

La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento n.º 593/2008 («Roma I»)

Pilar Juárez Pérez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 27.05.2010

Aceptado: 30.06.2010

Resumen: El Reglamento Roma I, de 17 de junio de 2008, ha modificado el sistema de designación de la ley rectora de los contratos internacionales de consumo contenido en su antecedente normativo, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. La reforma ha abordado básicamente dos cuestiones: el ámbito material de dichos contratos y el mecanismo de determinación de su *lex causae*. En el primer punto, se amplía el concepto de contrato de consumidores, extendiéndolo a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, sin la limitación del Convenio de Roma a que estos tuvieran por objeto el «suministro de bienes corporales o servicios». En el segundo aspecto, la ley rectora del contrato queda determinada por un sistema objetivo, que prefiere el ordenamiento de la residencia habitual del consumidor como norma presumiblemente más favorable para este. Esta designación objetiva puede ser modificada por la autonomía de la voluntad de las partes, aunque limitada por las disposiciones imperativas sobre protección del consumidor contenidas en la ley de su Estado de residencia habitual. Con ello, el legislador configura un sistema conflictual mucho más previsible que el anterior, que favorece la seguridad jurídica y evita el fraccionamiento del contrato, pero que resulta cuestionable desde el punto de vista de la mejor protección del consumidor. Finalmente, la validez formal del contrato se somete únicamente a la ley de la residencia habitual del consumidor, manteniendo el sistema ya acogido por el Convenio de Roma, lo cual resulta criticable, por limitar las posibilidades de validez del contrato.

Palabras clave: comunitarización del Derecho internacional privado, contrato internacional de consumo, normas de conflicto, ley aplicable al contrato de consumo, residencia habitual, autonomía de la voluntad, actividad dirigida, consumidor activo y pasivo.

Abstract: *The Rome I Regulation, of June 17, 2008, has modified the system of designation of the governing law of the international consumer contracts contained in the precedent regulation, the Rome Convention of June 19, 1980. The reform has approached basically two questions: the scope of material application of consumer contracts and the mechanism of determination of their lex causae. In the first point, the concept of consumers' contract is broaden, extending it for all the contracts celebrated between a professional and a consumer, without the limitation of the Rome Convention to which these took as an object the «supply of corporal goods or services». In the second aspect, the governing law of the contract remains determined by an objective system, which prefers the classification of the habitual residence of the consumer as presumably a more favorable norm for this*

one. This objective designation can be modified by the freedom of choice of the parties, though limited by the imperative dispositions on protection of the consumer contained in the law of his State of habitual residence. With it, the legislator forms a conflict-of-laws system much more predictable than the previous one, that favors the juridical safety and avoids the division of the contract, but that turns out to be questionable from the point of view of the best protection of the consumer. Finally, the formal validity of the contract surrenders only to the law of the habitual residence of the consumer, supporting the system already received by the Agreement of Rome, which turns out to be open to criticism, for limiting the possibilities of validity of the contract.

Key words: *Private International Law of the European Community, international consumer contract, conflict-of-laws, applicable law to consumer contracts, habitual residence, freedom of choice, directed activity, active and passive consumer.*

Sumario: I. Hacia un sistema normativo comunitario de designación de la *lex contractus*: el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma I).— II. Ámbito de aplicación material. 1. El concepto de contrato de consumo. 2. La figura del consumidor: configuración jurisprudencial. 3. La figura del profesional: noción de «actividad dirigida».—III. Modalidades contractuales excluidas del ámbito de aplicación material: 1. Contratos excluidos en virtud de un criterio material. 2. Contratos territorialmente excluidos: el consumidor activo.— IV. El sistema de designación de la ley aplicable al contrato de consumidores. 1. Ley rectora del fondo del contrato. 2. Ley rectora de la forma del contrato. 3. La determinación del lugar de residencia habitual del consumidor.—V. Valoración final.

I. Hacia un sistema normativo comunitario de designación de la ‘lex contractus’: el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Roma I)

El 4 de julio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento comunitario sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Roma I por ser su antecedente el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, que durante casi veinte años reguló esta misma materia en los ordenamientos de los Estados miembros¹. El Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio, ha transformado en derecho comunitario derivado dicho Convenio, en lo que constituye un paso más en el proceso de creación de un corpus comunitario de normas de Derecho internacional privado.

¹ El Convenio entró vigor el 1 de abril de 1991, tras la ratificación de siete de los Estados parte de él.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que supuso el inicio de la creación de un sistema de Derecho internacional privado de fuente comunitaria, el Convenio de Roma de 1980 constituía el único instrumento que aún revestía forma de tratado internacional, habiendo recibido por ello la calificación de «cuerpo extraño» desde la perspectiva del corpus normativo comunitario². Su transformación en reglamento comunitario supone, pues, la culminación del proceso de conversión legislativa iniciado con el Tratado de Ámsterdam, del que antes había surgido el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales³.

Aunque el Reglamento Roma I no supone la creación de un nuevo cuerpo comunitario⁴, tampoco constituye una mera transformación de un instrumento convencional en derecho comunitario derivado, ni una simple actualización del Convenio de Roma a las demandas de los contratos internacionales del siglo XXI. Antes al contrario, el Reglamento modifica sustancialmente el régimen anterior de determinación de la *lex contractus*, e introduce importantes variaciones en el sistema convencional antes en vigor.

Esta orientación innovadora se aprecia con especial claridad en el ámbito de los contratos celebrados por consumidores, objeto del presente estudio, que pretende analizar la dimensión y razón de ser de dichas modificaciones. Previamente, hay que puntualizar que el Reglamento Roma I no ha supuesto la desaparición del Convenio de Roma de 1980, que continúa siendo aplicable en Dinamarca, pues no está vinculada por el Reglamento Roma I ni le es aplicable⁵. Correlativamente, el Convenio de Roma también resulta aplicable en los territorios cuyas relaciones asumen los Estados miembros en virtud del artículo 299 TUE.

Por su parte, Irlanda sí declaró desde el principio su intención de participar en la adopción y aplicación del Reglamento, que entró en vigor en dicho Estado cuando lo hizo con carácter general⁶. Por su parte, el Reino

² F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n.º 6957, sección doctrina, 30 mayo 2008, año XXIX.

³ Dicho Reglamento es el resultado de la transformación experimentada por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que de este modo se vio convertido en Derecho comunitario derivado.

⁴ En este sentido, vid. la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión con fecha 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final.

⁵ Vid. el Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y el considerando n.º 46 de la exposición de motivos.

⁶ Artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Vid. el considerando 44 del Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio.

Unido no participó inicialmente en la adopción del Reglamento, que no le resultaba aplicable tras su entrada en vigor⁷. Sin embargo, en julio de 2008 manifestó a la Comisión su intención de someterse a dicho texto legal, petición que fue aceptada por la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008⁸. Como consecuencia de ello, el Reglamento entró en vigor en el Reino Unido el 17 de diciembre de 2009, salvo su artículo 26, que lo hizo el 17 de junio del mismo año.

Por tanto, con las excepciones mencionadas, el Reglamento sustituye al Convenio de 1980 y su entrada en vigor se produjo a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, al fechar el artículo 29 del Reglamento su aplicabilidad a partir del 17 de diciembre de 2009⁹, quedan sometidos a su regulación los contratos celebrados después de dicha fecha. Desde esta perspectiva temporal, importa puntualizar igualmente que el Convenio de Roma continúa siendo de aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I y con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio, es decir durante su vigencia, que en España comenzó el 1 de septiembre de 1993¹⁰.

