

**CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO: DESARROLLOS
RECIENTES**

*

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación (Libro Homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente), Madrid, Iprolex, 2020, pp. 207-221.

ISBN: 978-84-941055-9-3

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

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

CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: DESARROLLOS RECIENTES

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. Interacción entre las Directivas 2019/770 y 2019/771 y la cooperación judicial civil. III. Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y Reglamento Bruselas I bis. IV. Instrumentos financieros y Reglamento Bruselas I bis. V. Reglamento Roma I y comercialización de fondos de inversión. VI. Tratamiento de los contratos de prestación de servicios en línea.

I. Introducción

Una vez consolidado en el ámbito del Derecho internacional privado (DIPr) de la UE un sistema de elevada protección de los consumidores en la contratación internacional¹, resulta obligado prestar atención tanto a la incidencia sobre el mismo de la evolución del marco sustantivo en la materia como al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tendente a asegurar su interpretación uniforme.

Es conocido que los elementos básicos del marco normativo del DIPr de la UE en materia de contratación de consumo resultan de lo dispuesto en el Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis o RBlbis) y en el Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I o RRI). La presente contribución tiene por objeto reseñar la repercusión en este sector de la adopción en el seno de la UE de nuevas normas materiales de armonización en el ámbito de los contratos de consumo durante el año 2019, así como valorar las principales aportaciones realizadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante los últimos meses a la interpretación de las normas relevantes del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma I.

En concreto, las nuevas normas de armonización, que constituyen el mayor logro del legislador de la UE en esta materia en la última década, se hallan recogidas en dos Directivas en materia de consumidores especialmente relevantes, como son la Directiva

¹ Vid. J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 81-84 y 160-182.

(UE) 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales² y la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que deroga la Directiva 1999/44/CE³.

II. Interacción entre las Directivas 2019/770 y 2019/771 y la cooperación judicial civil

Tanto la Directiva (UE) 2019/770 como la Directiva (UE) 2019/771 están en gran medida destinadas a hacer frente a las dificultades que para el comercio electrónico (intracomunitario) derivan del artículo 6 del Reglamento Roma I, en relación con la fragmentación existente entre los Estados miembros en materia de normas imperativas sobre contratos de consumo. Es conocido que el régimen de Derecho aplicable previsto en el artículo 6 RRI determina que, para los contratos de consumo comprendidos en su ámbito de aplicación, cuando la empresa dirige su actividad a varios Estados miembros deba respetar las normas imperativas de protección de los consumidores de cada uno de esos Estados. En virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 6 RRI, aunque el comerciante pueda prever la elección de la ley de un único país como aplicable a todos sus contratos, esa elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo. El considerando 4 de la Directiva (UE) 2019/770 y el considerando 7 de la Directiva (UE) 2019/771 hacen referencia a los costes que ello implica para las empresas que ofrecen contenidos y servicios digitales o comercializan productos en varios Estados miembros, en la medida en que requiere que tengan en cuenta una pluralidad de legislaciones nacionales.

Para hacer frente a esa situación, las dos nuevas Directivas no modifican los instrumentos de DIPr, cuya aplicación salvaguardan, con referencia expresa a que las disposiciones de cada una de estas Directivas no deben aplicarse en perjuicio, en particular, del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma I⁴. Por ejemplo, en relación con el derecho de repetición del empresario frente a otras personas responsables en la cadena de transacciones anteriores, los artículos 20 de la Directiva (UE) 2019/770 y 18 de la Directiva (UE) 2019/771 se remiten al "Derecho nacional" para la determinación de quién es responsable y las acciones disponibles. Al no afectar las Directivas a la aplicación de las normas de DIPr, ni incorporar normas adicionales en la materia, la determinación del Derecho nacional en cada caso aplicable habrá de hacerse de conformidad con las reglas de conflicto relativas a la relación entre el empresario y el tercero en cuestión.

Con el propósito de reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad del marco contractual, tanto para los consumidores como para las empresas, las Directivas

² DO L 136/1, 22.5.2019.

³ DO L 136/28, 22.5.2019.

