<sup>3</sup> Destacando cómo el alcance y volumen de estas obligaciones se ha ido intensificando progresivamente en las directivas comunitarias que regulan la contratación a distancia, vid. G. Howells y A. Nordhausen, “Information Obligations in EC E-Commerce Law”, R. Nielsen, S.S. Jacobsen y J. Trzaskowski (eds.) *EU Electronic Commerce Law*, Copenhagen, DJØF, 2004, pp. 49-67.

<sup>4</sup> Vid., v. gr., S. Cavanillas Múgica, “La conclusión del contrato en Internet”, M. Clemente Meoro y S. Cavanillas Múgica, *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Granada, Comares, 2003, pp. 117-201, pp. 170-177.

<sup>5</sup> Vid. A. Arroyo Aparicio, *Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 321-375.

los poderes públicos impone el artículo 51 Const., con especial referencia a su salud y seguridad, que constituyen con frecuencia el fundamento de restricciones a la publicidad de ciertos productos o servicios. Pese a existir una normativa estatal específica de protección de los consumidores, contenida ahora básicamente en el texto refundido LGDCU –cuyo art. 8.d) configura como un derecho básico de los consumidores “la información correcta sobre los diferentes productos o servicios” constituye un derecho básico de los consumidores –, el conjunto de las normas sobre publicidad y competencia desleal constituyen también instrumento de protección de los consumidores.

Frente a la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal, basado en la tutela de los intereses individuales de los comerciantes y dedicado a resolver los conflictos entre los competidores, la Ley de Competencia Desleal, como destaca su Preámbulo, responde a una orientación institucional, por lo que se configura como un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, que junto a los intereses privados de los empresarios trata de realizar los intereses colectivos de los consumidores en tanto que partícipes del mercado<sup>6</sup>, lo que constituye una tendencia ya consolidada en los ordenamientos de nuestro entorno<sup>7</sup>. Así, en el ámbito comunitario, tanto las Directivas sobre publicidad engañosa y comparativa como la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales tienen entre sus fundamentos evitar que la actividad publicitaria pueda menoscabar los intereses de los consumidores al perjudicar su capacidad de elegir con conocimiento de causa<sup>8</sup>.

Más allá de una acepción estricta de la protección de los consumidores, el entorno digital va unido también al desarrollo de otros instrumentos de protección que resultan ahora esenciales para garantizar

---

<sup>6</sup> Sobre la especial consideración de los intereses de los consumidores por el Derecho contra la competencia desleal, *vid.* J. Massaguer, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 113-117.

<sup>7</sup> No obstante la concepción tradicional es la que inspira algunos de las normas internacionales más significativas en la materia, como es el caso del artículo 10 bis CUP; *vid.* F. Henning-Bodewig, “Das Europäische Wettbewerbsrecht: Eine Zwischenbilanz”, *GRUR Int.*, 2002, pp. 389-398, pp. 390-391; y H.W. Micklitz y J. Keßler, “Europäische Lauterkeitsrecht (Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt)”, *GRUR Int.*, 2002, pp. 885-901, p. 895.

<sup>8</sup> F. Henning-Bodewig, “Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRURInt*, 2005, pp. 629-634, pp. 630-631; J. Massaguer, *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales*, Madrid, Civitas, 2006; y T. Wilhelmsson, “Scope of the Directive”, G. Howells, H.W. Micklitz and T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law (The Unfair Commercial Practices Directive)*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 49-81, pp. 63-70.

la posición y los derechos de las personas, como ocurre con las normas sobre protección de datos personales, modalidad de información especialmente valiosa como activo económico en el nuevo entorno, que plantea riesgos sin precedentes para el derecho fundamental a disponer libremente de la información personal. Estas cuestiones, al igual que las relativas a la publicidad, quedan al margen de este trabajo, centrado en las normas reguladoras de los contratos internacionales de consumo<sup>9</sup>.

## **2. Dimensión internacional**

4. Como consecuencia de la expansión de las transacciones electrónicas, ahora los contratos internacionales no son comunes sólo en las relaciones entre empresas, sino que además de reducir los costes de la colaboración empresarial internacional, el nuevo entorno multiplica la aparición de contratos de consumo internacionales, entre empresas y particulares con residencia en Estados diferentes que adquieren bienes o servicios para su uso personal o familiar (y no profesional y empresarial) sin desplazarse de su entorno doméstico.

Esta situación plantea nuevas demandas normativas, para garantizar una correcta adaptación a estas situaciones del nivel de tutela específico que ciertos ordenamientos –como sucede en el ámbito de la Unión Europea– proporcionan a los consumidores en determinadas transacciones internacionales.

5. El alcance potencialmente global de las aplicaciones de Internet determina que las eventuales ventajas para los consumidores asociadas al acceso a ofertas y contenidos procedentes de cualquier lugar del mundo vayan unidas a particulares riesgos, en la medida en que los niveles y reglas de protección de los consumidores varían sustancialmente según los países. Ello implica que la eventual localización del proveedor en el extranjero sea normalmente fuente de inseguridad jurídica cuando el consumidor pretende interponer alguna reclamación, tanto en lo que concierne a los órganos competentes para conocer de la misma, como a la normativa que será de aplicación e incluso a la eventual efectividad de las medidas que en su caso puedan adoptar las autoridades o tribunales del Estado del domicilio del consumidor. La posición de consumidor reclama una especial tutela en las transacciones internacionales, pues factores como el carácter ocasional de la actividad transfronteriza de los consumidores y sus limitados recursos condicionan la presencia normalmente de dificultades específicas en relación, por ejemplo, con el

---

<sup>9</sup> En relación con esas otras cuestiones, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005.

uso de idiomas extranjeros o la necesidad de conocer un ordenamiento extranjero<sup>10</sup>.

No obstante, también desde la perspectiva de los profesionales o empresarios la inseguridad jurídica derivada de la eventual aplicación de una pluralidad de ordenamientos extranjeros o de la posible competencia de varias organizaciones jurisdiccionales para conocer de los litigios derivados de sus actividades electrónicas adquiere gran importancia, en la medida en que esos operadores hacen uso en el marco de su actividad comercial de un medio de alcance potencialmente global.

6. La protección de los consumidores se lleva a cabo en los diversos ordenamientos jurídicos a través de un entramado de normas, que combina elementos de derecho privado y de derecho público. Aunque se observa una tendencia a la inclusión en las legislaciones nacionales de reglas de protección de los consumidores asociada a la expansión del comercio electrónico<sup>11</sup>, lo cierto es que la heterogeneidad en el contenido, configuración y eficacia de la normativa sobre protección de los consumidores según los países<sup>12</sup> se halla fuertemente influida por diversos condicionantes, como las preferencias sociales, la tradición política y cultural, el contexto jurídico, los criterios ideológicos y de política económica dominantes, así como por otros factores, incluido el nivel de industrialización y desarrollo económico.

Esta circunstancia se corresponde con el escaso desarrollo de estándares comunes a escala internacional, pues a nivel mundial la cooperación intergubernamental en este sector se limita básicamente a mecanismos incipientes de cooperación e intercambio de información entre autoridades y a la proclamación de ciertos estándares de alcance muy limitado o en instrumentos no vinculantes, como reflejan los logros alcanzados en el marco de la OCDE y de la *International Consumer Protection and Enforcement Network* (ICPEN).

Por su parte, los resultados alcanzados en el seno de ciertas organizaciones privadas, dedicadas entre otras tareas a la formulación de estándares en el ámbito comercial, como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), contribuyen a homogeneizar ciertas

---

<sup>10</sup> Vid. K. Sachse, *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozeßrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2006, pp. 8-12.

<sup>11</sup> Vid., v. gr., con respecto a la evolución de la legislación mexicana, P.A. De Miguel Asensio, *Derecho del comercio electrónico*, México DF, Porrúa, 2005, pp. 25-27.

<sup>12</sup> Por ejemplo, acerca de la contraposición entre los enfoques predominantes en EEUU y la UE respecto del control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo con condiciones generales, vid. R.L. Oakley, “Fairness in Electronic Contracting: Minimum Standards for Non-negotiated Contracts”, *Houston Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 1041-1105, pp. 1061-1071.

prácticas de los operadores pero no eliminan de manera significativa los riesgos derivados de las importantes diferencias entre los ordenamientos nacionales en estas materias y de la coexistencia de una pluralidad de organizaciones jurisdiccionales.

7. La dimensión internacional de la protección del consumidor ha adquirido, por lo tanto, una importancia muy singular en el comercio electrónico, en el que típicamente los consumidores sin desplazarse desde su mercado doméstico contratan con comerciantes establecidos en países extranjeros, por lo que la existencia de reglas diferentes entre los países puede plantear conflictos especialmente intensos. En la UE esta dimensión internacional ha recibido tradicionalmente una particular atención en paralelo con la progresiva europeización del Derecho material del consumo<sup>13</sup>. Esa circunstancia se manifiesta de manera especial en la adopción de reglas específicas sobre competencia judicial internacional en los contratos de consumo (arts. 15-17 Reglamento 44/2001), la incorporación de un régimen específico sobre ley aplicable a los contratos de consumo (art. 5 Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –en adelante, CR- y art. 6 Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –RRI-), la inclusión de reglas específicas sobre el ámbito de aplicación espacial imperativa de sus normas en las directivas sobre protección de los consumidores, así como en la especial atención prestada a la tutela de los consumidores como límite a la aplicación del criterio de origen en el marco del mercado interior tanto por la jurisprudencia del TJCE como por las directivas de armonización<sup>14</sup>.

La aplicación de ese entramado de protección a las actividades de comercio electrónico es en la actualidad fuente de significativa controversia e interés, pues la interpretación de algunas de esas normas al entorno electrónico resulta especialmente debatida (como es el caso del art. 15 Reglamento 44/2001) y otras han sido recientemente objeto de un proceso de revisión de gran alcance en nuestro sistema de DIPr. En este sentido cabe destacar que esa evolución se ha reflejado de manera especial en las reglas sobre el ámbito de aplicación espacial de la legislación de protección de los consumidores incorporadas en la Ley 44/2006, de 29 de

---

<sup>13</sup> Vid. W.G. Paefgen, “Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationalen Vertragsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht”, *ZEuP*, vol. 11, 2003, pp. 266-294, pp. 277-278.

<sup>14</sup> Vid. F. Esteban de la Rosa, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 210-215; y, en concreto, en relación con el Anexo de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, P. Mankowski, “Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrech der e-commerce-Richtlinie”, *ZVglRWiss*, vol. 100, 2001, pp. 137-181, p. 155.



diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios; el RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias; y la Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Además, durante estos años se ha desarrollado también el proceso de revisión del CR que ha concluido con la adopción el 17 de junio de 2008 del RRI, que sustituirá al CR para los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (arts. 24 y 28 RRI).