Ciñéndonos ya a los contratos de consumo, varias son las novedades introducidas por el Reglamento en su régimen jurídico. Entre ellas, hay que subrayar la modificación del concepto de contrato de consumo recogida en el Convenio de Roma, que bajo el Reglamento se convierte en una noción más amplia, inclusiva de figuras contractuales excluidas del anterior régimen de protección de los consumidores. También destaca el uso de la figura del profesional para elaborar dicho concepto de contrato de consumo, frente a la ausencia de mención que de dicha parte contractual presentaba el Convenio de Roma. En este sentido, el legislador comunitario ha invertido la definición de contrato de consumo, poniendo ahora el acento en la figura del profesional en lugar de centrarse en la del consumidor, como ocurría bajo la vigencia del régimen convencional. Finalmente, hay que destacar también la inversión de las conexiones para designar la *lex contractus*, al establecerse la residencia habitual del consumidor como primer criterio de determinación, con

⁷ Considerando n.º 45 de la exposición de motivos.

⁸ «Sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)» (DOUE L 10, de 15 de enero de 2009).

⁹ Excepto la obligación para los Estados miembros de notificar a la Comisión los convenios internacionales que les vinculen sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales, que, contenida en el artículo 26 del Reglamento, se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.

¹⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992 (BOE n.º 171, de 19 de julio de 1993).

la posibilidad de ser modificada por la autonomía de la voluntad de las partes.

La necesidad de una modificación del sistema anterior vino causada en gran medida por los adelantos tecnológicos en materia de contratación, que convirtieron el régimen conflictual del Convenio de Roma en un mecanismo insuficiente para responder a las progresivas demandas del paso virtual de fronteras¹¹. Este hecho, unido al alto grado de transnacionalización que alcanzan hoy los contratos de consumo¹², hizo necesaria una reforma del sistema convencional, que, aunque novedoso cuando vio la luz, terminó siendo ampliamente desbordado por el notable desarrollo de la contratación internacional e intracomunitaria. Además de responder a las demandas actuales de la contratación internacional, la regulación de los contratos de consumo establecida por el Reglamento Roma I pretende reducir los costes de litigación para los consumidores, teniendo presente que dichos litigios son a menudo de escasa cuantía¹³.

El presente trabajo pretende ofrecer una visión global del sistema de designación de la ley aplicable al contrato de consumo establecido por el Reglamento Roma I. A tal fin, resulta útil adoptar una perspectiva de análisis que tenga como referencia constante el mecanismo convencional anterior, del que parte el actual sistema y al que pretende superar en cuanto al nivel de protección del consumidor, una aspiración en la que, como veremos, el Reglamento ofrece luces y sombras.

II. **Ámbito de aplicación material**

1. *El concepto de contrato de consumo*

Los contratos de consumo sometidos al régimen especial de designación de ley recogido en el Reglamento se delimitan conforme a la siguiente fórmula: «contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional o profesión (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...) siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades

¹¹ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 367, julio 2006, p. 13.

¹² Una denuncia sobre la falta de idoneidad de las normas del Convenio de Roma para preservar un nivel concreto de protección de los consumidores la realiza J. I. PAREDES PÉREZ en «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo, propuesta de ‘lege ferenda’», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 6, 2006, pp. 87-114, esp. pp. 90-93.

¹³ Considerando n.º 24.

comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país» (art. 6.1).

La primera diferencia del Reglamento Roma I respecto del Convenio de Roma afecta a la propia definición de contrato de consumo, sustentada sobre las partes que intervienen en él. En el Convenio, el elemento sustancial es la finalidad privada con la que el consumidor celebra el contrato, sin otros requisitos respecto de la figura del profesional. Frente a ello, el Reglamento, partiendo de la misma premisa del uso privado del comprador, añade otra exigencia relativa al profesional, debiendo concurrir ambas condiciones para que el contrato se incluya en el marco del artículo 6.

En este punto radica la principal novedad de este primer apartado del precepto, ya que la delimitación de su ámbito de aplicación material atiende ahora también a una cualidad del profesional, empleando para ello el concepto de «actividad dirigida». Esta noción se adapta a la definición ya recogida en el Reglamento 44/2001, que en materia de competencia judicial internacional establece también un sistema de protección de la figura del consumidor. Dicha tutela se sustenta sobre la posibilidad de acudir al *forum actoris*, que permite al consumidor presentar su demanda ante los tribunales del país donde tenga su domicilio. Como requisito para acogerse a este foro más favorable, se exige que el vendedor ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o que «por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro» (art. 15.1c).

2. La figura del consumidor: configuración jurisprudencial

Volviendo a la noción de consumidor, el artículo 6 se elabora sobre la delimitación autónoma que de esta figura ha realizado el TJCE¹⁴, a fin de soslayar los inconvenientes derivados de la diversidad conceptual existente en las legislaciones de los Estados miembros. Correlativamente, el uso de este concepto autónomo acuñado por la jurisprudencia comunitaria ofrece la ventaja de garantizar la coherencia entre el Reglamento Roma I y el Reglamento 44/2001, al utilizar ambos un concepto jurídico común de contrato de consumo, que igualmente resulta acorde con el utilizado por las diversas directivas comunitarias en la materia. En dicha definición común confluyen dos elementos: por parte del comprador, la finalidad privada de los bienes o

¹⁴ SSTJCE 21 junio 1978, C-150/77, Bertrand c. Ott; 19 enero 1993, C-89-91, Shearson Lehman Hutton c. T.V.B.; 15 septiembre 1994, C-318/93, Wolfgang Brenner y otros c. Dean Witter Reynolds Inc.; 3 julio 1997, C-269/95, F. Benincasa y Dentalkit s.r.l.; 27 abril 1999, C-99/96, Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV; 11 julio 2002, C-96/00, Rudolf Gabriell; 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

servicios adquiridos; por parte del profesional, el ejercicio de su actividad en el Estado donde esté domiciliado el consumidor, o la orientación de dicha actividad hacia tal Estado, y la celebración del contrato en el marco de la citada actividad.

En este punto, interesa recordar que las personas jurídicas no tienen la consideración de consumidores para el Reglamento Roma I, por lo que los contratos celebrados por sociedades en calidad de consumidores no quedan sujetos al régimen que para ellos consagra el Reglamento¹⁵. Antes al contrario, la *lex contractus* se determina en este caso conforme al sistema general de designación de ley, contenido en los artículos 3 y 4 del Reglamento. Y ello, porque, aunque el Reglamento no considera a las personas jurídicas consumidores, sí regula la ley aplicable a cualquier contrato internacional, incluidos los celebrados por personas jurídicas¹⁶.

La delimitación jurisprudencial del concepto de contrato de consumo tiene carácter restrictivo¹⁷, dado que implica una excepción a las reglas generales de determinación de la competencia judicial internacional y, en el ámbito que tratamos, de la designación de la *lex contractus*. Sobre esta consideración, la jurisprudencia comunitaria señala que el concepto de consumidor debe interpretarse atendiendo a la posición de la persona en un contrato determinado y a la naturaleza y la finalidad de este, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Se trata, pues, de una consideración caso por caso, que permite que un mismo sujeto se reputa consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico en otras¹⁸.

Desde esta óptica, solo los contratos ajenos a cualquier actividad o finalidad profesional, destinados exclusivamente a satisfacer necesidades de consumo privado de un individuo, tienen la consideración de contratos de consumo, y justifican la fijación de un régimen específico de protección de la parte débil de la relación. *Sensu contrario*, dicha protección no opera en los contratos cuyo objeto consista en una actividad profesional, dado que en tal caso ambos contratantes se encuentran en posición de igualdad¹⁹.

¹⁵ En este sentido, el Reglamento se muestra coherente con la línea marcada por la STJCE de 22 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, Cape Snc c. Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas c. OMAI Srl, donde el Tribunal dictaminó que el concepto de consumidor recogido en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas.

¹⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, «Las normas de derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. I, n.º 2, p. 148.

¹⁷ Cfr. STJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa.

¹⁸ Cfr. STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

¹⁹ Vid. conclusiones del Abogado General n.ºs 40 y 41 STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

La aplicación de esta doctrina a los contratos con doble finalidad o contratos mixtos, donde sobre un mismo objeto confluyen el uso privado y el profesional, exige tener en cuenta las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, además de los elementos ya mencionados: su contenido, naturaleza y finalidad. Atendiendo a lo cual, la jurisprudencia «niega la calidad de consumidor (...) cuando el uso del bien o servicio persigue un objetivo que tiene una relación significativa con la actividad profesional de la persona afectada»²⁰. Dicho de otra forma, no cabe acogerse a la protección que ofrece el régimen especial de los contratos de consumidores cuando el objeto del contrato se destina en parte a un uso profesional y en otra, a una finalidad privada, «salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate»²¹.