⁴ Considerando 80 de la Directiva (UE) 2019/770 y considerando 65 de la Directiva (UE) 2019/771.

armonizan de manera plena mediante normas imperativas ciertos aspectos de la protección de los consumidores en relación con el suministro de contenidos o servicios digitales, en particular, lo relativo a la obligación de suministro, determinados requisitos de los contratos de compraventa con consumidores, la conformidad de los contenidos o servicios digitales, la conformidad de los productos, la responsabilidad del empresario, las medidas correctoras en caso de incumplimiento o falta de conformidad, el régimen del derecho de resolución del contrato, la modificación de los contenidos o servicios digitales, las garantías comerciales así como el derecho de repetición del empresario frente a terceros.

Por lo tanto, para reducir de manera significativa la fragmentación actual entre las legislaciones de los Estados miembros los nuevos instrumentos llevan a cabo una armonización plena de las legislaciones nacionales en las materias que regulan, de modo que expresamente excluyen la posibilidad de que los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones más o menos estrictas que las previstas en la Directiva correspondiente (art. 4 de ambos instrumentos). Además, como consecuencia del carácter imperativo de sus normas, las nuevas Directivas expresamente prevén que no será vinculante para el consumidor ninguna cláusula contractual que, en su perjuicio, excluya la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la Directiva correspondiente. Por el contrario, las Directivas no excluyen que los empresarios ofrezcan a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la Directiva (arts. 22 de la Directiva (UE) 2019/770 y 21 de la Directiva (UE) 2019/771). Tampoco excluyen las Directivas que los Estados miembros extiendan la protección que proporcionan a los consumidores a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores, como, por ejemplo, pymes⁵. Es claro que las diferencias que puedan existir a partir de la libertad atribuida a los Estados miembros a este respecto no debe afectar a la aplicación de las normas de protección de los consumidores del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma I, en los que la delimitación del concepto de consumidor es autónoma e independiente del contenido de las legislaciones nacionales.

En la medida en que no afectan al RRI, las Directivas no impiden que las partes en los contratos internacionales de consumo, incluso los comprendidos en el artículo 6 RRI, puedan elegir la ley aplicable. Al redactar la cláusula de elección será preciso tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que una cláusula de elección de ley aplicable puede resultar abusiva en la medida en que se limite, por ejemplo, a la mera designación de la ley del establecimiento del vendedor como aplicable, si en el caso concreto esa formulación no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible conforme al artículo 5 de la Directiva 93/13. En concreto, la cláusula será abusiva en la medida en que induzca a error al consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado designado (incluso si es un Estado miembro), sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6.2 del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las

⁵ Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/770 y considerando 21 de la Directiva (UE) 2019/771.

disposiciones imperativas del Derecho del país de la residencia habitual del consumidor⁶.

En todo caso, cuando la ley elegida sea la de un Estado miembro, la consecuencia principal de las Directivas (UE) 2019/770 y (UE) 2019/771 en relación con los consumidores residentes en la UE es que, habida cuenta de la armonización plena que llevan a cabo, normalmente en las materias que regulan no será preciso analizar si la ley elegida acarrea, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de protección de los consumidores del país de su residencia habitual. No obstante, en materias que no son objeto de las Directivas esa salvaguarde seguirá resultando necesaria.

De cara al futuro, en el ámbito intracomunitario en aras de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica, una generalización del alcance de la armonización de máximos en el sector de la contratación de consumo podría llevar a facilitar una revisión legislativa en el sentido de que cuando las partes eligen como ley aplicable la de un Estado miembro, dicha ley se aplique sin la restricción prevista en el artículo 6.2, es decir, sin tener que contrastar si existen normas imperativas más protectoras en el país de la residencia habitual del consumidor. Un avance en ese sentido que favorecería la seguridad y previsibilidad jurídica y la reducción de costes empresariales únicamente estaría justificado en caso de que el progreso en la armonización material asegure la aplicación de un nivel suficiente de protección por el mero hecho de que la ley de un Estado miembro sea la ley aplicable al contrato internacional de consumo de que se trate.

Cuando la ley designada como aplicable al contrato sea la de un Estado tercero, en línea con el carácter universal del Reglamento Roma I (art. 3), en principio la adopción de las Directivas (UE) 2019/770 y (UE) 2019/771 no afecta a la exigencia de verificar que la elección de esa ley no acarrea, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas en materia de contratos de consumo del país de su residencia habitual (incluidas, en su caso, las de transposición de la Directiva correspondiente), de lo que deberá informarse al consumidor en la cláusula, de acuerdo con lo ya señalado. Habida cuenta de que estas Directivas no excluyen que los empresarios ofrezcan a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la Directiva, nada impide que tal resultado sea consecuencia de la elección de la ley de un país tercero (por ejemplo, la de residencia habitual del proveedor del servicio) que establezca una protección más elevada.