## **II. ACCESO A LA JUSTICIA**

### **1. La solución comunitaria en el panorama comparado**

8. Con el propósito de tutelar a los consumidores en la contratación internacional, en la unificación de las reglas de competencia judicial internacional en el seno de la UE se han incluido criterios específicos para estos casos. Las reglas en la materia que deben aplicar los tribunales de los países de la UE se hallan básicamente contenidas en los artículos 15 a 17 Reglamento 44/2001<sup>15</sup>. No obstante, cuando el domicilio del demandado no se halla en un Estado de la UE, los tribunales españoles deben aplicar normalmente el art. 22.4 LOPJ, que contiene reglas muy semejantes – inspiradas en el Convenio de Bruselas- si bien plantea problemas adicionales de interpretación.

Conforme al artículo 16 Reglamento 44/2001, en los contratos celebrados por consumidores comprendidos dentro del artículo 15, no operan los fueros disponibles para el conjunto de los contratos, en los que las partes pueden elegir con amplia libertad el tribunal competente, y, en su defecto, son competentes los tribunales del domicilio del demandado y del lugar de ejecución del contrato en los términos del artículo 5.1 Reglamento 44/2001. Simplificando, tratándose de contratos de consumo comprendidos en el artículo 15, el consumidor puede demandar a la otra parte ante los tribunales del domicilio de ésta o ante los de su propio domicilio, mientras que el consumidor sólo puede ser demandado ante los tribunales del Estado en el que tenga su domicilio.

Además, según el artículo 17 Reglamento 44/2001, en relación con esos contratos los acuerdos atributivos de competencia sólo operan si son posteriores al nacimiento del litigio, o se limitan a ampliar el número de tribunales ante los que puede demandar el consumidor, o cuando atribuyen competencia a los tribunales del Estado contratante en el que estuvieren domiciliados el consumidor y su cocontratante siempre que la

---

<sup>15</sup> Sobre esas cuestiones, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2002, pp. 468-481.

ley de dicho Estado no prohibiere este tipo de convenios. Esto implica que en estos contratos internacionales de consumo las cláusulas típicas que atribuyen competencia a los tribunales del domicilio de la empresa normalmente no resultarán operativas, lo que tiene gran trascendencia práctica pues ese es el mecanismo normalmente utilizado por las empresas que comercializan sus productos o servicios por medios electrónicos para tratar de evitar el riesgo de quedar sometidos a la competencia de los tribunales de múltiples países en relación con los contratos derivados de su actividad comercial a través de Internet.

9. Las reglas de competencia para proteger a los consumidores que incorpora el Reglamento 44/2001 imponen a las empresas de comercio electrónico que contratan con consumidores la necesidad de tener que litigar normalmente ante los tribunales de los países de los destinatarios de sus servicios. En la práctica, para las empresas que pretenden dirigir sus actividades a una pluralidad de países, esta situación implica asumir costes y riesgos adicionales, al excluir la posibilidad de que puedan concentrar todos los litigios -mediante la inclusión de pactos de sumisión expresa en los contratos- ante los tribunales de su propio país.

En el plano mundial, la práctica dificultad de alcanzar un consenso sobre estas cuestiones<sup>16</sup> ha quedado patente en los esfuerzos de la Conferencia de La Haya de DIPr por elaborar un convenio internacional sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. En una fase relativamente temprana de las negociaciones se puso de relieve la imposibilidad de alcanzar un mínimo consenso en relación con las reglas de competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo<sup>17</sup>, lo que llevó a excluir el régimen de tales contratos del proyecto de convenio<sup>18</sup>. Por ello, el Convenio sobre cláusulas de elección de foro concluido en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr en 2005 excluye de su ámbito de aplicación material los contratos de consumo -art. 2.1.a)-.

---

<sup>16</sup> Vid. W.B. Chik, “US Jurisdictional Rules for Adjudication over Business Conducted via the Internet – Guidelines and a Checklist for the E-commerce Merchant”, *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 10, 2002, pp. 243-305, pp. 281-287.

<sup>17</sup> Vid. L. Silberman, “Comparative Jurisdiction in the International Context: Will the Proposed Hague Judgments Convention be Stalled?”, *DePaul Law Review*, vol. 52, 2002, pp. 319-349, p. 325; y M. Keller, “Lessons for The Hague: Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States”, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. 23, 2004, pp. 1-74, p. 69.

<sup>18</sup> Vid. P.P. Swire, “Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, pp. 1975-2001, pp. 1988-1989, con ulteriores referencias.

10. A este respecto, resulta clave el dato de que el enfoque restrictivo del ordenamiento comunitario acerca de la eficacia de los acuerdos (o cláusulas) atributivos de competencia en los contratos internacionales de consumo –siempre que concurren las circunstancias del art. 15 a las que seguidamente se hará referencia- ha sido tradicionalmente rechazado en EEUU<sup>19</sup>, si bien en la actualidad se observa una significativa evolución en un contexto de gran complejidad y falta de seguridad jurídica.

Es conocido que en relación con ciertos litigios en materia federal el TS de EEUU en su sentencia en el asunto *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*<sup>20</sup> admitió la eficacia de las cláusulas de elección de foro en los litigios comerciales internacionales salvo que el demandado acredite que ese resultado no sería razonable, de modo que la denegación de la eficacia de las cláusulas de elección de foro resulta excepcional en la práctica de los tribunales federales. Esta es la solución prevalente en EEUU, que aparece también en la sección 110 (a) UCITA, que no impone restricciones específicas a los acuerdos de sumisión por tratarse de contratos de consumo internacionales. Ciertamente, la decisión en el asunto *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*<sup>21</sup> puso de relieve que, en la medida en que se trate de un asunto en el que la competencia deba decidirse conforme al derecho federal, la eficacia de una cláusula de elección de foro se admite también en los contratos con consumidores, incluso si se halla contenida en condiciones generales de la contratación, en circunstancias en las que es muy probable que el consumidor no hubiera leído la cláusula de elección del tribunal competente<sup>22</sup>. Este criterio ha sido utilizado por los tribunales estadounidenses en el ámbito de la contratación electrónica, admitiendo la eficacia de cláusulas de sumisión incluidas en las condiciones generales de contratos celebrados con consumidores<sup>23</sup>. En todo caso, en la medida en que estas decisiones no se basan en la aplicación de la Constitución federal, no impiden que el resultado cuando la cuestión debe ser decidida con base en la legislación estatal (incluso por un tribunal federal) pueda ser diferente.

En este sentido, la práctica de los tribunales estatales en esta

---

<sup>19</sup> *Vid., v.gr.*, C. Chen, “United States and European Union Approaches to Internet Jurisdiction and their Impact on E-Commerce”, *U. Pa. J. Int’l Econ. L.*, vol. 25, 2004, pp. 423-454, pp. 430-440.

<sup>20</sup> 407 US 1 (1972).

<sup>21</sup> 499 US 585 (1991).

<sup>22</sup> *Vid.* M.E.Solimine, “Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure”, *Cornell International Law Journal*, vol. 25, 1992, pp. 51-101, pp. 77-85.

<sup>23</sup> *Cf. v.gr.*, T. Puurunen, “The Judicial Jurisdiction of States Over International Business-to-Consumer Electronic Commerce from the Perspective of Legal Certainty”, *U.C. Davis J. Int’l L. & Pol’y*, vol. 8, 2002, pp. 135-254, p. 230, con ulteriores referencias.

materia no muestra la aparente uniformidad que en la jurisdicción federal existe a partir de las decisiones del TS de EEUU en los asuntos *Bremen* y *Carnival Cruise*<sup>24</sup>. Esta es una de las materias en las que el desarrollo en los últimos años a escala estatal de normas de protección de los consumidores facilita que entre los Estados no exista en la actualidad el consenso en torno a *Carnival Cruise* que existe sobre *Bremen*. Por ello, sobre ese punto subsisten en EEUU las diferencias en la práctica de los tribunales federales (cuando deben aplicar *federal common law*) y estatales. De hecho, un creciente número de legislaciones estatales en la materia limitan de manera significativa la eficacia de las cláusulas atributivas de competencia en contratos de consumo, en ocasiones en términos que conducen a resultados próximos a los del Reglamento 44/2001. En el plano doctrinal se ha destacado el potencial de legislaciones estatales que adoptan ese tipo de limitaciones como modelo para mejorar la regulación de esta cuestión en el conjunto de EEUU<sup>25</sup>.

11. En todo caso, el criterio de que en los litigios transfronterizos de consumo cabe exigir al profesional o empresario que demande al consumidor ante los tribunales del país del domicilio de éste al tiempo que se permite al consumidor que pueda hacerlo ante los tribunales de su propio domicilio, como establece el Reglamento 44/2001, no parece tampoco resultar una solución tan extrema ni perjudicial en la práctica para las empresas de comercio electrónico –que además pueden configurar sus sitios web para limitar estos riesgos– cómo se ha pretendido en determinados círculos. A este respecto, interesa destacar no sólo que desde la perspectiva del consumidor una serie de factores, como la escasa cuantía del litigio y su deficiente información, determinan que si sólo puede demandar en el extranjero normalmente no demande; sino también que, desde la perspectiva del profesional, llegado el caso, la presentación de la demanda ante los tribunales del país del domicilio del demandado evita las dificultades normalmente asociadas a la ejecución en el país del

---

<sup>24</sup> Cf. R.J. Mann, y J.K. Winn, *Electronic Commerce*, 2ª ed., Nueva York, Aspen, 2005, p. 31.

<sup>25</sup> Cf. E.F. Scoles, P. Hay, P.J. Borchers, y S.C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 3.ª ed., St. Paul, 2000, pp. 476-477. Por su parte, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, considerando ineficiente la admisión de las cláusulas de elección de foro incluidas en condiciones generales en los contratos de consumo, *vid.* L. Goldman, “My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum and Clauses in Consumer Form Contracts”, *Northwestern University Law Review*, vol. 86, 1992, pp. 700-741, pp. 721-730.

consumidor de una decisión dictada por los tribunales del país de establecimiento del profesional<sup>26</sup>.