La calificación del contrato corresponde al órgano judicial, que deberá determinar si su objeto es principalmente la satisfacción de necesidades profesionales o, por el contrario, la finalidad profesional carece de relevancia. Para ello, el juzgador tendrá en cuenta los elementos fácticos que resulten de los autos, sin que sea preciso que atienda a las circunstancias y elementos que el co-contratante podría haber conocido al celebrarse el contrato, salvo que la persona que invoque su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales.

Por tanto, en el caso de los contratos con doble finalidad, estos no se consideran celebrados por un «consumidor» a efectos de la definición comunitaria autónoma, salvo que el uso profesional resulte absolutamente marginal e insignificante en el contexto global de la operación²². Al respecto, incumbe al presunto consumidor la carga de la prueba sobre el vínculo residual del contrato con su actividad profesional. Esta interpretación corrobora el ya mencionado carácter restrictivo del concepto comunitario de contrato de consumo, formulado en términos negativos: contratos celebrados para un uso ajeno a la actividad profesional. En consecuencia, dicha noción excluye aquellos cuyo uso resulta parcialmente profesional y los celebrados por un consumidor que contrata bajo la apariencia de hacerlo dentro del contexto de su actividad profesional. El motivo es claro: garantizar una protección adecuada al consumidor en cuanto parte del contrato económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su co-contratante profesional²³.

²⁰ STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Johann Gruber c. Bay Wa AG.

²¹ *Ibidem*.

²² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., 2009-2010, Comares, Granada, pp. 653-654.

²³ STJCE 19 enero 1993, C-89-91, Shearson Lehman Hutton c. T.V.B.; STJCE 3 julio 1997, C-269/95, F. Benincasa y Dentalkit s.r.l.; STJCE 11 julio 2002, C-96/00, Rudolf Gabriell.

3. La figura del profesional: noción de «actividad dirigida»

Como se ha indicado, el segundo elemento sobre el que se sustenta la definición comunitaria de contrato de consumidores es el concepto de «actividad dirigida», ya utilizada por el Reglamento 44/2201. Su artículo 15.1.c) permite acogerse al régimen especial de los contratos de consumidores a aquellos celebrados con un profesional que ejerza su actividad 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».

La finalidad de esta expresión es dar una respuesta jurídica a la estrategia empresarial de la focalización, cuyo objetivo es captar la atención del internauta que navega entre la multitud de productos y servicios ofertados en la red y convertirlo en consumidor efectivo. En el ámbito del derecho aplicable, dicha estrategia empresarial se utiliza para ubicar las transacciones electrónicas en un ordenamiento estatal determinado: aquel donde el profesional ha decidido focalizar su actividad, dato que se desprende de sus actuaciones e iniciativas comerciales²⁴. Según esta teoría, existe «actividad dirigida» cuando el empresario, a través de Internet, envía sus mensajes comerciales a un determinado Estado a fin de concluir contratos con clientes domiciliados en él²⁵.

De esta forma, el Reglamento 44/2001 configura un régimen de competencia judicial internacional mucho más ajustado a la realidad actual del comercio electrónico, suprimiendo el requisito del desplazamiento físico del profesional al Estado del domicilio del consumidor y superando la distinción entre consumidor activo y pasivo del artículo 13.3 del Convenio de Bruselas²⁶. Mediante la noción de actividad dirigida, el eje de la regulación pasa a ser la figura del profesional, perdiendo relevancia la ubicación física del consumidor, lo cual se adapta mejor a la era de la contratación electrónica, en la que frecuentemente no existe desplazamiento físico por ninguna de las partes.

En el Reglamento Roma I, el concepto de «actividad dirigida» sustituye a los requisitos contenidos en el Convenio de Roma (artículos 5.2 y 4.b). Por tanto, ya no es exigible que el consumidor haya realizado los actos necesarios para la celebración del contrato en el país de su residencia habitual, un requisito que generaba notables lagunas de protección, al excluir del régimen

²⁴ Sobre este método de «focalización jurídica» de las transacciones electrónicas, vid. O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., París, 2002, esp. pp. 198-213.

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», pp. 659-660.

²⁶ A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de “actividades dirigidas” en el nuevo sistema comunitario», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 2004, p. 1860.

tuitivo a los consumidores que se hubieran desplazado a otros mercados para contratar²⁷. Actualmente, lo esencial es que el profesional dirija sus actividades hacia el Estado de residencia del consumidor y que el contrato se celebre en el marco de dichas actividades.

Pese a adecuarse mejor a la realidad actual de la contratación internacional, esta regulación suscita ciertos reparos, por la indefinición del concepto de «actividad dirigida» y las reticencias que la nueva regulación puede despertar en los profesionales que operen a través de Internet. En el ámbito de la ley aplicable, la interpretación del concepto de «actividad dirigida» se realiza en armonía con el sentido de esta noción en el ámbito de la competencia judicial. Dicha delimitación uniforme se sustenta sobre una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento 44/2001, que el Reglamento Roma I ha asumido en su considerando 25.

De acuerdo con esta declaración, «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Además, el solo hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para activar el régimen tuitivo de los contratos de consumidores, aun cuando dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de ellos por el medio que fuere. A este respecto, según la citada declaración, «la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

Pese a realizar una cierta delimitación del alcance de la noción controvertida, la declaración resulta insuficiente, por basarse fundamentalmente sobre criterios negativos. Así, se indica que la accesibilidad de la página web «no basta» para considerar que recoge una actividad dirigida; también, que la lengua o divisa utilizada «no constituye un elemento pertinente». ¿Qué factor bastaría entonces? ¿Qué elementos resultan pertinentes para determinar que estamos ante una actividad dirigida por el profesional hacia el país de residencia del consumidor? Paradójicamente, la declaración sobre el concepto de «actividades dirigidas» reproducida en el considerando 25 del Reglamento Roma I, lejos de despejar la indeterminación del concepto, suscita más dudas.

En el ámbito de la competencia judicial, la terminología empleada por esta declaración y su ubicación fuera del Reglamento 44/2001 le han valido la calificación de «solución provisional y jurídicamente pobre»²⁸, una crítica que puede reproducirse en sede de ley aplicable. Se impone, por tanto, una aclaración en el propio texto reglamentario y no en una declaración separada de este y no vinculante. También es necesario un mayor grado de concre-

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica...», cit., p. 1862.

ción del concepto de «actividad dirigida», que delimite su alcance de forma más precisa y garantice su interpretación homogénea por todos los órganos judiciales²⁹.

Esta precisión conceptual debería centrarse en la conducta del profesional, por cuanto la calificación de «dirigidas» que recae sobre sus actividades pone el acento en la intencionalidad o voluntariedad del comerciante que ofrece sus servicios a través de Internet. En este sentido, se ha indicado que «incumbe a la empresa poner freno al universalismo de la red»³⁰, lo que implica que es esta la que debe delimitar sus concretos objetivos territoriales. Por tanto, los criterios calificadores de lo que se considera una «actividad dirigida» deberán atender a la intencionalidad del profesional: su voluntad manifestada de limitar su oferta a un concreto mercado, la exclusión de facto de ciertos destinatarios mediante técnicas electrónicas, la limitación de la entrega de los productos a determinados territorios, etcétera³¹.