Al regular el carácter imperativo de sus normas, las nuevas Directivas no introducen precisiones adicionales sobre el particular respecto de la contratación internacional, a diferencia de las contenidas en otros instrumentos anteriores en materia de contratos de consumo, como la Directiva 93/13/CEE (art. 6.2) o la ahora derogada Directiva 1999/44/CE (art. 7). En principio, las normas de transposición de las nuevas Directivas resultarán de aplicación en la medida en que la ley del Estado miembro en

⁶ STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612 apdos. 68 y 69.

cuestión sea aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 6 RRI, bien por ser la ley de ese Estado miembro la aplicable a falta de elección (6.1), la ley elegida por las partes o la que deba prevalecer sobre la elegida en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2. En consecuencia, para garantizar la imperativa aplicación de sus disposiciones no son en principio precisas normas de DIPr específicas, del tipo de las contenidas en el artículo 67 del TRLGDCU.

En un marco de armonización plena, la posición de los consumidores "activos" intracomunitarios –que en principio quedarían al margen de la protección del art. 6 RRI, limitado a los consumidores "captados" en el Estado miembro de su residencia habitual– no se ve menoscabada por la elección de la ley de un Estado miembro distinto al de su residencia habitual. En el supuesto de que la ley elegida sea la de un Estado tercero, en el caso de los consumidores "activos" intracomunitarios podría ser determinante para salvaguardar la aplicación de las normas de transposición del Estado miembro del foro lo dispuesto en el artículo 3.4 RRI junto con las previsiones de las dos Directivas acerca de su carácter imperativo. En el supuesto de consumidores "activos" en mercados extracomunitarios, el artículo 6.1.b) RRI puede llevar a que, en la medida en que el empresario no dirija su actividad comercial a la UE, resulte eficaz la elección de la ley de un Estado tercero sin que opere como límite el artículo 6.2 RRI, lo que se corresponde con que la conducta del empresario no justifica que deba quedar sometido a la legislación sobre protección de consumidores del Estado miembro de la residencia habitual del consumidor. Por lo tanto, el artículo 6.1.b) RRI en la práctica puede matizar el criterio muy amplio apuntado en el considerando 8 de la Directiva (UE) 2019/770, en el sentido de que la misma pretende garantizar que los consumidores tiene derechos imperativos claros "cuando reciban o accedan a contenidos o servicios digitales desde cualquier lugar de la Unión". Como es conocido, el régimen de protección del RBi bis y del RRI se subordina a que el empresario que contrata con consumidores en la UE dirija sus actividades comerciales a la UE, lo que no es equiparable, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, a la mera accesibilidad a sus contenidos o servicios por los consumidores desde la UE⁷.

III. Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y Reglamento Bruselas I bis

Con respecto a las aportaciones más recientes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito, cabe partir de su sentencia de 4 de septiembre de 2019 en el asunto *Salvoni*⁸. En dicha sentencia se afirma: "la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la Directiva 93/13 no resulta aplicable en el contexto del Reglamento 1215/2012, el cual establece normas de naturaleza procesal, mientras que la Directiva 93/13 tiene por objeto una armonización mínima del Derecho de los Estados miembros en materia de cláusulas abusivas celebradas con los consumidores" (apdo. 44). La jurisprudencia a la que se hace ahí referencia es básicamente la que contempla la

⁷ STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08, EU:C:2010:740, apdos. 73 y 74.

⁸ STJUE de 4 de septiembre de 2019, *Salvoni*, C-347/18, EU:C:2019:661.

obligación de los órganos judiciales de intervenir positivamente para compensar el desequilibrio contractual y, en particular, examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula predispuesta en un contrato de consumo, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello⁹. La afirmación reproducida tiene lugar tras constatar el Tribunal de Justicia, en los apartados 42 y 43 de la sentencia, que el objetivo específico de protección de los consumidores se plasma en el RBIbis en la inclusión de normas particulares de competencia y de reconocimiento y ejecución de resoluciones, que permiten al consumidor oponerse a la ejecución si considera que en el procedimiento de origen se han infringido las reglas especiales para determinar la competencia.