Pero además, en el plano práctico, el recurso a la vía judicial en relación con este tipo de controversias resulta en la actualidad sólo necesario en situaciones limitadas. La práctica de los operadores del comercio electrónico ha ido asociada a la aplicación de sistemas de comercialización y pago, así como al desarrollo de mecanismos de resolución de conflictos, que limitan significativamente el recurso a la vía judicial como mecanismo de reacción frente a incumplimientos contractuales. El uso generalizado de los pagos a través de tarjetas de crédito y débito determina que, más allá del régimen de una concreta transacción, sobre la posición de profesional y consumidor repercutan decisivamente las reglas sobre el uso de tales tarjetas y sus propios mecanismos de solución de controversias relativas al uso no autorizado de tarjetas, que reducen el ejercicio de acciones judiciales entre las partes en la transacción. También ha tenido un significativo impacto la aparición de ciertos intermediarios a través de los cuales se comercializan bienes y servicios en Internet, de modo que en estos casos quienes concluyen las transacciones deben previamente aceptar las condiciones del intermediario, que en ocasiones incluyen mecanismos propios para evitar o resolver reclamaciones que pueden alcanzar una significativa importancia práctica, limitando en la práctica la interposición de acciones judiciales<sup>27</sup>.

12. El desarrollo específico de mecanismos alternativos de solución de controversias resulta de particular importancia en el contexto de la contratación de consumo transfronteriza. Aunque los logros son escasos, en parte por las propias limitaciones inherentes al frecuente desarrollo de estos mecanismos al margen del poder público<sup>28</sup>, cabe apreciar el progresivo impulso en el ámbito comunitario de un entramado de cooperación tendente a facilitar la tramitación de reclamaciones transfronterizas en materia de consumo.

---

<sup>26</sup> Vid. P. Mankowski, “Jurisdiction and Enforcement in the Information Society”, R. Nielsen, S.S. Jacobsen y J. Trzaskowski (eds.) *EU Electronic... op. cit.*, pp. 125-158, pp. 141-149.

<sup>27</sup> Vid. P.P. Swire, “Elephants and Mice Revisited...”, *loc. cit.*, pp. 1991-1992, haciendo especial referencia a eBay.

<sup>28</sup> Vid. T. Schultz, “Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 6, 2004, pp. 71-106, destacando la necesidad de intervención del poder público para el desarrollo efectivo de los mecanismos de solución de controversias en línea.

En concreto, destaca el potencial impacto de la creación de redes extrajudiciales comunitarias en materia de consumo, en particular, la Red de Centros europeos del consumidor (*European Consumer Centres Network* – ECC-Net). En este contexto, resultan de particular importancia la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, la Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de contratos de consumo<sup>29</sup>, así como, aunque en un plano distinto, el Reglamento 2006/2004 relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores.

## **2. Sobre la interpretación del artículo 15 Reglamento 44/2001**

13. El artículo 15.1.c) Reglamento 44/2001 prevé la aplicación de las reglas de competencia especiales en materia de contratos de consumo: “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”. La configuración de este párrafo del artículo 15 está específicamente destinada a dar respuesta a las exigencias del comercio por Internet, pero la interpretación de esta norma, pionera a escala internacional en la introducción de manera expresa del criterio basado en el país o países a los que las actividades están dirigidas, puede resultar especialmente conflictiva.

Del texto de la norma deriva que el régimen de protección es aplicable a los contratos de consumo celebrados a través de sitios web activos que dirigen sus actividades al Estado del domicilio del consumidor en la medida en que a través de tales sitios se haya concluido un contrato con tal consumidor. Por otra parte, parece claro que el mero hecho de que las páginas web del comerciante sean accesibles desde el Estado del domicilio del consumidor no resulta a la luz del texto del artículo 15 suficiente para que opere el fuero de protección del consumidor. Sin embargo, concretar en otras situaciones si un sitio web va o no dirigido al país del domicilio del consumidor resulta más controvertido.

---

<sup>29</sup> Vid. C. Joerges, “The Bright and the Dark Side of the Consumer’s Access to Justice in the EU”, *Global Jurist Topics*, vol. 1, 2001, núm. 2, art.1, pp. 1-11, pp. 3-6.

14. De cara a la interpretación de esta norma, una Declaración del Consejo y de la Comisión adoptada al aprobar el Reglamento 44/2001 afirma que “el mero hecho de que un sitio de Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 sea aplicable, puesto que se exige además que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de esos contratos por el medio que fuere”, añadiendo que a este respecto “la lengua o la divisa utilizada por un sitio de Internet no constituye un elemento pertinente”<sup>30</sup>.

La primera parte de esta Declaración clarifica que la tradicional distinción entre sitios activos y pasivos tiene una limitada importancia al concretar si un sitio web se dirige a un país, pues incluso en el marco del artículo 15 Reglamento 44/2001 que exige la celebración de un contrato, lo determinante es que el sitio esté configurado de tal manera que quepa entender que trata de captar clientes en el mercado del domicilio del consumidor; y no que esos clientes hayan contratado a través del propio sitio web, pues pueden haber utilizado un medio diferente para contratar<sup>31</sup>.

Asimismo, tampoco la celebración a través de un sitio web de un contrato con un consumidor domiciliado en un Estado miembro determina por sí solo y en todo caso que quepa apreciar que ese sitio web va dirigido a ese Estado miembro. Es un requisito necesario pero no siempre y en todo caso suficiente. El TJCE en su sentencia de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, concluyó que cuando no se ha llegado a celebrar un contrato, los compromisos unilaterales que en la publicidad el anunciante asume con independencia de que el destinatario realice un pedido, en la medida en que sean exigibles, dan lugar a un litigio contractual al que será de aplicación el fuero especial del artículo 5.1 Reglamento 44/2001, si bien en este caso no lo serán los fueros de protección en materia de contratos de consumo debido a que el artículo 15 Reglamento 44/2001 exige que el contrato haya sido efectivamente celebrado<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> El considerando 24 del Preámbulo del RRI reproduce esa declaración conjunta del Consejo y de la Comisión sobre el artículo 15 Reglamento 44/2001.

<sup>31</sup> La Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de 15 de diciembre de 2005 con respecto al criterio de la “actividad dirigida” incluía la aclaración de que no sólo cubre los sitios llamados “interactivos”, pues, por ejemplo, un sitio que propone el envío de un pedido por fax tiene también por objeto celebrar contratos a distancia, *cf.* COM(2005) 650 final, p. 7. *Vid.* también A.B. Spencer, “Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts”, *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 71-126, pp. 97-98.

<sup>32</sup> Por su parte, la STJCE de 11 de julio de 2002, *Gabriel*, C-96/00, puso de relieve que la acción judicial mediante la que un consumidor pretende que un tribunal del país de su domicilio y con base en la ley de ese país condene a una sociedad de venta por

15. Por el contrario, la idea de que la lengua o la divisa no constituyen un elemento pertinente para valorar a qué país o países cabe considerar que va dirigido un sitio de Internet no parece plenamente justificada con carácter general<sup>33</sup>. En este sentido, cabe destacar que el considerando 33 del Preámbulo de la Directiva 2007/65 relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva incluye el idioma principal del servicio entre los elementos que un Estado miembro puede considerar para establecer si las actividades de radiodifusión de un proveedor de servicio establecido en otro Estado miembro van dirigidas exclusiva o principalmente a su territorio. Si bien es cierto que esas circunstancias no serán normalmente determinantes por sí solas, no parece apropiado considerar con carácter general que no son pertinentes. Ciertamente, para valorar si un sitio de Internet va dirigido (junto a otros) a un determinado país cabe entender que deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente, por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en un determinado mercado<sup>34</sup>. Con carácter general, los elementos relevantes para llevar a cabo tal valoración variarán según los casos<sup>35</sup>.

Entre los elementos que pueden ser relevantes (aunque no necesariamente lo serán en todos los casos ni cada uno por sí sólo resultará determinante), cabe mencionar, sin carácter exhaustivo: el idioma en que

---

correo establecida en otro Estado contratante a entregarle el premio que una comunicación comercial de la sociedad daba la impresión de que le sería entregado para el caso de que realizara un pedido que efectivamente había llevado a cabo, sí es una pretensión en materia contractual a los efectos de la aplicación de los fueros de protección relativos a los contratos de consumo.

<sup>33</sup> Vid., v.gr., A.B. Spencer, “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, pp. 82-83, en relación con el contenido de la decisión de 2003 de los tribunales de EEUU de en el asunto *Toys “R” Us, Inc. v. Step Two S.A.* -318 F.3d 446 (3d Cir 2003)-, en el que estaba implicado una empresa española.

<sup>34</sup> Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 474-479; y S.N. Exon, “Personal Jurisdiction: Lost in Cyberspace?”, *Computer Law Review and Technology Journal*, vol. 8, 2003, pp. 21-82, pp. 69-82.

<sup>35</sup> Aunque en el ámbito de las infracciones de propiedad intelectual y de la tutela de la competencia desleal, resulta significativas las relaciones de elementos o indicios relevantes para valorar a qué país o países van dirigidas las actividades de un sitio de Internet contenidas en el art. 3 de la Recomendación conjunta relativa a la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet de 2001 (adoptada por la Asamblea de la Unión de París y la Asamblea General de la OMPI) y en las secciones 204 y 207(6) de los Principios del *American Law Institute* sobre competencia judicial, derecho aplicable y reconocimiento de decisiones en los litigios sobre propiedad intelectual.



esté redactado el sitio<sup>36</sup> (que en todo caso es un mero indicio, en particular, en el caso de idiomas hablados en múltiples países, como el español o el inglés); la moneda en que estén expresados los precios; la presencia de teléfonos o direcciones locales de contacto; la existencia de avisos legales acerca de los mercados en los que se comercializan o están disponibles los productos o servicios (y una actuación coherente con tales avisos); el uso de un nombre de dominio geográfico; el tipo de productos o servicios comercializados (por ejemplo, si requieren el envío efectivo a una dirección del país del domicilio del consumidor y, por lo tanto, el conocimiento previo por el comerciante); el volumen de transacciones (o accesos) con (potenciales) clientes de un determinado país; y la inclusión de publicidad del sitio web en medios locales de un país o dirigidos, entre otros, a ese país o la inclusión de enlaces a su sitio en directorios locales del domicilio del demandado.

16. En la interpretación del criterio incorporado en el artículo 15 Reglamento 44/2001 debe también tenerse en cuenta que la evolución tecnológica de Internet exige valorar la creciente disponibilidad de tecnología que hace posible restringir el acceso a los contenidos de Internet a usuarios procedentes de una determinada área geográfica<sup>37</sup>. Mediante el uso de esas tecnologías puede llegar a ser posible con un alto grado de fiabilidad para el titular de un sitio web conocer el país en el que se encuentra ubicado el ordenador desde el que un usuario trata de acceder a sus contenidos o contratar sus servicios o productos.