III. Modalidades contractuales excluidas del ámbito de aplicación material

1. *Contratos excluidos en virtud de un criterio material*

El sistema de designación de ley aplicable establecido por el Reglamento se aplica, ex artículo 6.1, cuando estamos ante un «contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional o profesión (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...) siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesio-

²⁹ Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ («Operaciones internacionales de consumo», cit., pp. 659-660), sobre el concepto de «actividades dirigidas» se han propuesto diversas interpretaciones: la tesis «de la accesibilidad», la tesis «del contrato real» y la ya mencionada tesis «de la focalización». Para la primera, todo sitio accesible o visible en Internet implica actividades comerciales o profesionales dirigidas a dicho país. Como indica el autor, se trata de una teoría muy rigurosa con el empresario *on line*, que no ha sido acogida por el artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001. Por su parte, la tesis del contrato real defiende que el profesional que, poseyendo un sitio web visible en un país que incite a la contratación y donde reciba y acepte pedidos de dicho Estado, está «dirigiendo» sus actividades hacia tal país, siendo el elemento relevante la efectiva conclusión del contrato de consumo. Finalmente, la tesis de la focalización pone el acento en la intencionalidad del empresario, cuya iniciativa comercial es la que concreta el país hacia el que dirige sus actividades comerciales, buscando específicamente un mercado determinado, siendo determinante dicha voluntad y no los medios empleados para lograr tal objetivo.

³⁰ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ley aplicable a los contratos...», cit., p. 14.

³¹ En este sentido, A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica...», cit., p. 1870 y P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en *Consumidores y usuarios...*, cit., pp. 165-166.

nales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país».

Junto con la definición de contrato de consumidores (apdo. 1.º), el artículo 6.4 recoge un catálogo de modalidades contractuales excluidas del régimen especial de los contratos de consumidores y sometidos por tanto al sistema general de designación de ley (artículos 3 y 4 del Reglamento). La primera excepción responde a un criterio territorial, ya que excluye los contratos celebrados por el consumidor fuera de su país de residencia. Posponiendo su examen al siguiente epígrafe, nos centraremos ahora en las restantes exclusiones, que obedecen un mismo criterio, el material, que atiende al objeto específico del contrato celebrado. Concretamente, a estos efectos, no se consideran contratos de consumo los siguientes:

- Contratos de transporte que no se refieran a un contrato relativo a un viaje combinado según lo define la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados³².
- Contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un arrendamiento de bienes inmuebles, salvo los contratos de utilización en régimen de tiempo compartido, conforme a la definición contenida en la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994³³.
- Derechos y obligaciones que incluyan un instrumento financiero, derechos y obligaciones que constituyan las condiciones de emisión, ofertas públicas de venta y suscripción o las ofertas públicas de valores negociables, y la suscripción y reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre que no constituyan la prestación de un servicio financiero.
- Contratos celebrados en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.

Por efecto de esta exclusión, pese a que los contratos afectados entran a priori en la definición de contrato de consumo del artículo 6.1, no quedan sometidos al sistema específico de determinación de la ley rectora de los contratos de consumidores. Hay que subrayar que el Reglamento ha ampliado el ámbito de aplicación material que establecía el artículo 5.4 del Conve-

³² DO L 158, de 23 de junio de 1990.

³³ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994).

nio de Roma, extendiendo el régimen de consumidores a transacciones excluidas bajo dicho precepto. Así, el Reglamento incluye en dicho régimen los contratos de multipropiedad inmobiliaria, que ahora tienen la consideración de contratos de consumidores y se someten al sistema especial de su artículo 6. Por lo demás, el apartado 4.b) de dicho precepto mantiene la anterior exclusión relativa a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un arrendamiento de bienes, pero exceptiona de ella a los contratos sobre propiedad inmobiliaria, que incluyen los contratos de hipoteca y cualquier otro derecho de garantía sobre inmuebles³⁴.

Desde la perspectiva de la protección del consumidor, esta previsión debe ser positivamente valorada, pues viene a colmar respecto de los adquirentes de multipropiedad inmobiliaria la «laguna material» que, en cuanto a su protección, presentaba el artículo 5 del Convenio de Roma³⁵. Bajo su regulación, dichas transacciones únicamente podían beneficiarse de la protección que ofrece la Directiva 94/47, restringida a los contratos cuyo objeto fuera un bien inmueble situado en el territorio comunitario. En caso contrario, el adquirente era tratado como un profesional desde el punto de vista de la designación de la *lex contractus*, quedando su determinación al arbitrio de las partes. En el marco de la Directiva, el uso exclusivo del criterio del lugar de situación del bien inmueble deja fuera del ámbito espacial de protección del consumidor determinados contratos igualmente conectados con la esfera comunitaria, pese a que el bien inmueble radicara en un tercer Estado³⁶.

Sin embargo, resulta criticable que el Reglamento haya mantenido la exclusión de los contratos de compra o arrendamiento de bienes inmuebles, privando al adquirente o arrendatario del régimen tuitivo de los consumidores pese a poseer dicha condición. Esta situación había sido ya denunciada bajo la vigencia del Convenio de Roma por los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, quienes proponían un «desarrollo judicial

³⁴ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 16.

³⁵ B. UBERTAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 102.

³⁶ En este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ («Operaciones internacionales de consumo», cit. p. 684), pone el ejemplo del contrato celebrado entre un adquirente residente en España y una empresa con sede en Alemania sobre un inmueble situado en Túnez. Al excluirse dichos contratos del ámbito material de la directiva, se corre el riesgo de «incentivar la construcción de complejos inmobiliarios en régimen de *Time-Sharing* en terceros países y la venta de cuotas inmobiliarias de los mismos a sujetos domiciliados en la Comunidad Europea». Frente a ello, sostiene A. QUIÑONES ESCÁMEZ («Ley aplicable a los contratos internacionales...», cit., p. 15) que la inclusión de los contratos de multipropiedad inmobiliaria en el régimen especial de los contratos de consumidores no va a encajar con las condiciones de dicho régimen, «pues tal consumidor –que no contrata por Internet– suele ser un turista captado en el país que visita».

superador» de su artículo 5³⁷. Dicha norma debía interpretarse conforme al principio de protección del consumidor, permitiendo aplicar a las transacciones sobre bienes inmuebles el sistema de designación de los contratos de consumidores. A su juicio, cualquier otra solución –como la aplicación del régimen general de determinación de ley– supondría una lesión al principio constitucional de protección al consumidor. A la vista de la regulación establecida por el Reglamento sobre este punto, no cabe sino abogar por la pervivencia de esta interpretación judicial, única coherente con el espíritu de protección del consumidor que inspira dicha norma.

Por lo que hace a los restantes contratos excluidos del ámbito material de los contratos de consumidores a efectos del Reglamento, esta «laguna» queda colmada en cierta medida por las directivas comunitarias sobre consumidores³⁸, que ofrecen su protección con independencia del tipo de contrato de que se trate, aunque siempre con la limitación ya señalada: que el contrato presente una vinculación estrecha con el territorio de la Unión Europea.

De forma más específica, la exclusión relativa a los contratos de transporte –que no incluye los llamados «paquetes vacacionales»–, es justificada por el propio Reglamento argumentando que las especiales características de dichas transacciones exigen que se garantice un nivel adecuado de protección de los pasajeros mediante disposiciones específicas³⁹. Así, el artículo 5 los somete con carácter general al ordenamiento del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre que dicho Estado sea también el de residencia del remitente o constituya el lugar de recepción o entrega. Si no se dieran tales condiciones, la *lex contractus* será la del país donde las partes hayan convenido la entrega, y únicamente en defecto de elección de ley por los contratantes se aplicará el ordenamiento del país de residencia habitual del pasajero. El carácter subsidiario de esta ley se explica por la incertidumbre que para el transportista supondría someter como

³⁷ *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 94. Esta sugerencia gana aún más peso en la actualidad, a la vista del notable desarrollo –ya vaticinado por los autores– de la venta de bienes inmuebles por vía electrónica, que ha incrementado considerablemente este tipo de transacciones.

³⁸ Directivas que tienen como objetivo la protección de los consumidores frente a los profesionales, partiendo de la premisa de que son la parte débil de la relación contractual (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 265.)