La afirmación se enmarca en un asunto en el que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la interpretación del artículo 53 del RBIbis, que es la norma que a los efectos del reconocimiento y ejecución de resoluciones contempla la expedición por el tribunal de origen de un certificado relativo a la fuerza ejecutiva de la resolución, como presupuesto para su ejecución en otro Estado miembro del RBIbis. La conclusión que alcanza el Tribunal de Justicia es que el órgano judicial de origen de la resolución no puede en el marco de la expedición de ese certificado verificar de oficio si se han infringido las disposiciones sobre competencia en materia de contratos de consumo que tutelan específicamente la posición del consumidor. Este resultado, que se funda en la limitada función de la certificación prevista en el artículo 53, resulta coherente con la existencia en el RBIbis de un mecanismo específico de protección de los consumidores en el marco del reconocimiento y ejecución. Ese mecanismo consiste básicamente en la posibilidad de control en el Estado requerido de que el tribunal de origen no ha vulnerado las reglas de competencia en materia de consumidores –artículo 45.1.e- a diferencia de lo que sucede en general, en la medida en que al margen de esos supuestos no cabe la verificación de la competencia del tribunal de origen en el reconocimiento y ejecución de resoluciones procedentes de otro Estado miembro (artículo 45.3).

Las peculiares características del asunto al que va referida la sentencia *Salvoni* pueden resultar significativas para apreciar que su afirmación sobre la no aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la Directiva 93/13 en el contexto del Reglamento Bruselas Ibis puede no ser generalizable a otro tipo de situaciones. Por ejemplo, en caso de plantearse la cuestión en el contexto de la eventual consideración como abusivas de cláusulas atributivas de jurisdicción (en la línea, salvando las distancias, del criterio adoptado en relación con las cláusulas sobre ley aplicable en la ya mencionada STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15); o también en la medida en que ciertos contratos de consumo, como es el caso de los contratos de transporte distintos de los viajes combinados, están excluidos del régimen de protección en materia de contratos de consumo del RBIbis (art. 17.3)¹⁰, pero

⁹ En particular, STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apdo. 43; y STJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid EFC*, C-49/14, EU:C:2016:98, apdo. 46.

¹⁰ *Vid.* STJUE de 11 de abril 2019, *Ryanair*, C-464/18, EU:C:2019:311, apdo. 29, poniendo de relieve que un pasajero que no ha adquirido un viaje combinado, sino un simple billete de avión para un vuelo no puede invocar las reglas de los artículos 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis.

cláusulas de jurisdicción incluidas en los mismos pueden entrar en conflicto con la normativa internacional en materia de contrato de transporte.

En tales circunstancias, cabe plantear la eventual relevancia de la jurisprudencia relativa a la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula en un contrato de consumo¹¹ con respecto a acuerdos atributivos de competencia¹². Asimismo, la jurisprudencia relativa a la exigencia de apreciar de oficio en el marco de la ejecución de un laudo arbitral el carácter abusivo en virtud de la Directiva 93/13 de un acuerdo de arbitraje¹³ puede resultar también relevante al valorar si procede el control de oficio en el marco del reconocimiento y ejecución de resoluciones del respeto a lo previsto en el artículo 45.1.e) RBIbis, es decir la verificación de si la resolución del tribunal de origen resulta compatible con las normas de competencia en materia de protección de los consumidores del Reglamento. Los apartados 43 y 44 de la sentencia *Salvoni* pueden servir para pretender rechazar esa posibilidad, al tiempo que la jurisprudencia previa también favorece una interpretación restrictiva¹⁴. No obstante, debe tenerse en cuenta que la función y el tipo de control que implica la expedición de la certificación prevista en el artículo 53 del RBIbis, a cuya interpretación va referida la sentencia *Salvoni*, difieren sustancialmente de los que son propios de la aplicación del artículo 45.1.e) del RBIbis en el marco del reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera.