La progresiva generalización y fiabilidad de esas tecnologías determina que pueda ser razonable valorar, al apreciar si un sitio web va sólo dirigido a ciertos países, el uso de tales técnicas por las empresas que pretenden comercializar a través de la web sus productos o servicios sólo en uno o varios países en circunstancias –a la luz de la configuración del sitio web en cuestión- que generan significativos riesgos de que sus actividades puedan considerarse dirigidas a múltiples países<sup>38</sup>. En consecuencia, la ausencia en tales circunstancias del empleo de ese tipo de tecnologías cuando estuvieran disponibles en términos razonables puede ser un indicio muy relevante para apreciar en el marco del artículo 15 Reglamento 44/2001 que el sitio web debe ser considerado como dirigido al país del domicilio del consumidor que efectivamente ha celebrado el contrato.

---

<sup>36</sup> Cf., v.gr., A. Staudinger, “Art. 15”, T. Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozeßrecht Kommentar*, Múnich, Sellier, 2004, pp. 193-194.

<sup>37</sup> Vid. J.R. Reidenberg, “Technology and Internet Jurisdiction”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, pp. 1951-1974, pp. 1961-1962.

<sup>38</sup> Vid. A.B. Spencer, “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, pp. 91-93.

Esta constatación refuerza la idea de que en la interpretación del artículo 15 Reglamento 44/2001, como se trata de supuestos relativos al establecimiento de un vínculo contractual entre el consumidor y el empresario titular del sitio, que típicamente se concluye y ejecuta, sin que el consumidor tenga que realizar ninguna actividad fuera de su residencia habitual, las especiales características de Internet parecen reclamar que sólo queden al margen del ámbito de protección aquellas situaciones en las que de la configuración del sitio se desprenda con claridad que no es propósito de su titular comercializar los productos en el Estado de la residencia habitual del consumidor y que su comportamiento –incluido en su caso el uso de tecnologías ampliamente disponibles para controlar el origen de los clientes o usuarios que acceden a sus contenidos– se corresponda con ese propósito.

17. Esta creciente disponibilidad de tecnologías que permiten controlar con elevada fiabilidad la localización de los usuarios de un sitio web también puede ser un elemento relevante en relación con otras categorías de litigios en las que, si bien no se exige la previa celebración de un contrato, el hecho de que un sitio web pueda ser considerado como dirigido a un determinado país resulta determinante para fundar la competencia de los tribunales de ese país. Ese puede ser el caso, por ejemplo, en relación con la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial o la comisión de actos de competencia desleal en el marco del artículo 5.3 Reglamento 44/2001.

Desde la perspectiva comunitaria, la diferenciación de las ofertas en función de la situación geográfica (dentro de la UE) de los destinatarios de la información y potenciales clientes puede erosionar los principios del mercado interior, por lo que la inclusión de dispositivos tecnológicos para limitar el acceso de los potenciales clientes situados en unos países de la UE y no en otros puede resultar en ocasiones controvertido<sup>39</sup>, al tiempo que desde la perspectiva global puede conducir a una excesiva fragmentación de Internet que menoscabe una de las características esenciales de este medio<sup>40</sup>. En todo caso, es bien conocido que una de las vías a través de las cuales las empresas de comercio electrónico que pretenden operar en varios mercados organizan su estructura es mediante la creación de sitios diferentes para los diversos países (en ocasiones con sus respectivos nombres de dominio geográficos), no sólo como mecanismo que ayuda al control de los riesgos legales sino también como

---

<sup>39</sup> Vid. J. Trzaskowski, “Legal Risk Management in Cross-Border E-Commerce”, R. Nielsen, S.S. Jacobsen y J. Trzaskowski (eds.) *EU Electronic... op. cit.*, pp.159-175, p. 173.

<sup>40</sup> Cf. A.B. Spencer, “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 115.

respuesta necesaria ante las diferentes preferencias lingüísticas, sociales y culturales existentes según los países, también en el seno de la UE.

### **3. Referencia a la normativa de fuente interna**

18. En los supuestos en los que el domicilio (o una sucursal o agencia) del demandado no se encuentra en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, el régimen de competencia internacional específico para los contratos de consumo es el contenido en el artículo 22.4 LOPJ, al no resultar de aplicación el Reglamento 44/2001 (ni el Convenio de Lugano que contiene normas semejantes). El art. 22.4 LOPJ al regular el alcance de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles establece un mecanismo de protección en materia de contratos de consumo inspirado en el Convenio de Bruselas de 1968, semejante al del Reglamento 44/2001, pero cuya aplicación en ciertos supuestos puede resultar excesiva. En particular, porque en el artículo 22.4 LOPJ la circunstancia de que “el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato” se considera un requisito alternativo -no cumulativo- a la previa oferta personal o publicidad realizada en España, de modo que según la literalidad de la norma esa circunstancia es por sí sola determinante del vínculo territorial presupuesto de la aplicación del artículo 22.4 LOPJ y, en consecuencia, de la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda del consumidor.

Habida cuenta del alcance global de Internet y las facilidades para concluir contratos (e incluso ejecutar ciertas prestaciones contractuales) con independencia de la localización geográfica de las partes, el contenido del artículo 22.4 LOPJ hace posible en ocasiones la aplicación del régimen de protección a contratos de consumo que presentan una vinculación escasa con España, en la medida en que –a diferencia de lo dispuesto en el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001- no es imprescindible que la contraparte haya dirigido su actividad comercial a nuestro país, para que el consumidor que contrató a distancia desde España pueda demandar en España. Tal puede ser el caso en supuestos en los que el objeto del acuerdo sea la simple descarga de información digital desde un sitio web que por su configuración está dirigido especialmente a un mercado extranjero, si además se da la circunstancia de que el contrato se ejecuta en línea sin que el suministrador conozca el país de residencia del consumidor, lo que no es extraño en caso de contratos relativos al acceso puntual a bases de datos u otros contenidos.

Es de reseñar además que en el régimen de fuente interna el artículo 90 LGDCU Texto refundido de 2007 incorpora reglas específicas acerca de las cláusulas sobre competencia consideradas abusivas. En

concreto, el artículo 90.2 LGDCU considera abusivas las cláusulas que establezcan la previsión de pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble. En todo caso, en el ámbito de la competencia judicial internacional los regímenes de protección establecidos en los artículos 15-17 Reglamento 44/2001 y CL prevalecen sobre lo dispuesto en el art. 90 LGDCU. Por ello, en ocasiones la sumisión expresa a los tribunales del lugar del cumplimiento de la obligación, pese no ser considerada como abusiva en el art. 90 LGDCU, puede no resultar operativa en el plano internacional, cuando no se dan las circunstancias exigidas en el art. 17 Reglamento 44/2001. Igualmente, habida cuenta de la primacía del Reglamento 44/2001 sobre lo dispuesto en la LGDCU, la sumisión en contratos internacionales a tribunales españoles aunque concurren en éstos las circunstancias para que se repunte abusiva la cláusula (por no estar en España el domicilio del consumidor, el lugar de cumplimiento de la obligación o el lugar de situación del inmueble) en el artículo 90 LGDCU será admisible para atribuir competencia judicial internacional si cumple los requisitos establecidos en el art. 17 Reglamento 44/2001 (o CL) y el Reglamento es aplicable en el caso concreto.

### **III. NORMATIVA APLICABLE A LAS TRANSACCIONES INTERNACIONALES: NUEVAS TENDENCIAS**

#### **1. La revisión del Convenio de Roma y su transformación en Reglamento: ámbito de aplicación.**

19. Ante la expansión de las transacciones de consumo con proveedores situados en países distintos a los del domicilio del consumidor, adquiere especial importancia para garantizar la protección de los consumidores en la contratación electrónica que esa tutela se extienda de manera específica al ámbito de los contratos internacionales, donde en la práctica negocial es habitual la inclusión –típicamente entre sus condiciones generales por la empresa que ofrece los productos o servicios y redacta el contrato- de cláusulas de elección de la ley aplicable que podrían privar al consumidor de tal tutela.

En el seno de la UE esa normativa específica se halla contenida en el artículo 5 CR, que constituye el régimen básico sobre el particular y que será sustituido para los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 por el art. 6 Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, y en las reglas sobre el ámbito de aplicación espacial de las directivas en materia de protección de los consumidores. De acuerdo con el artículo 5 CR, en los contratos celebrados por los

consumidores, la ley aplicable, en defecto de elección conforme al artículo 3 CR, es la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que la celebración del contrato haya sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato. Además, si concurren estas circunstancias, la elección por las partes de la ley aplicable no puede privar al consumidor de la protección que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (que funcionan como estándar mínimo de protección en estos casos).

20. En el marco de la competencia comunitaria para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial civil, en virtud de lo dispuesto en los artículos 61 y ss TCE, uno de los objetivos de las instituciones comunitarias ha sido la actualización y conversión en reglamentos comunitarios de los importantes convenios internacionales de alcance comunitario existentes con anterioridad, el Convenio de Bruselas de 1968 –cuya “comunitarización” tuvo lugar mediante la adopción del Reglamento 44/2001- y el CR. La iniciativa legislativa en lo que concierne a la revisión del CR se produjo mediante la presentación por la Comisión de la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) el 15 de diciembre de 2005<sup>41</sup>. Tras un complejo proceso de elaboración, el 17 de junio de 2008 fue finalmente adoptado el Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>42</sup> (en adelante RRI), que sustituirá al CR para los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (arts. 24 y 28 RRI).

Al igual que el CR, la Propuesta de Reglamento dedicaba su artículo 5 a los contratos de consumo, contemplando la inclusión en esta norma de modificaciones significativas<sup>43</sup>, en gran medida para tratar de lograr el objetivo declarado de adaptar esa norma a las exigencias del comercio electrónico. Por su parte, en el RRI esa norma aparece contenida en su artículo 6, que sólo ha mantenido alguna de las modificaciones introducidas en la propuesta inicial.

21. Una primera modificación se proyecta sobre el ámbito material de aplicación del régimen específico de los contratos internacionales de

---

<sup>41</sup> COM(2005) 650 final.

<sup>42</sup> DOUE L 177/6, de 4.7.2008.

<sup>43</sup> *Vid.* un análisis crítico de ese artículo de la Propuesta en B. Añoberos Terradas, “Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la Propuesta de Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 379-401.

consumo, pues el artículo 5 CR aparece limitado a los contratos de consumo “que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios”, limitación que no figura en el artículo 6 RRI, cuyo ámbito de aplicación material es, por lo tanto, más amplio, pues se aplica a los contratos de consumo con independencia del tipo de contrato de que se trate, siempre que concurren las circunstancias de vinculación espacial que establece su apartado 1 y no pertenezca el contrato a alguna de las categorías que menciona en su apartado 4. Esta modificación contribuye a eliminar posibles dudas acerca de la aplicación del régimen de protección con respecto a contratos muy frecuentes en el entorno electrónico cuya calificación como de suministro de bienes corporales o de servicios podía en ocasiones resultar controvertida. Tal es el caso, por ejemplo, de los contratos de acceso a información, ciertas licencias o acuerdos de utilización de aplicaciones informáticas o bases de datos y de descarga de contenidos digitales<sup>44</sup>.