³⁹ Considerando 32. Sin embargo, sostiene P. LAGARDE que esta exclusión de los contratos de transporte resulta injustificada, respondiendo únicamente por la presión de los profesionales del sector para no someterlos al régimen jurídico de los consumidores («Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, n.º 95 (2), avril-juin 2006, p. 341).

regla general cada contrato a la legislación del lugar de residencia de los pasajeros⁴⁰.

Por su parte, la exclusión relativa a los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero responde a la necesidad de evitar la aplicación de una multiplicidad de leyes diferentes a cada uno de los instrumentos emitidos. Para el legislador comunitario, dicha diversidad «modificaría la naturaleza de dichos instrumentos e impediría una negociación y oferta fungibles»⁴¹. Este argumento justifica también la excepción recogida en el artículo 6.4.e), referida a los contratos celebrados en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, según estipula el artículo 4.1.17 de la Directiva 2004/39/CE, que quedan sometidos a dicha ley⁴².

2. Contratos territorialmente excluidos: el consumidor activo

Como se ha dicho, la primera exclusión del sistema específico de designación de la ley rectora del contrato de consumo responde a un criterio territorial, basado en su lugar de celebración. El artículo 6.4.a) del Reglamento introduce esta excepción mediante la siguiente fórmula: «contratos de suministro de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que tenga su residencia habitual». De este modo, el Reglamento mantiene la opción introducida por el Convenio de Roma (art. 5.4.b), que excluía de su régimen protector a los llamados consumidores activos, es decir, receptores de servicios prestados íntegramente en un Estado donde no residen.

Como consecuencia de esta opción, dichos contratos quedan sometidos al régimen general de designación de ley contenido en los artículos 3 y 4 del Reglamento, donde no son aplicables ninguna de las medidas tuitivas del consumidor⁴³. Al tratarse de un sistema basado en la libertad de elección, se abre la posibilidad de que el profesional «imponga» al consumidor una determinada ley como rectora del contrato, incluyendo una legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea que le prive de la protección que le

⁴⁰ M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 3», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (dirs.), Civitas, Madrid, 2002, p. 180.

⁴¹ Considerando 28.

⁴² Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, D.O.U.E. L 145, de 30 de abril de 2004.

⁴³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales*, cit., pp. 285-286.

otorga el Derecho comunitario⁴⁴. Dicho de otra forma, el consumidor activo recibe el mismo tratamiento que el profesional con quien contrata.

Esta regulación resulta poco coherente con el principio de protección de los consumidores que proclaman tanto el Convenio como el Reglamento. El consumidor activo, por el hecho de desplazarse a otro Estado, no deja de ser un consumidor, es decir, la parte débil de la relación. Por tanto, resultaría lógico otorgarle al menos la misma protección que se brinda a los consumidores residentes en el país donde contrata, sí amparados –dado su carácter pasivo– por las normas tuitivas sobre contrato de consumidores.

En el ámbito de la ley aplicable, esta distinción entre consumidor activo y pasivo –y su correlativo tratamiento jurídico diferenciado– ha suscitado una notable polémica, alertando algunos autores –principalmente de la doctrina alemana– sobre el peligro de considerar «activo» a un consumidor internauta que celebra en su país de residencia un contrato a través de Internet⁴⁵. Esta consideración se basa en la presunción de que, navegando por Internet, el consumidor asume la ficción de que está penetrando en mercados extranjeros, convirtiéndolo en un consumidor activo y excluyéndolo del régimen tuitivo del artículo 5 CR. Otro sector doctrinal defiende la consideración contraria, al afirmar el carácter pasivo del consumidor que contrata en Internet, siempre que la página web sea accesible de un modo normal desde su Estado de residencia⁴⁶.

Como primera valoración, la pervivencia en el Reglamento Roma I de este tratamiento del consumidor activo resulta censurable, y su inclusión en el régimen general de designación de ley no es la solución más adecuada, ya que ignora la condición de parte débil que posee el consumidor activo y le otorga la consideración de profesional. Hubiera sido preferible someter dichos contratos a la ley del país donde se presta el servicio, en lugar de sujetarlos a la libertad de elección por las partes⁴⁷. Y ello, porque no resulta difícilmente afirmar –como implícitamente hace esta inclusión en el sistema de libre designación de ley– que estamos ante contratos cuyas partes se hallan en posición de absoluta igualdad.

⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., p. 675.

⁴⁵ P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht», *RabelsZ*, n.º 63, 1999, pp. 203-294.

⁴⁶ M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado», *Indret*, n.º 251, 4/2004.

⁴⁷ En este sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 16. F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, p. 271; B. AÑOVEROS TERRADAS, «Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, p. 395.

La aplicación de la ley del país donde se presta el servicio a los contratos celebrados por consumidores activos les otorgaría la condición que realmente poseen: la de parte débil de la relación. Dichos consumidores recibirían el mismo tratamiento que los consumidores «pasivos» del país donde celebran el contrato, en coherencia con el propio sistema conflictual de protección de los consumidores y con el hecho innegable de que el desplazamiento a otro Estado no convierte al consumidor en profesional. De este modo, la propia lógica del sistema de protección se vería respetada, pues los consumidores activos serían tratados como consumidores del Estado donde consumen⁴⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta comprensible la ratio del artículo 6.4.a) al no someter estos contratos al ordenamiento de residencia habitual del consumidor activo, dada la escasa relación del contrato con dicho Estado. Cuando el consumidor se traslada a otro Estado, donde realiza la transacción, no cabe esperar que sea la ley del país de su residencia habitual la que la regule⁴⁹. Por el contrario, resulta más razonable que este se someta al ordenamiento del país de celebración del contrato, con el que realmente presenta un vínculo efectivo. De esta forma, el consumidor activo quedaría equiparado al consumidor pasivo de dicho Estado, y también los sistemas de determinación de la ley aplicable a ambos tipos de contratos, al designar una normativa objetiva y previsible, y evitar el régimen general de los artículos 3 y 4 del Reglamento.

Como hemos visto, el Reglamento solamente somete al régimen especial de los contratos de consumidores a aquellos que, cumpliendo los requisitos materiales descritos, operen en el lugar donde tenga su residencia el consumidor. En este punto, el Reglamento mantiene la distinción ya incluida en el Convenio de Roma entre «consumidor pasivo» y «consumidor activo», amparando bajo su régimen específico únicamente a la primera categoría. En ella se integran los contratos celebrados en el lugar de residencia del consumidor, que recibe en su país la información u oferta por parte del profesional y contrata en dicho territorio, sin que medie desplazamiento físico.

Por el contrario, el consumidor activo es aquel que se traslada de un país a otro, y celebra el contrato en el Estado donde radica el ámbito de actuación del profesional. Este desplazamiento territorial resulta clave en la presente distinción, pues el hecho de acudir el consumidor a otro mercado implica la exclusión de su contrato del ámbito protector del Reglamento. Para el legis-

⁴⁸ M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs...», cit., p. 15.

⁴⁹ En este sentido, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 498; G. DROZ, M. PELICHET y A. DYER, «La Conférence de La Haye de Droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent: bilan et perspectives», *Recueil des Cours*, t. 168, 1980-III, p. 217.

lador, en estos supuestos no está justificada la sujeción del contrato a la ley del país de residencia del consumidor, por considerarla escasamente vinculada con él. Pero, sin cuestionar este punto, resulta excesivo excluir dichos contratos del régimen tuitivo del Reglamento, pues no dejan de ser contratos de consumo tal como los define la propia norma.

La exclusión del consumidor móvil es absoluta, ya que no se le otorga un tratamiento diferente que atienda a su condición de tal, sino que queda sometido al régimen general de designación de ley aplicable (art. 3 y 4). La sujeción de estos contratos al sistema general otorga al profesional la posibilidad de «imponer» una determinada ley como rectora del contrato, incluyendo una legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea que prive al consumidor de los derechos que le concede el Derecho comunitario.