IV. Instrumentos financieros y Reglamento Bruselas I bis

La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 en el asunto C-208/18, *Petruchová*¹⁵, contiene importantes precisiones acerca de la inclusión de litigios relativos a instrumentos financieros dentro de la categoría "contratos celebrados por los consumidores" a efectos de los artículos 17 a 19 RBIbis. En síntesis, junto a la confirmación de que también en el ámbito financiero una persona física que actúa al margen e independientemente de toda actividad profesional –cualesquiera que sean, entre otros elementos, las cuantías implicadas y la frecuencia de su actuación– se beneficia en principio de la consideración como consumidor a los efectos del RBIbis, la aportación fundamental de la sentencia es que esa categoría puede abarcar instrumentos financieros excluidos del ámbito de aplicación de la norma sobre protección de consumidores del art. 6 RRI. Eso es así, de acuerdo a esta sentencia, incluso en situaciones en las que la persona física implicada tiene la consideración de "cliente profesional" y no de "cliente minorista" a los efectos de la Directiva 2004/39 relativa a los mercados de instrumentos financieros.

¹¹ *Vid.*, v.gr., STJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, apdo. 38, en relación con convenios arbitrales.

¹² Aunque en relación con la competencia interna, *vid.* STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial*, C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, apdo. 24; y STJUE de 3 de abril de 2019, *Aqua Med*, C-266/18, EU:C:2019:282, apdo. 38.

¹³ STJUE de 6 octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apdo. 52.

¹⁴ STJUE de 20 de mayo de 2010, *Vienna Insurance*, C-111/09, EU:C:2010:290, apdo. 29.

¹⁵ EU:C:2019:825.

En el litigio principal una ciudadana domiciliada en la República Checa demandó ante los tribunales checos a una sociedad de corretaje chipriota con la que había celebrado un contrato marco a distancia para realizar operaciones en el mercado de divisas FOREX mediante la introducción de órdenes que debían ser ejecutadas por la sociedad chipriota en su plataforma de negociación online, incluyendo la formalización de contratos financieros por diferencia (CFD). La demanda tenía por objeto un supuesto enriquecimiento injusto de la demandada como consecuencia de su defectuosa ejecución de una orden de compra de dólares de EEUU de la demandante relativa a la ejecución de un CFD. En la medida en que la demandada sostenía que los tribunales checos carecían de competencia, como consecuencia de que el contrato marco relativo a la formalización de los CFDs incluía un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales chipriotas, la interpretación de las normas sobre protección de los consumidores en el RBIbis resulta determinante al apreciar su competencia. Si la demandante puede beneficiarse del régimen de protección de los consumidores, tendrá la posibilidad de demandar ante los tribunales de su propio domicilio (art. 18.1), sin que prevalezca un acuerdo de prórroga de jurisdicción como el contenido en el contrato marco (art. 19). En caso contrario, es decir si no se trata de un contrato celebrado por un consumidor a los efectos del artículo 17, únicamente los tribunales chipriotas podrán conocer de las controversias comprendidas en el acuerdo de jurisdicción (art. 25).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia establece que los contratos CFD no están excluidos del régimen de protección de los consumidores de los artículos 17 a 19 RBIbis, pues conforme a su artículo 17(3) el único tipo de contratos excluidos son los de transporte que no sean viajes combinados (apdos. 48-49). Con respecto a la interpretación de la categoría "consumidor" a los efectos del artículo 17.1 RBIbis, el Tribunal confirma que, en línea con su jurisprudencia previa, lo determinante a esos efectos es apreciar si la persona física en cuestión actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, de modo que el contrato celebrado tiene por objeto satisfacer sus necesidades personales. Pone de relieve a continuación la sentencia cómo una serie de elementos que podrían suscitar dudas especialmente en el ámbito de los contratos financieros no son en realidad relevantes para privar a una persona física de su condición de consumidor cuando actúa en un contexto ajeno a su actividad profesional, reiterando su criterio de que el concepto de consumidor se opone al de operador económico (apdo. 55).

En concreto, el Tribunal establece que la condición de consumidor es independiente de la cuantía de las transacciones implicadas (apdo. 50), del nivel de riesgo de la operación (apdo. 53), de los conocimientos y la experiencia de la persona en la materia objeto del contrato (apdos. 54 y 56), de que la persona física tenga un comportamiento activo, por ejemplo, mediante la introducción de órdenes relativas al mercado FOREX (apdo. 57). Aunque el Tribunal no lo contempla específicamente, el Abogado General en sus conclusiones sí puso de relieve que, pese a la existencia de jurisprudencia nacional contradictoria, el que una persona efectúe operaciones financieras con regularidad durante un período prolongado de tiempo y obtenga

importantes beneficios tampoco implica que las operaciones se realicen con carácter profesional¹⁶.