Sólo las categorías de contratos que menciona en su apartado 4 quedan excluidos del ámbito material del art. 6 RRI. La primera de esas excepciones hace referencia a la no aplicación del régimen de protección a los “contratos de prestación de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente en un país distinto de aquel en el que el mismo tenga su residencia habitual” –art. 6.4.a) RRI que coincide con la excepción prevista en el art. 5.4.b) CR-. La conexión del contrato con el país en el que todos los servicios que constituyen su objeto van a prestarse al consumidor es el fundamento de que en estos casos no se considere apropiado imponer la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor. Al no ser de aplicación el régimen especial del art. 6 RRI, los contratos quedan regidos por las reglas de los arts. 3 y 4. En caso de que el acuerdo incluya la elección de la ley de otro país como aplicable, el art. 9 RRI –relativo a la eficacia de las llamadas leyes de policía del foro y de terceros países- puede servir para fundar la aplicación al contrato de las normas imperativas de protección de los consumidores de la ley del país de prestación de los servicios. En todo caso, con respecto al comercio electrónico, debe destacarse que tratándose de contratos que puedan ser calificados como de prestación de servicios la circunstancia de que los servicios se presten en línea –por ejemplo, mediante el acceso por el consumidor a ciertos contenidos o su descarga- no implica que queden comprendidos en el ámbito de la excepción, pues en la medida en que el consumidor se encuentre en el país de su residencia habitual al tiempo de la prestación del servicio cabe entender que ésta, aunque su concreta

---

<sup>44</sup> Cf. P. Mankowski, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung – Revolution im internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRWiss*, vol. 105, 2006, pp. 120-163, p. 123.

localización resulte controvertida, presenta un nivel de vinculación con ese país que debe llevar a rechazar en el marco del artículo 5 la interpretación de que en tales circunstancias los servicios deben prestarse exclusivamente en un país distinto al de la residencia del consumidor.

El artículo 6.4 RRI deja también al margen del régimen de protección establecido en sus apartados 1 y 2 los contratos de transporte que no sean relativos a un viaje combinado, lo que se corresponde con la presencia de una regla de conflicto específica para los contratos de transporte en el artículo 5 RRI. También quedan excluidos del régimen de protección los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido regulados en la Directiva 94/47/CE. Respecto de los contratos sobre inmuebles, los arts. 4.1.c) y 11.5 RRI conducen normalmente a la aplicación de la ley del lugar de situación del bien, tanto al fondo como a la forma, con respecto a los contratos relativos a derechos reales o al arrendamiento de un bien inmueble, lo que no evitará que se produzcan situaciones de desprotección, especialmente en la medida en que con base en el artículo 3 tenga lugar una elección de la ley aplicable. También se excluyen los contratos celebrados dentro de ciertos sistemas multilaterales regulados en los que se realizan negociaciones como los mercados de instrumentos financieros –art. 6.4.e)-.

Si bien los servicios financieros como servicios y actividades de inversión prestados por un profesional a un consumidor, incluidos los contratos sobre valores negociables y otros instrumentos financieros, se hallan sometidos al régimen del artículo 6 RRI, el inciso d) de su apartado 4 excluye los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero así como 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. Esta exclusión se fundamenta en la conveniencia de evitar que los derechos y obligaciones que constituyen un instrumento financiero queden regidas por varios ordenamientos, para hacer posible su negociación y oferta fungibles, así como en la necesidad de garantizar la uniformidad en los términos y condiciones que constituyen una oferta pública de venta o de suscripción de valores negociables, y una oferta pública de adquisición de valores, así como la suscripción o el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva.

El art. 6.1 RRI define contrato de consumo como el celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional con otra persona que actúe en ejercicio

de su actividad comercial o profesional. En lo que atañe a la caracterización de los contratos como contratos de consumo, el texto de la Propuesta introdujo también como novedad, que aparece incluida en el artículo 6.1 RRI la mención expresa de que el régimen de protección sólo es aplicable en la medida en que el consumidor contrate con un “profesional, que actúe en el ejercicio de su actividad profesional”, recogiendo un criterio ampliamente aceptado en la interpretación del artículo 5 CR, pero no exento de cierta controversia<sup>45</sup>. En el entorno del comercio electrónico, que facilita la comercialización directa por particulares de ciertos bienes, esta disposición conduce a rechazar la posibilidad de aplicar el régimen de protección a aquellos supuestos en los que una persona física adquiere para su uso doméstico un bien de otro particular en lo que se refiere a la relación entre ambos, a la que son de aplicación las reglas generales sobre ley aplicable a los contratos. Sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer que en ocasiones los modelos de negocio utilizados en el comercio electrónico implican que la comercializan directa de bienes entre particulares requiera previamente la celebración por éstos de acuerdos con terceros que sí actúan profesionalmente prestando ciertos servicios de intermediación, de manera que a las relaciones de éstos con consumidores si pueden resultar de aplicación las reglas del artículo 6 RRI.

Por otra parte, como aspecto especialmente desafortunado del texto de la Propuesta destacaba el dato de que reducía el alcance de la protección prevista a los consumidores domiciliados en un Estado miembro, restricción no prevista en el texto del artículo 5CR y que ha sido suprimida durante el proceso de elaboración del RRI, por lo que finalmente el artículo 6 RRI mantiene la situación existente en el marco del CR. Ciertamente, una restricción como la incluida en la Propuesta inicial de la Comisión hubiera conducido de manera injustificada a excluir del régimen de protección todos aquellos contratos de consumo en los que el consumidor tuviera su domicilio en un Estado no comunitario<sup>46</sup>.

22. El artículo 6.1 RRI contempla la sustitución de las circunstancias a las que el artículo 5.2 CR subordina la aplicación de sus reglas de protección<sup>47</sup>, por el requisito de que el profesional dirija sus actividades

---

<sup>45</sup> Vid. L.D. Loacker, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht*, Francfort, Sellier, 2006, pp. 65-73.

<sup>46</sup> Vid., v. gr., S. Leible, “Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand”, *IPRax*, vol. 26, 2006, pp.365-371, pp. 369-370; y D. Solomon, “Verbraucherverträge”, F.Ferrari y S. Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, JWV, 2007, pp. 89-110, p. 96.

<sup>47</sup> Acerca de su interpretación en el entorno del comercio electrónico, vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., pp. 516-520.



por cualquier medio al Estado miembro de la residencia habitual del consumidor o desempeñe sus actividades comerciales en ese país, siempre que el contrato entre en el ámbito de dichas actividades. Esta modificación resulta previsible y apropiada<sup>48</sup>, en la medida en que implica la extensión del criterio ya adoptado en el marco del artículo 15 Reglamento 44/2001, que está mejor adaptado al contexto del comercio electrónico que el texto del artículo 5.2 CR procedente de una época anterior a la expansión del comercio electrónico. En todo caso, la interpretación del nuevo criterio no está exenta de dificultades, si bien en la medida en que coincide con el establecido en el artículo 15 Reglamento 44/2001 cabe remitirse a lo ya dicho en relación con esta norma (núms. 13-17, *supra*).

Como novedad con respecto a la redacción del artículo 15 Reglamento 44/2001, la Propuesta inicial del RRI contemplaba la introducción de un límite tendente a proteger la posición de los empresarios que intervienen en el comercio electrónico previendo que el criterio de la actividad dirigida no opera cuando el profesional ignora el lugar de la residencia habitual del consumidor y esta ignorancia no es imputable a una imprudencia por su parte. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Propuesta, esta cláusula de salvaguardia estaba previsto que pudiera operar cuando el profesional hubiera celebrado un contrato “con un consumidor que ha mentido sobre su lugar de residencia habitual”, si bien aclaraba que correspondía al profesional “garantizar que su formulario tipo le permite identificar el lugar de residencia del consumidor”<sup>49</sup>. De la formulación restrictiva de esta cláusula de protección resultaba que sólo debía operar en situaciones muy limitadas y que su impacto práctico sería muy reducido. Ese inciso fue eliminado en el proceso de elaboración del RRI, por lo que su artículo 6 no lo incorpora. En todo caso, cabe entender que lo determinante es que corresponde al comerciante, en particular cuando pretenda que sus actividades sólo van dirigidas a ciertos países a estos efectos, establecer medidas razonables de control del domicilio del consumidor –y de verificación de los datos que proporciona al respecto-, para lo que en la actualidad puede ser relevante tener en cuenta la creciente disponibilidad de tecnología que facilita con un elevado nivel de fiabilidad el conocimiento por parte del titular de un sitio de Internet del país en el que se encuentra situado el ordenador desde el que el potencial cliente ha accedido al sitio web.

---

<sup>48</sup> Vid. J. Basedow, “Internationales Verbrauchervertragsrecht – Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform”, *Festschrift für E. Jayme*, Munich, Sellier, 2004, pp. 3-23, pp. 21-22.

<sup>49</sup> COM(2005) 650 final, p. 7.

23. Por otra parte, por las circunstancias en las que se establece el contacto entre ambas partes, puede plantear dificultades específicas en la práctica del comercio electrónico el conocimiento del carácter de consumidor de la contraparte, o más exactamente de que esa parte –de acuerdo con la interpretación del TJCE del art. 15 Reglamento 44/2001– contrata con el único objetivo de satisfacer las necesidades de consumo privado de un individuo de modo, de modo que si el contrato presenta algún vínculo con la actividad profesional del interesado es tan tenue que resulta marginal y sólo tiene un papel insignificante en el contexto de la operación global en la que se integra el contrato

A este respecto, resulta de gran importancia el criterio puesto de relieve por el TJCE en el sector de la competencia judicial internacional, al interpretar las reglas del artículo 15 Reglamento 44/2001, en el sentido de que para que un contrato sea considerado de consumo a esos efectos, es necesario que quien contrata con una finalidad personal no tenga un comportamiento que dé la impresión de que actuaba con fines profesionales de manera que la otra parte pueda ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación, como sucedería, por ejemplo, si el particular realiza un pedido utilizando papel con membrete profesional, sin ninguna especificación, de objetos que pueden servir para el ejercicio de su profesión<sup>50</sup>. En el ámbito del comercio electrónico, normalmente el dato de que la dirección de correo electrónico incluya un nombre asociado a una empresa no debe ser normalmente un indicio muy relevante por sí sólo para excluir el carácter de consumidor de quien lo emplea<sup>51</sup>.