Como dijimos, en estos supuestos el contrato puede presentar una vinculación muy escasa –o nula– con el país de la residencia del consumidor, lo que explicaría su exclusión del régimen proteccionista del artículo 6.1. Pero parece excesivo someter estos contratos al régimen general del Reglamento, pues el consumidor no pierde su condición de tal por el hecho de haberse desplazado a otro país: aplicar en estos casos el sistema de los artículos 3 y 4 implica tratarlo como un profesional, siendo así que continúa siendo la parte débil de la relación.

Por esta razón, hubiera sido más coherente con el mecanismo de protección del Reglamento someter dichos contratos a la ley del país donde se presta el servicio. Su aplicación otorgaría a los consumidores activos la condición que realmente poseen: la de parte débil de la relación. Dichos consumidores recibirían así el mismo tratamiento que los consumidores «pasivos» del país donde celebran el contrato, en congruencia con el sistema conflictual de protección de los consumidores y con el hecho innegable de que el desplazamiento a otro Estado no convierte al consumidor en profesional.

Por todo ello, posiblemente sea esta la principal objeción que quepa hacer al Reglamento Roma I en materia de contrato de consumidores: haber dejado pasar la oportunidad de subsanar un sistema defectuoso desde el punto de vista tuitivo, que excluía de su ámbito de protección un considerable volumen de transacciones, las efectuadas por los consumidores fuera de sus Estados de residencia⁵⁰.

⁵⁰ Al respecto, P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue critique de droit international privé*, n.º 80, 1991, p. 317, donde el autor denuncia la existencia de una laguna legal en este punto. En la misma línea, T. HARTLEY, «Consumer Protection Provisions in the EEC Convention», en *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (ed.), North-Hollan Publishing Company, 1982, p. 130.

IV. El sistema de designación de la ley aplicable al contrato de consumidores

1. Ley rectora del fondo del contrato

El artículo 6.1 y 2 del Reglamento establece el sistema de designación de la ley aplicable a los contratos de consumo conforme a una doble fórmula: estos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual –siempre que el profesional ejerza su actividad en dicho país o haya dirigido a él sus actividades comerciales– o bien, por la ley elegida por las partes, siempre que dicha elección no perjudique al consumidor en el sentido que veremos.

Desde el punto de vista conflictual, la novedad más reseñable del Reglamento radica en la sustitución de la autonomía de la voluntad como criterio principal de elección de ley por una conexión objetiva: la del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que concurran ciertos requisitos referidos al profesional. Esto no significa que desaparezca del ámbito de los contratos de consumo la posibilidad de que sean las partes las que elijan la ley aplicable a estos, que opera como regla alternativa de designación. Y ello, con el límite de que la ley elegida por las partes no contenga un régimen menos protector para el consumidor que el recogido en la ley de su país de residencia habitual.

De este modo, bajo la vigencia del Reglamento Roma I, la ley rectora de un contrato internacional de consumidores ha pasado a ser la ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor⁵¹. Como señala G. PIZZOLANTE, este mecanismo conflictual supone una inversión de los puntos de conexión aplicables al régimen general de los contratos ex artículos 3 y 4 del Reglamento⁵². En efecto, en dicho sistema el criterio principal de designación de ley es la voluntad de las partes y, en ausencia de ella, los criterios de la residencia habitual del vendedor o del prestador de servicios. Por el contrario, el régimen específico de los contratos de consumidores altera el orden de las conexiones, dando prioridad a la residencia habitual del consumidor, al consagrarla como regla de designación objetiva y automática, y otorgando a la voluntad conflictual el papel de elemento corrector o modificador de dicha regla general.

⁵¹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. I, n.º 2, p. 86, donde el autor explica detalladamente las razones de esta opción legislativa.

⁵² «I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. I, n.º 2, p. 227.

Este sistema mejora notablemente la opción inicial, contenida en la propuesta de Reglamento presentada por el Parlamento y el Consejo en diciembre de 2005⁵³, que establecía un mecanismo rígido de determinación de ley que designaba como única ley rectora del contrato la correspondiente al Estado miembro de residencia del consumidor⁵⁴. Dicha elección resultaba menos adecuada por dos razones: su rigidez, que impedía a las partes acogerse a otra legislación más beneficiosa para sus intereses; y su restricción a los ordenamientos de los Estados miembros, sin posibilidad de dar entrada al de un país no comunitario, aun cuando este fuera preferido por los contratantes. Así lo entendió finalmente el legislador y la consagración de la residencia habitual del consumidor como criterio único de designación de ley desaparece ya en la propuesta de reglamento presentada por el Parlamento Europeo y el Consejo con fecha de 31 de marzo de 2008⁵⁵.

El artículo 6 del Reglamento opta así por un sistema flexible, que combina la designación objetiva de la ley de la residencia del consumidor —ya sin la restricción de que esta radique en un país miembro—, con la autonomía de la voluntad de las partes, salvaguardando en tal caso la protección legal mínima que debe otorgarse al consumidor: la establecida por la ley de su Estado de residencia. Esta limitación de la autonomía de la voluntad garantiza que el consumidor quede protegido por la ley de su residencia habitual, que el legislador entiende preferible por resultarle más cercana y conocida⁵⁶. También, este sistema presenta la ventaja, frente al contenido en el Convenio de Roma, de evitar el fraccionamiento del contrato, que queda sometido a una sola ley, que además resulta clara y previsible⁵⁷.

La posibilidad de elegir otra *lex contractus*, aunque con la limitación descrita, presenta otros dos beneficios: para el consumidor, porque le permi-

⁵³ COM (2005) 650 final.

⁵⁴ Una previsión «sorprendente», en palabras de P. LAGARDE, que denuncia la incoherencia de dicha norma unilateralista con las restantes disposiciones del texto reglamentario, calificándola de discriminatoria respecto de los consumidores residentes en un Estado no comunitario («Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, n.º 95 (2), avril-juin 2006, p. 342).

⁵⁵ Documento PE-CONS 3691/07.

⁵⁶ Sobre este mecanismo, sostiene A. L. CALVO CARAVACA que el artículo 6 del Reglamento establece la presunción *iuris tantum* «de que la elección de ley en un contrato internacional de consumo tiene como finalidad privar al consumidor de los beneficios que le atribuyen las normas imperativas del país en que tiene su residencia habitual», permitiendo únicamente la autonomía de la voluntad conflictual, «cuando esta no perjudica a los derechos reconocidos en las disposiciones legislativas de su Estado de residencia habitual» («El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales...», cit., p. 88).

⁵⁷ G. PIZZOLANTE, «I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento Roma I», en *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento Roma I*, a cura di P. FRANZINA, CEDAM, Padua, 2006, p. 52; B. ÜBERTAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I...*, cit., p. 105.

te acogerse a una normativa más protectora que la de su residencia habitual⁵⁸; para el profesional, porque le faculta para organizar sus actividades mediante modelos contractuales uniformes que sopesen, a priori, el riesgo jurídico de contratar en diferentes Estados⁵⁹. De este modo, se conjura el peligro de que una excesiva protección jurídica del consumidor perjudique el desarrollo del comercio electrónico *Business-to-Consumer*⁶⁰, sin dejar por ello de atender a la desigual posición de las partes del contrato.

Sin embargo, pese a la claridad y previsibilidad de esta solución en la designación de la ley rectora del contrato de consumo, su adecuación para una tutela eficaz de los intereses de los consumidores ha suscitado algunas dudas. En primer lugar, porque la conexión principal parece basarse en la presunción de que la ley de la residencia habitual del consumidor es, en todo caso, la que le otorga una mayor tutela, lo cual no puede afirmarse a priori⁶¹. Esta presunción lleva a aplicar imperativamente dicho ordenamiento, aun cuando exista otra legislación más protectora para el consumidor⁶². Para combatir esta situación, se ha propuesto la adopción de una norma de conflicto basada en un punto de conexión flexible: la ley más favorable al consumidor⁶³. Esta norma materialmente orientada permitiría determinar, entre todos los ordenamientos vinculados al contrato, el más beneficioso para la parte débil de la relación. Desde el punto de vista de la favorabilidad, esta opción parece preferible a la aplicación automática de la ley de la residencia habitual del consumidor.