Seguidamente el Tribunal de Justicia aborda si resulta relevante al delimitar las situaciones comprendidas en el artículo 17 RBIbis el que la norma sobre protección de consumidores del Reglamento Roma I excluya de su ámbito de aplicación los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero (art. 6.4.d) en los términos de la Directiva 2004/39, como es el caso de los CFD. Con base en que precisamente el texto del artículo 17 RBIbis no incorpora una exclusión similar, junto con la idea de que las normas sobre competencia y derecho aplicable tienen finalidades diferentes, el Tribunal afirma la diferencia de trato entre el RBIbis y el RRI respecto ese tipo de transacciones, concluyendo que la exclusión de los instrumentos financieros del ámbito de aplicación del artículo 6 RRI –que se vincula con la importancia de evitar la aplicación de leyes diferentes a cada uno de los instrumentos emitidos lo que impediría la negociación y oferta fungibles¹⁷- es irrelevante al interpretar el concepto de consumidor en el artículo 17 RBIbis (apdos. 60 a 66).

Tampoco resulta determinante al interpretar el concepto de consumidor a esos efectos la distinción entre "cliente minorista" y "cliente profesional" de la Directiva 2004/39. Destaca la sentencia que el término "cliente minorista" de esa Directiva y el término "consumidor" del RBIbis no son coincidentes, como refleja que este último se limita a personas físicas, mientras que la categoría "cliente minorista" abarca también personas jurídicas y no está subordinada a que la persona en cuestión no ejerza una actividad comercial (apdo. 73). El Tribunal de Justicia pone de relieve que ambas normativas responden a finalidades diferentes (apdo. 75) y concluye que la calificación de una persona como "cliente minorista" o "cliente profesional" en el marco de la Directiva 2004/39, "es por sí sola irrelevante, en principio, para la calificación" como consumidor a los efectos del artículo 17 RBIbis (apdo. 77).

V. Reglamento Roma I y comercialización de fondos de inversión

En relación con la interpretación del RRI la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18¹⁸, resulta de interés básicamente en tres ámbitos. Por una parte, al hilo de ciertos contratos fiduciarios relativos a inversiones en fondos constituidos como sociedades comanditarias en las que los inversores participan como socios, la sentencia aborda la delimitación entre las reglas de conflicto en materia de obligaciones contractuales (establecidas en el RRI) y las reglas de conflicto en materia societaria (no unificadas en el seno de la UE). En el litigio en el asunto principal ante los tribunales austriacos, la *lex societatis* era el Derecho alemán, en la medida en que el fondo de inversión en cuestión se había constituido en forma de sociedad comanditaria sujeta al Derecho alemán. Los

¹⁶ Conclusiones del AG Tanchev de 11 de abril de 2019, *Petruchová*, C-208/18, EU:C:2019:314, apdos. 58 a 62.

¹⁷ *Vid.* considerando 28 del Reglamento Roma I.

¹⁸ EU:C:2019:827.

contratos de comercialización incluían una cláusula de elección del Derecho alemán como aplicable al contrato, sin embargo la asociación de consumidores demandante pretendía la declaración de abusividad de esa cláusula y la aplicación a los aspectos contractuales del Derecho austriaco, en relación con los consumidores residentes en Austria a los que se había comercializado el fondo de inversión. De ahí la importancia en este caso de la clasificación como contractual o societaria a esos efectos de las cuestiones controvertidas. En este marco, el segundo ámbito en el que la sentencia resulta de interés es el relativo a la calificación de esos contratos fiduciarios de inversión con consumidores como contratos de prestación de servicios a los efectos del RRI (y eventualmente también del RBIBis), incluyendo ciertos pronunciamientos especialmente relevantes en relación con el llamado comercio electrónico directo.

La clasificación como contractual o societaria de la cuestión controvertida –el régimen de obligaciones contractuales que tienen su origen en un contrato fiduciario cuyo objeto es la administración de una participación en una sociedad comanditaria (apdo. 34)- se plantea en el litigio principal en relación con el alcance del artículo 1.2.f) RRI. Al regular el ámbito de aplicación material del Reglamento, esta norma dispone que se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento: "las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas". Al tratarse de una categoría determinante del ámbito de aplicación del RRI, es claro que la delimitación de las "cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades" debe hacerse de manera autónoma.