## **2. Estructura y funcionamiento del régimen de protección**

24. Para los contratos de consumo que reúnen las condiciones que determinan la aplicación del régimen especial, el artículo 6 RRI mantiene en lo sustancial el tratamiento establecido en el artículo 5 CR, pues la ley aplicable a falta de elección será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual. Además, si bien se admite que las partes puedan elegir la ley aplicable, tal elección no puede menoscabar la protección que las normas imperativas del país de la residencia habitual del consumidor proporcionen a éste. Por lo tanto, en el marco del artículo 6 RRI, al igual que bajo el artículo 5 CR, incluso en los contratos internacionales de consumo a los que se aplica su régimen de protección, las partes son en principio libres de elegir la ley del contrato, si bien la ley elegida sólo se aplica en la medida en que su contenido no prive al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley del país

---

<sup>50</sup> Vid. STJCE de 20 de enero de 2005, as C-464/01, *Gruber*.

<sup>51</sup> Cf., v.gr., L.D. Loacker, *Der Verbrauchervertrag...*, op. cit., p. 144.

en que tenga su residencia habitual. Por lo tanto, la posibilidad de que las partes elijan cualquier ley como ley del contrato, si bien con los condicionantes que resultan de lo dispuesto en el artículo 5.2 CR (6.2 RRI) debe afirmarse, a pesar de que el artículo 90.3 LGDCU RD Legislativo 1/2007 considere como abusivas las cláusulas relativas a “la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”. El artículo 6.2 RRI (5.2 CR) prevalece sobre la LGDCU.

El contenido del artículo 6 RRI es consecuencia de que en el proceso de elaboración del Reglamento se ha optado por no incluir ciertos cambios respecto de la situación en el CR que figuraban en la Propuesta inicial de la Comisión. Así, en particular, el artículo 5 de la Propuesta inicial de Reglamento preveía con carácter general que los contratos a los que resulta aplicable el régimen de protección se hallarían regidos por la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual. Este criterio se alejaba de la solución establecida en el artículo 5 CR en la medida en que excluía por completo la posibilidad de que en esos contratos las partes eligieran la ley aplicable. El motivo para tal evolución se encontraba, según la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, en que proporcionaba una respuesta más sencilla que implicaba menores costes de aplicación al evitar el riesgo de tener que aplicar simultáneamente varios ordenamientos, sin modificar en la práctica sustancialmente la posición del profesional, que en todo caso debe respetar las disposiciones imperativas de los Estados de residencia habitual de sus consumidores, pudiendo en el resto configurar sus contratos como tenga por conveniente en el marco de la autonomía material<sup>52</sup>.

Una modificación en el sentido contemplado en la Propuesta inicial iba unida también a significativas dificultades, que llevan a considerar muy razonable que finalmente el artículo 6 RRI haya optado por no modificar la situación sobre este particular existente en el artículo 5 CR, reafirmando la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a los contratos de consumo así como los límites a la aplicación de la ley elegida por las partes. En particular, el cambio previsto en la propuesta inicial de la Comisión hubiera implicado la necesidad de que los profesionales prestaran una renovada atención al clausulado de sus contratos, pues no serviría ya como elemento homogeneizador de los mismos la inclusión – tan frecuente en la práctica – de una cláusula sobre ley aplicable, pues ésta

---

<sup>52</sup> Más detenidamente, acerca de las ventajas y desventajas de una modificación en ese sentido, *vid.* P. Mankowski, “Art. 5 des Vorschlags...”, *loc. cit.*, pp. 151-159.

ya no sería eficaz ni siquiera con respecto a los aspectos que quedan al margen de las normas imperativas de protección de los consumidores. Además, la exclusión de la posibilidad de elegir la ley aplicable en la práctica podría repercutir negativamente sobre la posición del consumidor, pues la ley elegida en el marco del artículo 5 CR sólo se aplica en la medida en que proporcione un régimen más favorable para el consumidor. Por último, este cambio también habría dificultado la uniformización a escala internacional, ya que no es habitual en el ámbito comparado la exclusión total de la autonomía conflictual en los contratos de consumo, si bien cabe apreciar una creciente influencia del sistema de protección instaurado en el artículo 5 CR.

25. Desde la perspectiva comparada, cabe apreciar que el modelo comunitario del artículo 5 CR, que favorece la posición de los consumidores, típicamente ha sido rechazado por importantes sectores empresariales en el ámbito del comercio electrónico, que favorecen el llamado criterio de origen, es decir la aplicación de la ley del domicilio del profesional, como opción necesaria para el desarrollo del comercio electrónico, en la medida en que facilita la posibilidad de dirigir simultáneamente la actividad comercial a una pluralidad de mercados. De hecho, en el plano comparado, la solución al respecto adoptada en el modelo comunitario, no se ha impuesto con carácter general, siendo muchos los sistemas que no incorporan reglas específicas sobre ley aplicable a los contratos de consumo.

No obstante, con el paso de los años se observa una creciente influencia del modelo comunitario, basado en el respeto al estándar de protección de la normativa de protección de los consumidores del país del domicilio del consumidor en los contratos internacionales en los que el consumidor es captado en su mercado doméstico. Entre los fundamentos de la expansión de este criterio se encuentran algunos económicos, pues junto a la idea tradicional de que como un consumidor sólo interviene en transacciones internacionales de manera ocasional, mientras que los profesionales lo hacen habitualmente, lo racional es que éstos deban asumir el coste de averiguar el contenido de la legislación extranjera, se ha puesto también de relieve que, frente a la idea tradicionalmente defendida por la industria, las soluciones de DIPr basadas en la aplicación de la ley del domicilio del consumidor (combinada o no con la posibilidad de elegir como ley aplicable la de otro país en la medida en que no menoscabe los derechos que atribuye al consumidor la ley de su domicilio) son las que en mayor medida contribuyen al desarrollo del comercio electrónico transfronterizo.

En este sentido, en la medida en que la falta de confianza por parte de los consumidores es el principal obstáculo para la expansión de la

contratación electrónica internacional y su generalización en el ámbito de las transacciones de consumo, la superación de esa desconfianza se convierte en un objetivo especialmente relevante para el diseño de respuestas de DIPr eficientes. Parece razonable que el recurso a reglas de conflicto basadas en la aplicación de la ley del domicilio del consumidor opera como incentivo para que los Estados adopten mecanismos eficientes de protección de los consumidores y favorece la confianza de éstos en el comercio electrónico<sup>53</sup>.

26. Precisamente también en el plano normativo se observa en el sistema de EEUU, tradicionalmente considerado hostil al modelo conflictual de protección de los consumidores instaurado en el artículo 5 CR, una aproximación a los criterios imperantes en el CR y ahora en el RRI, si bien esta evolución se ha manifestado sobre todo en el contenido de ciertas reglas que no tienen carácter vinculante sino que están destinadas a ser modelo para los legisladores estatales (típicamente las reglas de conflicto en EEUU tienen carácter estatal y no federal) y hasta el momento su influencia sobre los derechos estatales ha sido muy limitado<sup>54</sup>.

Cabe reseñar, en primer lugar, que la sección 109 UCITA establece que la elección por las partes de la ley aplicable al contrato no será efectiva en la medida en que menoscabe la aplicación de reglas imperativas sobre contratos de consumo del país cuya ley sería aplicable en defecto de elección<sup>55</sup>. Por lo tanto, la UCITA prevé un régimen específico que refuerza la posición de los consumidores, si bien la protección no es tan intensa como la que resulta de los artículos 5 CR y 6 RRI<sup>56</sup>. Especialmente significativa resulta la evolución en ese sentido experimentada por el UCC

---

<sup>53</sup> Vid. E.A. O'Hara, "Choice of Law for Internet Transactions: The Uneasy Case for Online Consumer Protection", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, pp. 1883-1950, pp. 1940-1948.

<sup>54</sup> En relación con la UCITA, vid. S.T. Wu, "Uniform Computer Information Transactions Act: Failed to Appease its Opponents in Light of the Newly Adopted Amendments", *Southwestern University Law Review*, vol. 33, 2004, pp. 307-326, pp. 309-311.

<sup>55</sup> Vid. B.H. Kobayashi y L.E. Ribstein, "Uniformity, Choice of Law and Software Sales", *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 8, 1999, pp. 261-306, pp. 299-302.

<sup>56</sup> La UCITA fija como estándar mínimo de protección el establecido en la ley aplicable en defecto de elección, lo que, en virtud de sus reglas sobre el particular, conduce en muchas situaciones a la ley de la sede de la empresa con la que contrata el consumidor, por ejemplo, en los contratos de acceso o de suministro de copias en línea, si bien tratándose de contrato de consumo que requieran la entrega de una copia en soporte tangible al consumidor prevé que la ley aplicable será la del lugar en la que el bien se entrega al consumidor, vid. K. Patchel, "Choice of Law and Software Licenses: A Framework for Discussion", *Brook. J. Int'l. L.*, vol. XXVI, 2000, pp. 117-186, pp. 159-166.

y ello pese a que en el ámbito material la inclusión de normas específicas de protección de los consumidores ha sido muy limitada en el UCC<sup>57</sup>.

Esta normativa uniforme incluyó en su versión original ciertas reglas generales sobre la ley aplicable a las transacciones reguladas en el UCC en su sección I-105, según las cuales la ley del foro resulta de aplicación siempre que el UCC haya sido adoptado por ese Estado y la transacción presente una “relación apropiada” con él, salvo que las partes hayan elegido la ley de otro Estado con el que la transacción presente una “relación razonable”, sin prever un tratamiento específico para los contratos de consumo<sup>58</sup>. La revisión del UCC de 2002 lleva a cabo una importante modificación de sus reglas generales sobre ley aplicable, que aparecen contenidas ahora en la sección I-301, según la cual en las transacciones mercantiles las partes son libres de elegir la ley aplicable, pudiendo designar como tal la de cualquier Estado o nación, incluso si la transacción no presenta conexión alguna con ese territorio. Pero además, como novedad destacada, incluye reglas específicas sobre contratos de consumo, que fijan límites específicos a la autonomía de la voluntad en el marco de tales contratos, pues en los contratos de consumo sólo cabe que las partes elijan como aplicable la ley del Estado o país de la residencia habitual del consumidor o de aquel en el que los bienes o servicios han de ser entregados o prestados al consumidor o van a ser usados por éste o a persona quien designe.

Las normas sobre el particular, que van más allá de lo establecido en la UCITA, en buena medida se aproximan a las del artículo 5 CR<sup>59</sup>, al que se hace referencia de manera específica como fuente de inspiración en los trabajos previos, y conducen a resultados muy próximos<sup>60</sup>. En todo caso el impacto uniformizador de estas nuevas reglas del UCC en el sistema de EEUU resulta todavía muy limitado y su contenido muy controvertido. De momento los Estados han tendido a rechazar la inclusión en sus legislaciones de las reglas específicas sobre ley aplicable a

---

<sup>57</sup> Vid. C. Edwards, “Article 2 of the Uniform Commercial Code and Consumer Protection: the Refusal to Experiment”, *St. John's L. Rev.*, vol. 78, 2004, pp. 663-723, pp. 711-718.