Otra reserva que suscita el sistema reglamentario de designación de *lex contractus* es que, en caso de elección de ley por las partes, la limitación relativa a las disposiciones imperativas de la ley del país de residencia del consumidor exige realizar una comparación entre estas y el ordenamiento elegido por las partes. Sobre este punto, el Reglamento no aclara cuestiones como la apreciación de oficio o a instancia de parte de la norma más favora-

⁵⁸ Una de las principales críticas formuladas al sistema contenido en la propuesta de Reglamento de 2005, que como única ley rectora del contrato designaba la de la residencia habitual del consumidor, fue que venía sustentada por la presunción que tal legislación es siempre la más favorable al mismo (B. URBETAZZI, *Il Regolamento comunitario Roma I...*, cit., p. 106).

⁵⁹ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ley aplicable a los contratos...», cit., p. 14.

⁶⁰ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes...*, cit., pp. 92-93.

⁶¹ Otra interpretación, que sin embargo nos lleva a una conclusión idéntica sobre la norma de conflicto elegida, es la que realiza E. CASTELLANOS RUIZ cuando sostiene que estamos ante «una norma de conflicto neutra que no tiene en cuenta el contenido de la Ley de la residencia habitual del consumidor, con independencia de los resultados a los que conduce la aplicación de dicha Ley y los objetivos perseguidos por el legislador» («Las normas de derecho internacional privado...», cit., p. 148).

⁶² S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «La modificación del artículo 5...», cit., p. 208.

⁶³ B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 207.

ble, o el modo en que debe realizarse la comparación entre ordenamientos⁶⁴. Asimismo, la determinación de las «disposiciones imperativas» de la ley del Estado de residencia del consumidor no es siempre una labor sencilla⁶⁵. La práctica judicial evidencia las dificultades que el tribunal puede encontrar para investigar el contenido de un derecho extranjero⁶⁶, a lo que se añade el hecho de que la prueba del Derecho extranjero no ha sido objeto de uniformización comunitaria⁶⁷. Así, el artículo 18 del Reglamento Roma I remite el régimen procesal de la prueba a la misma ley que rige el contrato, por lo que en el ámbito que tratamos crearía la paradójica situación de tener que utilizar prospectivamente varios ordenamientos procesales, tantos como leyes potencialmente aplicables, para determinar cuál ha de ser finalmente la *lex contractus*⁶⁸.

El régimen de designación de ley contenido en el artículo 6 del Reglamento resulta aplicable a todos los contratos que entren dentro del ámbito material, personal y territorial que fija el mismo precepto. Las transacciones que, como hemos visto, se excluyen de dicho ámbito quedan sujetas bien al sistema general de designación de ley fijado por los artículos 3 y 4 del Reglamento⁶⁹, según dispone su artículo 6.4. Esta designación debe armonizarse con el régimen por determinadas directivas comunitarias para ciertos contratos, en virtud del principio de especialidad consagrado por el artículo 23 del Reglamento⁷⁰. La aplicación práctica de ambos sistemas normativos ha de hacerse en términos de compatibilidad, de modo que la elección de ley por las partes (prevista por el artículo 3 del Reglamento Roma I) queda sujeta a las limitaciones impuestas por las directivas comunitarias, que tratan de garantizar la protección de los derechos de los consumidores por ellas consagrados, cualquiera que sea la ley rectora del contrato designada por las par-

⁶⁴ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 19.

⁶⁵ S. FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «La modificación del artículo 5...», cit., p. 207.

⁶⁶ Sobre el controvertido régimen procesal español de prueba del derecho extranjero y los inconvenientes e incertidumbres que su aplicación viene suscitando en la práctica, vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, 2001, pp. 1155-1170.

⁶⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, p. 55.

⁶⁸ Para G. PIZZOLANTE, el mecanismo conflictual del artículo 6 del Reglamento resulta también criticable por su rigidez, al no prever la aplicación de oficio por parte del juez de otro ordenamiento, ya sea por considerarlo más vinculado al contrato en cuestión o por entenderlo más favorable para los intereses del consumidor («I contratti con i consumatori...», cit., p. 228).

⁶⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., pp. 665-666.

⁷⁰ «Con excepción del artículo 7 [contrato de seguro], el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales».

tes⁷¹. En otras palabras, se trata de impedir que el consumidor se vea privado de la tutela ofrecida por dichas normas materiales como consecuencia de la elección del ordenamiento de un tercer país como *lex contractus*, siempre que el contrato presente un vínculo con algún país miembro, ya sea el del foro u otro Estado⁷².

La importancia de este mecanismo de tutela se aprecia en toda su dimensión si tenemos en cuenta la imposibilidad de dar entrada a esta normativa comunitaria de protección en concepto de «leyes de policía», tal como prevé el artículo 9 del Reglamento Roma I. Al referirse dicho precepto a las normas que protegen intereses generales y públicos, las directivas comunitarias sobre consumidores quedan fuera de su ámbito de aplicación, por carecer de dicho carácter⁷³.

2. Ley rectora de la forma del contrato

El Reglamento Roma I introduce para los contratos de consumo una excepción a la regla general sobre validez formal de los contratos. Dicho régimen general se sustenta sobre normas de conflicto materialmente orientadas a la búsqueda de la validez formal del contrato (art. 11.1 y 2). Así, este será válido en cuanto a la forma cuando lo sea conforme a cualquiera de las leyes que ofrece el legislador como opciones en pie de igualdad: para los contratos celebrados entre personas que se encuentren en el mismo país, la ley rectora del fondo o la del país de celebración (art. 11.1); para los celebrados entre personas que se encuentren en distintos países, la *lex contractus*, la

⁷¹ En este sentido, vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (D.O. L 95 de 21 de abril de 1993); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (D.O. L 144 de 4 de junio de 1997); Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (D.O. L 166 de 11 de junio de 1998); Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (D.O. L 171 de 7 de julio de 1999); Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2003, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (D.O. L 271, de 9 de octubre de 2003); Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (D.O. L 133 de 22 de mayo de 2008).

⁷² G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori...», p. 230.

⁷³ En este sentido, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., p. 675. En contra de esta consideración se manifiesta G. PIZZOLANTE, que defiende el carácter de orden público de las normas protectoras de quienes constituyen la parte débil del contrato, censurando la formulación del artículo 9 del Reglamento por considerarla «demasiado restrictiva y carente de sentido» («I contratti con i consumatori...», cit., pp. 235-236).

ley de los países en que se encuentre cualquiera de las partes en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de ellas tuviera su residencia habitual en ese momento (art. 11.2). Se configura así un sistema conflictual enormemente favorable a la validez formal del contrato, que garantiza en gran medida que este no podrá ser atacado por cuestiones puramente formales.

Sin embargo, este sistema no es aplicable a los contratos de consumidores, cuyo aspecto formal queda sujeto a las excepciones contenidas en los apartados 4 y 5 del mismo precepto, la primera de carácter general y la segunda, más específica. Con carácter general, la validez formal de los contratos de consumo únicamente podrá enjuiciarse conforme a la ley del país de residencia habitual del consumidor (art. 11.4). Y de forma específica, cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometida a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que dicha ley no pueda excluirse por acuerdo de las partes y su aplicación sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato.

Este sistema de determinación de la validez formal de los contratos de consumo resulta censurable desde la perspectiva de la mejor protección del consumidor, pues limita a una la ley rectora de las solemnidades contractuales, siendo así que la regla general es la multiplicidad de ordenamientos alternativos potencialmente aplicables, por aumentar las posibilidades de que el contrato no pueda ser declarado nulo por motivos de forma. En el caso de los contratos de consumo, el legislador mantiene el criterio de la unidad de ley que inspira el artículo 6 también en el aspecto formal, lo cual no resulta justificado. Dicha unidad puede ser beneficiosa cuando se trata de la ley aplicable al fondo, al evitar el complejo proceso de aplicación simultánea de varios ordenamientos a la misma relación contractual, con su consiguiente fraccionamiento. Sin embargo, en el ámbito de la forma del contrato no se produce tal división, y este aspecto se somete a una única ley: la que le otorgue validez. Al multiplicarse las posibles leyes aplicables, aumentan, como se ha dicho, las opciones de validez del contrato, sin que la unidad de ley rectora del fondo se vea afectada por esta situación⁷⁴.