El Tribunal reafirma su jurisprudencia previa relativa a que la exclusión del artículo 1.2.f) se limita a los "aspectos orgánicos" de las sociedades y otras personas jurídicas (apdos. 35 y 38), de modo que en relación con ciertas operaciones complejas – como la venta o fiducia de participaciones sociales- puede ser preciso delimitar qué cuestiones son societarias y cuáles son contractuales. Son aspectos típicamente societarios –y regidos, por lo tanto, por la *lex societatis*- los relativos a si los fiduciantes tienen o no la condición de socios, los derechos y obligaciones que los fiduciantes tienen en virtud del Derecho de sociedades aplicable frente a las sociedades comanditarias, así como las eventuales obligaciones de los fiduciantes como socios frente a terceros acreedores de la sociedad (apdo. 39). Por el contrario, el régimen de los contratos subyacentes a la venta o fiducia de las participaciones sociales suscita típicamente cuestiones contractuales relativas a las relaciones entre fiduciantes y fiduciarios, como las relativas a la responsabilidad de la comercializadora del fondo de inversión en su condición de fiduciaria, el lugar de ejecución de los servicios fiduciarios. Se trata, por lo tanto, de cuestiones regidas por la ley del contrato, como sucede con la licitud de las cláusulas de tales contratos y su eventual abusividad, de modo que el Tribunal concluye que las obligaciones controvertidas en el litigio principal no son "cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades" que se hallen excluidas del RRI (apdos. 37 a 40).

No se plantea en la sentencia si la estrecha conexión de un contrato con aspectos orgánicos de una sociedad puede ser en determinadas circunstancias relevante a los efectos de establecer la ley aplicable al contrato de que se trate en defecto de elección por las partes. En particular, esa cuestión sería relevante en situaciones en las que se pudiera plantear que debido a esa conexión el contrato presenta una clara vinculación manifiestamente más estrecha con la *lex societatis* que con la ley que sería aplicable al contrato en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 4 RRI. Ciertamente, esa posibilidad solo puede plantearse en el marco de la cláusula de excepción del artículo 4.3 RRI, pero el resto de las cuestiones que aborda la sentencia van referidas a la interpretación de las reglas especiales sobre contratos de consumo del artículo 6 RRI, que no incorpora una cláusula de excepción como la del artículo 4 RRI.

En concreto, el Tribunal analiza en qué medida "un contrato fiduciario en virtud del cual los servicios al consumidor deben prestarse, a distancia, en el país de residencia habitual de este desde el territorio de otro país" queda comprendido en la exclusión del artículo 6.4.b) RRI. En primer lugar el Tribunal reafirma que contratos de inversión de este tipo pueden ser contratos de consumo a los efectos del artículo 6, siempre que el inversor sea una persona física que celebra el contrato actuando con un propósito ajeno a su actividad profesional (apdo. 43). Con respecto a la interpretación de la categoría "contrato de prestación de servicios", el Tribunal de Justicia había ya realizado algunas aportaciones significativas¹⁹, habida cuenta de que la interpretación de ese concepto en el artículo 6 RRI debe hacerse en paralelo con su significado en los artículos 7.1 RIBis y 4.1 RRI. Reiterando su criterio de que elemento esencial de ese tipo de contratos es el "compromiso de llevar a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración", el Tribunal concluye que un contrato fiduciario en el que la fiduciaria ejerce una actividad consistente en la administración del bien objeto del contrato fiduciario, a cambio de una remuneración es un contrato de prestación de servicios a esos efectos (apdos. 46 y 47).

VI. Tratamiento de los contratos de prestación de servicios en línea

Mayor trascendencia en la interpretación del artículo 6 RRI tiene el análisis del Tribunal acerca de cuándo cabe considerar que los servicios se prestan al consumidor exclusivamente en un país distinto al de su residencia habitual, a los efectos de su apartado 4. El artículo 6.4.b) RRI excluye del régimen específico de protección de los contratos de consumo aquellos contratos de prestación de servicios en los que "los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual". En la medida en que esta excepción sea aplicable, la ley que rija el contrato de consumo en cuestión vendrá determinada por las reglas generales de los artículos 3 y 4 RRI. Por el contrario, si no quedan comprendidos en la excepción, las reglas de protección de los consumidores del artículo 6 RRI determinan la ley aplicable al contrato en cuestión.