<sup>58</sup> Vid. M. Rheinstein, “Conflict of Laws in the Uniform Commercial Code”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 16, 1951, pp. 114-140, pp. 114-115. Tampoco el segundo *Restatement* al regular la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual en su sección 187 incorpora un régimen específico para los contratos de consumo.

<sup>59</sup> Vid. W.J. Woodward Jr., “Contractual Choice of Law: Legislative Choice in an Era of Party Autonomy”, *Southern Methodist University Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 697-783, pp. 731-733.

<sup>60</sup> Cf. N. Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, pp. 31-91, pp. 64-65.

los contratos de consumo de la nueva versión del UCC, optando por mantener la norma sobre ley aplicable de la versión previa<sup>61</sup>.

### **3. Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios**

27. Como complemento a las reglas del artículo 5 CR, ciertas Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores han establecido reglas específicas sobre su aplicabilidad a las transacciones internacionales, que imponen el respeto a la protección dispensada por sus normas en todo contrato que presente un vínculo estrecho con los Estados miembros de la UE.

Entre otras, así sucede en el artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores, que exige la aplicación de protección dispensada por sus normas a todo contrato que presente un vínculo estrecho con los Estados miembros; como también hace el artículo 12.2 de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, el artículo 7.2 de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y el artículo 12.2 de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Al prever su aplicación cuando el contrato presente un vínculo estrecho con algún Estado miembro, las directivas incorporan una noción más flexible que los criterios de vinculación del artículo 5.2 CR (6.1 RRI). El fundamento de estas reglas de las Directivas sobre el ámbito de aplicación espacial de las normas armonizadas es básicamente garantizar que ese régimen de protección se proyecta sobre los contratos de consumo excluidos del régimen del artículo 5 CR (6 RRI) y, en particular, sobre los consumidores activos intracomunitarios (los que teniendo su domicilio en un Estado de la UE contratan encontrándose en otro Estado miembro de la UE), para completar la protección que el artículo 5 CR proporciona a los consumidores pasivos<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Vid. “Symposium: Emerging Trends in Commercial Law: Surviving Tomorrow's Challenges: Panel 3: Article 1 and Article 2A: Changes in the Uniform Commercial Code Regarding General Provisions of Sales and Leases”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, vol. 2, 2004, pp. 691-705, pp. 693-694.

<sup>62</sup> Vid. B. Añoveros Terradas, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003, pp. 128-130; y STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Comisión c. España*, C-70/03, ap. 30.

La precisión de esa categoría flexible –“vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro”- corresponde en principio a los legisladores nacionales, y en realidad su transposición en las legislaciones nacionales ha tenido lugar a través de normas diversas cuya interacción con el artículo 5 CR (6 RRI) resulta particularmente problemática<sup>63</sup>. El criterio empleado, que pretende asegurar la aplicación del estándar de protección establecido en las normas de armonización, favorece al ser incorporado en las legislaciones nacionales, que un supuesto quede potencialmente comprendido en el ámbito de aplicación imperativa de una pluralidad de legislaciones nacionales, en la medida en que éstas se declaren aplicables siempre que el supuesto presente un vínculo estrecho con el territorio de un Estado de la UE, generando incertidumbre acerca de qué concreta legislación nacional de las varias que se declaren aplicables debe ser aplicada en el caso (por ejemplo, cuando el contrato presenta vínculos más estrechos con el territorio de otro Estado miembro de la UE que con el foro)<sup>64</sup>.

Además, este enfoque pone en riesgo el grado de uniformización alcanzado en el CR y supone una fuente adicional de inseguridad jurídica, por lo que cabe lamentar que el proceso de revisión del CR no haya ido unido a un esfuerzo de mayor alcance por unificar en el marco del artículo 5 CR el régimen de protección de los consumidores en la contratación internacional, superando la fragmentación existente entre el artículo 5 CR y las reglas sobre el ámbito espacial de imperativa aplicación de las directivas de protección de los consumidores.

28. Pese a la sustancial identidad del contenido de las mencionadas reglas de las Directivas sobre el ámbito de aplicación de sus normas, el legislador español ha recurrido a soluciones diferentes según los casos. La evolución estuvo marcada por la tramitación en el ámbito comunitario de un procedimiento por incumplimiento frente a España (aunque en otros Estados miembros la transposición de esas reglas de la Directivas también había dado lugar a resultados muy insatisfactorios y cuestionables), que culminó en la STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Comisión c. España*, as. C-70/2003. En esta sentencia el TJCE declaró, entre otras cuestiones, que las normas empleadas para transponer al ordenamiento español el artículo 6.2 Directiva 93/13/CE, contenidas por aquel entonces en el artículo 10.bis.3 y en la disp. dic. 1.ª.V.28 LGDCU de 1984 combinadas con el artículo 3 LCGC, determinaban un ámbito de aplicación de la LGDCU insuficiente

---

<sup>63</sup> Vid. K. Bitterich, “Die kollisionsrechtliche Absicherung der AGB-Richtlinie (Art 6 Abs 2): Rechtszersplitterung statt Kollisionsrechtseinheit in Europa”, *ZfRV*, 2002, pp. 123-132, pp. 125-131.

<sup>64</sup> Vid. W.G. Paefgen, “Kollisionsrechtlicher...”, *loc. cit.*, pp. 277-278.



para satisfacer el mandato del artículo 6.2 de esa Directiva, por lo que declaró su incumplimiento por España, al no haber adaptado plenamente el Derecho español a esa norma.

El TJCE consideró que resultaba insuficiente el criterio del artículo 10 bis apartado 3 LGDCU de 1984, que preveía la aplicación de sus normas, con independencia de la ley elegida por las partes, en los términos del artículo 5.2 CR, combinado con el artículo 3 LCGC párrafo segundo, según el cual sus normas son de aplicación, incluso si la ley elegida es una extranjera, cuando el adherente ha emitido su declaración negocial en territorio español y tiene en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales. El TJCE consideró inadecuado el régimen resultante de estas normas, por entender que la remisión al artículo 5 CR podía resultar insuficiente en la medida en que éste sólo contempla ciertos contratos, mientras que el ámbito material de la directiva 93/13 incluye todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. Asimismo, también el TJCE entendió que el empleo de una combinación de criterios de conexión previamente definidos -como los requisitos acumulativos de la residencia y celebración del contrato- no es una técnica suficiente para delimitar todos los supuestos que presentan un vínculo estrecho con la UE<sup>65</sup>.

29. Precisamente, dar cumplimiento a las exigencias de la declaración de incumplimiento en la transposición del artículo 6.2 de esa Directiva fue uno de los objetivos esenciales de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modificó las reglas sobre el ámbito de aplicación en el espacio de la legislación española sobre protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. Esa reforma llevó a cabo una modificación del apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984, que pasó a establecer como criterio general el mismo que emplean las normas reseñadas de las directivas, pues establece que: “Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo”.

Habida cuenta de la indeterminación de este criterio, a continuación el propio apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 una vez reformado se limitaba a identificar ciertas situaciones en las que considera que se satisface ese estándar, al concretar que: “Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico

---

<sup>65</sup> Vid. STJCE de 9 de septiembre de 2004, *Comisión c. España*, C-70/03, aps. 33-34.

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.” El criterio incorporado en el apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 reformado por Ley 44/2006 ha sido con posterioridad recogido también en el artículo 3 Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros para llevar a cabo la transposición del artículo 12.2 de la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002

30. La formulación de esta regla tiene la ventaja de ser respetuosa con el mandato de las directivas incorporadas al Derecho español, pues se limita a reproducir su contenido, seguido de una aclaración que no tiene carácter exhaustivo, por lo que no excluye que en todos los demás supuestos en que resulte apropiado se aprecie también la existencia del vínculo estrecho determinante de la aplicación imperativa de esas normas. Además, frente a la situación anterior, cabe apreciar la posibilidad de que esta misma formulación determine el ámbito espacial de imperativa aplicación de otras leyes de transposición de las directivas de protección de los consumidores, pues el párrafo segundo del artículo 3 LCGC, en la redacción que le da la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, se remite expresamente al apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 para determinar el ámbito de aplicación de la LCGC cuando el adherente sea un consumidor.

No obstante, condicionado por las carencias del texto de las directivas sobre este particular, la formulación dada al apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 en la Ley 44/2006 tampoco está exento de ciertas dificultades. Por una parte, aunque lo que se pretende es asegurar la aplicación del estándar de protección armonizado, esta norma no contempla la posibilidad de que, presentando el contrato vínculos estrechos con el territorio de un Estado miembro del EEE, concurren circunstancias que hagan apropiado que las normas de protección de los consumidores aplicables no sean las de la legislación española sino la de otro Estado miembro, por ejemplo, por presentar vínculos claramente más estrechos con ese otro país del EEE.

Por otra parte, el último inciso de ese apartado 3, que singulariza ciertos supuestos en los que considera que concurre el vínculo estrecho con un Estado miembro que determina la imperativa aplicación de las normas de protección de los consumidores incluso si las partes han elegido como aplicable una ley extranjera, emplea una formulación que se vincula claramente con la del artículo 15.1.c) Reglamento 44/2001, y se funda en un criterio especialmente apropiado para el ámbito del comercio

electrónico, como es el de la actividad dirigida, y que es razonable<sup>66</sup>, al igual que su precisión sobre los contratos relativos a bienes inmuebles, de manera que en su conjunto representa un avance con respecto a la situación anterior y otras normas previas como el artículo 13 LGVBC (Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo) que transpuso el artículo 7.2 Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, como se detallará más adelante.

Ahora bien, ese último inciso, en la medida en que sólo va referido a ciertos supuestos en los que considera que concurre ese vínculo estrecho plantea también ciertas dificultades. En concreto, cabe entender que –en línea con el art. 15 Reglamento 44/2001– tal vez resultaría apropiado limitar la constatación de ese vínculo estrecho –sin excluir que pueda darse en otras situaciones– cuando además de que el profesional dirija sus actividades a uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo concorra también el dato de que el consumidor tenga su domicilio en un Estado miembro. Cuando un profesional domiciliado en un Estado no comunitario dirige sus actividades a una pluralidad de países, incluidos alguno o algunos de la UE (o, con más precisión, del Espacio Económico Europeo) así como terceros Estados, parece claro que los contratos que celebre con personas domiciliadas en esos terceros Estados quedarán normalmente al margen del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de protección de los consumidores, por lo que una interpretación del apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 reformado por la Ley 44/2006 conforme con la directiva que pretende transponer y con el alcance propio del Derecho comunitario<sup>67</sup> debe llevar a rechazar la aplicación imperativa de las normas de la LGDCU a tales contratos, salvo que excepcionalmente se aprecie en el caso concreto la existencia de un vínculo estrecho con el Espacio Económico Europeo.

#### **4. RD Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias**

31. El RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, tiene su origen en la disposición final quinta de la referida Ley 44/2006, que incluyó una habilitación al Gobierno para refundir en un único texto la LGDCU y las normas de transposición de las directivas sobre protección de los

---

<sup>66</sup> Vid. J.I. Paredes Pérez, “La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta de *lege ferenda*”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 87-114, pp. 104-111.

<sup>67</sup> En relación con la normativa alemana de transposición de las directivas sobre protección de los consumidores, *vid.* W.G. Paefgen, “Kollisionsrechtlicher...”, *loc. cit.*, pp. 276-277.

consumidores que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales afectados<sup>68</sup>. Con respecto a la determinación del ámbito espacial de aplicación de las normas de protección de los consumidores contenidas en el RD Legislativo resulta ahora clave el artículo 67 LGDCU, que lleva precisamente por título “Puntos de conexión”. El apartado 1 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007 determina el ámbito de aplicación espacial de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en sus artículos 82 a 91. Ese apartado del artículo 67 reproduce el contenido del apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 reformado por la Ley 44/2006, por lo que sirve para su interpretación y valoración lo dicho en el apartado precedente con respecto a esa norma.

No obstante, la referencia específica en el apartado 1 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007 a la necesaria aplicación de sus artículos 82 a 91 puede suscitar algunas dudas acerca de la técnica de transposición empleada por el legislador español. De una parte, las normas de las Directivas –como el artículo 6.2 Directiva 93/13– sólo requieren que los Estados adopten medidas que aseguren que el consumidor no se ve privado de la protección que ofrece la Directiva “por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato”. Por el contrario el artículo 67.1 LGDCU RD Legislativo 1/2007 se refiere a “cualquiera que sea la ley elegida por las partes”, por lo que en principio no discrimina en función de que el Estado cuya ley haya sido elegida sea miembro o no.

En el primer caso, que el artículo 6.2 Directiva 93/13 no contempla, el interés por salvaguardar la aplicación del nivel de protección establecido en la Directiva sólo estaría justificado en situaciones excepcionales en las que la ley elegida fuera la de un Estado miembro que, debido a la ausencia de una correcta transposición de la Directiva, no garantizara ese nivel de protección. En todo caso, la ausencia de una previsión al respecto en el artículo 6.2 Directiva 93/13 plantea dudas acerca de la compatibilidad de que en su transposición se haya alterado el alcance de la norma, menoscabando la normal aplicación del CR, si bien éste también admite el recurso excepcional al orden público del foro como mecanismo último de salvaguarda. La referencia en concreto a los artículos 82 a 91 RD Legislativo 1/2007 dificulta una comprensión del artículo 67.1 LGDCU RD Legislativo 1/2007 como una norma que en esos casos –de elección de la ley de un Estado miembro que carezca de una correcta transposición– habilita la aplicación de las normas de transposición del Estado miembro que, garantizando el nivel de

---

<sup>68</sup> Una habilitación similar había sido incluido previamente en la disposición final cuarta de la LGVBC.

protección establecido en la Directiva, presenta una mayor vinculación con el supuesto, como se propuso con respecto a la normativa anterior<sup>69</sup>.

Por otra parte, habida cuenta de que la Directiva sólo exige que el mecanismo de protección asegure que el consumidor “no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva”, no debería operar cuando la ley elegida sea la de un Estado que proporcione un nivel de protección equivalente o superior. Pese a que pueda resultar un aparente obstáculo<sup>70</sup> la referencia concreta a que los artículos 82 a 91 LGDCU RD Legislativo 1/2007 serán de aplicación cuando concurren las circunstancias que detalla, la interpretación de la norma de conformidad con la Directiva debe llevar a que esos artículos operen únicamente como un estándar mínimo de protección que no implica que dejen de aplicarse (en perjuicio del consumidor) las normas más favorables para el consumidor contenidas en la ley válidamente elegida por las partes.

32. Frente a lo dispuesto en su apartado 1, el apartado 2 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007 utiliza para delimitar el ámbito de aplicación en el espacio de las normas de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (artículos 92 a 106) y de garantías (art. 114 a 126) criterios que resultan mucho más problemáticos. Aunque el punto de partida es el mismo, pues el primer párrafo del artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007 se limita a reproducir –al igual que el primer párrafo del apartado primero– las reglas de las directivas correspondientes, al afirmar que esas normas serán aplicables, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Sin embargo, los criterios utilizados para concretar, sin carácter exhaustivo, cuándo está presente tal vínculo estrecho son muy diferentes de los empleados en el apartado primero. Esos criterios tampoco son novedosos, pues el artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007 reproduce la técnica utilizada en su momento en el artículo 13 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (LGVBC), mediante el cual se traspuso al Derecho español el artículo 7.2 Directiva 1999/44/CE. El artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007 contempla la aplicación de esos criterios no sólo con respecto a las normas sobre garantías sino también para las relativas a contratos a distancia.

---

<sup>69</sup> Vid. M. Gardeñes Santiago, “Nota a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 766-771, p. 768.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 768.

33. A diferencia de lo señalado con respecto al apartado 1 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007 y su antecedente, el apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 reformado por la Ley 44/2006, la valoración del apartado 2 del artículo 67 RD Legislativo 1/2007, al igual que la de su antecedente en el artículo 13 LGVBC, no puede ser positiva. Los criterios que emplea el artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007 para determinar la imperativa aplicación en el espacio de sus reglas pueden ir mucho más allá de lo exigido para dar cumplimiento al mandato del artículo 7.2 Directiva 1999/44/CE sobre garantías, así como del artículo 12.2 Directiva 97/7 sobre contratos a distancia. Las normas relevantes de ambas Directivas obligan, como en otras Directivas, a adoptar las medidas necesarias para que, cuando el contrato “presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros” el consumidor no se vea privado de la protección conferida en esa Directiva aunque la ley del contrato elegida por las partes sea la de un Estado no miembro. Más allá de ese mandato, el artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007 (y previamente el artículo 13 LGVBC) establece que sus normas serán siempre aplicables “cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la UE, 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 UE o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la UE”. Por lo tanto, los elementos retenidos, que no tienen carácter exhaustivo, determinan, según la redacción de esa norma, que de concurrir cualquiera de ellos deba apreciarse que existe el vínculo estrecho que determina que sean aplicables las normas españolas en los términos del artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007, si bien dado su alcance y la función de esa norma lo apropiado sería que esos elementos actuaran si acaso como meras presunciones de vinculación<sup>71</sup>

Varios de los criterios establecidos en el artículo 67.2 LGDCU RD Legislativo 1/2007 atribuyen a la legislación española un ámbito de aplicación excesivo e injustificado<sup>72</sup>. Tal puede ser la situación en supuestos en los que se considera fundamento suficiente para aplicar las normas de esa ley el que simplemente se trate de un bien que haya de utilizarse en un Estado miembro o que una de las partes sea un ciudadano de cualquier Estado de la UE. En la medida en que se trate de supuestos en los que el consumidor sea un consumidor activo en mercados

---

<sup>71</sup> Vid. M. Requejo Isidro, “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y derecho nacional”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 257-288, p. 287.

<sup>72</sup> Más ampliamente, sobre las deficiencias del artículo 13 LGVBC, al hilo de sus reglas sobre eficacia vinculante de la publicidad, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 300-303.

extracomunitarios y, por lo tanto, no sea en absoluto captado en el mercado español (o en el de otro Estado miembro de la UE), sino que, por ejemplo, el consumidor se desplace al extranjero y en el marco de su estancia en el extranjero adquiera ciertos bienes que además le sean entregados en el extranjero o concluya ciertos contratos que se ejecuten únicamente en el extranjero, cabe entender que no concurrirá normalmente la vinculación estrecha exigida por las Directivas. De hecho, es posible considerar que esa ausencia de vinculación se producirá normalmente en las situaciones en las que el contrato no se concluya en el marco de las actividades comerciales que la empresa dirija a España (u otro Estado de la UE), de manera que en esos supuestos no se justificaría la aplicación de la normativa de protección de los consumidores española (o europea), sino que en principio la ley aplicable por los tribunales españoles a ese contrato debe determinarse conforme a las reglas generales del CR y, para los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, del RRI.

34. Al cuestionar el criterio incorporado en el apartado 2 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007 varios datos adicionales resultan de interés. El precepto considera determinante ese criterio no sólo para fijar el ámbito espacial de aplicación de las normas sobre garantías sino también sobre contratación a distancia de sus artículos 92 a 106. Ahora bien, la Ley 22/2007 sobre contratación a distancia de servicios financieros, adoptada poco más de tres meses antes y que traspone el artículo 12.2 de la Directiva 2002/65/CE, optó por seguir el modelo, mucho más apropiado, del apartado 3 del artículo 10 bis LGDCU de 1984 reformado por la Ley 44/2006 que se corresponde, como ya ha quedado señalado, con lo dispuesto en el artículo 67.1 LGDCU RD Legislativo 1/2007. No parece apropiado que la transposición de reglas iguales relativas al ámbito de aplicación de directivas sobre contratación a distancia (Directiva 97/7 y Directiva 2002/65) se lleve a cabo mediante el recurso a criterios sustancialmente diferentes y sin que ello sea objeto de justificación. En todo caso, los problemas derivados del empleo de los criterios establecidos en el apartado 2 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007, que han sido ya puestos de relieve, determinan que esa opción resulte inapropiada tanto con respecto a los contratos de garantía como en relación con los contratos a distancia.

Por último, la adaptación en el RRI del artículo 5.2 CR al criterio adoptado en su momento en el artículo 15.1.c) Reglamento 44/2001, que ha sido ya objeto de análisis, responde a un enfoque según el cual el nivel de vinculación con el país del domicilio del consumidor que es presupuesto de la aplicación del régimen de protección concurre típicamente en situaciones en las que las actividades de la empresa

establecida en el extranjero van dirigidas al mercado doméstico del consumidor. En la medida en que las disposiciones específicas de las directivas sobre la imperativa aplicación de sus normas van referidas a situaciones en las que el contrato mantiene una estrecha relación con el territorio del EEE, el empleo en la normativa de transposición de un criterio como el seguido en el apartado 1 del artículo 67 LGDCU RD Legislativo 1/2007 favorece, a diferencia de lo que ocurre con el enfoque seguido en su apartado segundo, la coordinación con las normas generales sobre ley aplicable y sobre competencia judicial internacional.