¹⁹ Vid. SSTJUE de 23 de abril de 2009, *Falco*, C-533/07, EU:C:2009:257, apdo. 29; 14 de julio de 2016, *Granarolo*, C-196/15, EU:C:2016:559; 15 de junio de 2017, *Kareda*, C-249/16, EU:C:2017:472, apdo. 35; y de 8 de mayo de 2019, *Kerr*, C-25/18, EU:C:2019:376, apdos 36 y ss.

En la sentencia *Verein für Konsumenteninformation*, de 3 de octubre de 2019, C-272/18, el Tribunal aborda por primera vez una cuestión de especial relevancia en el ámbito del llamado comercio electrónico directo, en el que los servicios se prestan en línea, como es la relativa al alcance de la exclusión del régimen de protección de los contratos de consumo del artículo 6 RRI, de aquellos contratos de prestación de servicios en los que "los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual" (artículo 6.4.a RRI).

La sentencia es importante en la medida en que contribuye a disipar las posibles dudas que pudieran existir acerca de cuál debe ser el tratamiento a esos efectos de los contratos en los que los servicios se prestan a distancia, llevando a cabo su actividad el prestador del servicio en un país distinto al de la residencia habitual del consumidor pero sin que éste se desplace de su residencia habitual. Se trata de un escenario común en contratos internacionales de prestación de servicios en línea. De ahí la trascendencia de la sentencia. Con buen criterio, el Tribunal de Justicia opta por una interpretación restrictiva de la exclusión, de modo que los contratos de prestación transfronteriza de servicios a distancia en los que el consumidor permanece en el país de su residencia habitual no se verán típicamente afectados por esa exclusión. En consecuencia, tales contratos se benefician normalmente del régimen de protección de los contratos de consumo aunque el prestador lleve a cabo en un país distinto al de la residencia habitual del consumidor todas las actividades relevantes para la prestación del servicio en línea. El Tribunal concluye que eso es así incluso si en el contrato en cuestión se estipula que el lugar de realización material de la prestación se encuentra en un país distinto de aquel en el que el consumidor la recibe. Determinante para apreciar que los servicios se prestan "exclusivamente" en un país distinto al de la residencia habitual del consumidor es que este no tenga ninguna posibilidad de recibir los servicios en su Estado de residencia y tenga que desplazarse al extranjero para ello (apdo. 52). "(E)s preciso comprobar si de la propia naturaleza de los servicios pactados resulta que estos solo pueden prestarse, en su conjunto, fuera del Estado en que el consumidor tiene su residencia habitual" (apdo. 51).

Se trata de una interpretación coherente con el origen y el fundamento de la excepción del artículo 6.4.a) RRI, que procede en una época en la no existía la posibilidad de prestar servicios transfronterizos a través de Internet -ya que reitera la excepción del art. 5.4.b) del Convenio de Roma de 1980- y en relación con contratos en los que el consumidor no puede esperar razonablemente que se aplicable la ley del país de su residencia habitual (como en el caso de los servicio hoteleros o médicos prestados al consumidor cuando se encuentra en un Estado distinto al de su residencia habitual, que utilizaba como ejemplo a estos efectos el Informe explicativo sobre el Convenio de Roma)²⁰ (apdo. 50 de la sentencia). Hay que recordar que para que efectivamente se aplique el régimen de protección es necesario que concurren ciertos requisitos adicionales; en particular en el caso de la comercialización de servicios a través de una página web, que ésta dirija sus actividades al Estado de la residencia habitual del

²⁰ M. Giuliano y P. Lagarde, "Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", DOCE 1992 C 327/1, p. 22.

consumidor y el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades (art. 6.1.c)

Finalmente, sobre la base de su sentencia previa relativa a una acción de cesación de la misma asociación de consumidores austriaca -STJ de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, antes citada-, el Tribunal confirma también en su sentencia de 3 de octubre de 2019 que, con independencia del medio de celebración del contrato, una cláusula de elección de la ley aplicable incluida en las condiciones generales de un profesional, que induce a error al consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del Estado del domicilio del profesional, sin informar al consumidor de que está amparado por las disposiciones imperativas del país de su residencia habitual (art. 6.2 RRI) es abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.