Al no hacerlo así, el legislador comunitario parece persistir en su implícita creencia de que la mejor opción es siempre la ley de la residencia habi-

⁷⁴ A favor de esta propuesta se pronunció el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, al denunciar la falta de lógica de someter la forma del contrato a una única ley, y propugna su inclusión en el sistema general del artículo 9, con la reserva de las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor («Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation», *Treizième réunion*, Viena, 19-21 septembre 2003).

tual del consumidor, lo cual, como ya dijimos, no constituye un axioma. En el caso de que las partes hubieran elegido otra *lex contractus*, la forma quedaría igualmente sometida a la ley de la residencia habitual del consumidor. Esto, por una parte, destruye la presunción anterior de la preferencia por la unidad de ley; y por otra, confirma la presunción reglamentaria de la mayor favorabilidad de este ordenamiento en todo caso, algo que resulta ficticio afirmar sin conocer su contenido material.

Por su parte, la validez formal de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble queda sometida a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que dicha ley no pueda excluirse por acuerdo de las partes y su aplicación sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato. En este caso, la justificación radica en la propia imperatividad de la normativa designada como aplicable. Para los restantes contratos de consumo, la obligatoria sumisión de su aspecto formal a la ley del país de residencia del consumidor podría responder a la intención de salvaguardar la soberanía del Estado en relación con los consumidores que habitan en su territorio y con las solemnidades que revisten los contratos que estos celebran, si bien este argumento resulta poco convincente.

3. La determinación del lugar de residencia habitual del consumidor

Pese a que la residencia habitual opera como primera conexión para determinar la *lex contractus*, y como conexión única para regular el aspecto formal, el Reglamento no contiene una definición de residencia habitual aplicable a los consumidores. Su artículo 19, que delimita dicho concepto, se refiere únicamente a las sociedades y personas físicas que ejerzan una actividad profesional⁷⁵. Este silencio lleva a pensar que el legislador comunitario no ha querido imponer una noción de «residencia habitual» de las personas físicas a los Estados miembros.

Así parece confirmarlo la declaración contenida en el considerando 39 del Reglamento: «la seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas»⁷⁶. Pero la expresión «en particular» debe entenderse casi como «únicamente», dado que el concepto autónomo de residencia acuñado por el Reglamento para las sociedades se extiende solo a las

⁷⁵ Una limitación que se explica –que no justifica– por el hecho de que son ambos conceptos los que, a falta de elección por las partes, determinan la ley rectora del contrato en el régimen general del artículo 4.

⁷⁶ En este punto, el Reglamento Roma I se aparta de la solución acogida por el Reglamento 44/2001, que establece tres conceptos de domicilio para las personas jurídicas (art. 60), afirmando que en sede de ley aplicable, «la norma de conflicto (...) debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación».

personas físicas que tengan la consideración de profesionales. Por tanto, ante la ausencia de una definición reglamentaria de residencia habitual de las personas físicas, se abren dos alternativas para su concreción: establecer un concepto autónomo a efectos de la aplicación del Reglamento o extraer dicho concepto del ordenamiento interno de cada país.

La primera opción ha sido desechada por el propio legislador comunitario, que, además de no incluir dicho concepto uniforme en el texto reglamentario, ha suprimido la posibilidad de acuñarlo que sí ofrecía el Convenio de Roma. Así, su artículo 18 abogaba por una interpretación unificada y autónoma del Convenio por todos los Estados miembros, por lo que el de residencia habitual era un concepto propio del Convenio, sin que cupiera concretarlo conforme un determinado ordenamiento estatal⁷⁷. Por el contrario, en el Reglamento Roma I desaparece esta opción de interpretación autónoma, que es sustituida en algunos aspectos por la inclusión de conceptos específicos, como el de residencia de las personas jurídicas.

Al no haberlo hecho así respecto a la residencia de las personas físicas en el marco del contrato de consumidores, este concepto debe buscarse en cada sistema jurídico estatal, lo que en el caso del ordenamiento español nos lleva a acudir al artículo 40 del Código civil. Dicha opción se asemeja a la recogida expresamente por el artículo 59 del Reglamento 44/2001, pero con la diferencia de que en sede de ley aplicable la determinación del lugar de residencia se hace en todo caso conforme a la *lex fori*, no conforme a las respectivas nociones estatales que pudieran resultar aplicables, tal como prevé el Reglamento 44/2001. Lo que sí concreta el artículo 19 del Reglamento es el momento de determinación del lugar de residencia del consumidor: el de la celebración del contrato. Esta solución resulta lógica, dado que dicha conexión determina la *lex contractus*, por lo que esta no debe quedar expuesta a variaciones posteriores del país de residencia del consumidor.

V. Valoración final

Con carácter general, cabe afirmar que la reforma del sistema de designación de ley para los contratos de consumidores ha respondido en gran medida a las críticas que durante sus casi veinte años de vigencia han ido formulándose al mecanismo establecido por el Convenio de Roma. Ante todo, resulta muy loable el esfuerzo del legislador por adaptar la normativa a las técnicas actuales de contratación, atendiendo con ello a una de las principales reclamaciones de la doctrina y las asociaciones de consumidores, que reiteradamente han denunciado el carácter obsoleto del Convenio de Roma respecto de la realidad del comercio electrónico. Atendiendo ya a las cuestiones

⁷⁷ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9.ª ed., 2008-2009, Comares, Granada, p. 497.

concretas objeto de la reforma, su valoración final arroja aspectos positivos y negativos, que exponemos a continuación.

En el balance positivo destaca la ampliación del ámbito material de protección de los contratos de consumidores, que se extiende a todos los celebrados entre un profesional y un consumidor, desapareciendo así la limitación del Convenio de Roma a los contratos de «suministro de bienes muebles corporales o servicios». Superando dicho concepto restrictivo, el Reglamento utiliza una noción más amplia de contrato de consumo, de la que únicamente se excluyen los enumerados en el catálogo de contratos establecidos por la propia norma. Como excepción a dicho catálogo, destaca la consideración de los contratos de multipropiedad inmobiliaria como contratos de consumo a estos efectos, pese a la exclusión general de los contratos cuyo objeto sea un bien inmueble.

La introducción del concepto de «actividad dirigida» merece igualmente una valoración positiva, pues, pese a las incertidumbres que despierta su concreción, resulta indudable que esta noción se adapta notablemente al ámbito de la contratación electrónica, prescindiendo de toda referencia territorial y adaptándose a la dimensión universal de esta forma de transacción comercial.

Otro de los aciertos del artículo 6 del Reglamento ha sido dar entrada, junto con la conexión principal de la residencia habitual del consumidor, a una excepción basada en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Este sistema se incluía ya en el Convenio de Roma y desapareció en la propuesta de reglamento presentada en 2005, que establecía como única *lex contractus* la de la residencia habitual del consumidor en un país comunitario, lo que suprimía toda posibilidad de dar entrada a la autonomía conflictual. Afortunadamente, dicha propuesta se flexibilizó en el sistema finalmente adoptado, que al tiempo que combate los posibles abusos en la autonomía de voluntad otorgando primacía a la ley del consumidor, no elimina por completo la posibilidad de que ambas partes se acojan a otro ordenamiento, pues no necesariamente el primero tiene que ser el más favorable al consumidor. Con la fórmula actual, la voluntad de las partes se convierte en una conexión que puede desplazar la aplicación del criterio principal de la residencia habitual del consumidor, lo que evidencia el carácter subsidiario o derogatorio de esta conexión⁷⁸.

Respecto a la regla general de la ley del consumidor, si bien es cierto que adolece de cierta rigidez, pues parece presumir que es esa la que en todo caso le resulta más favorable, también otorga a los contratantes una mayor previsibilidad jurídica que el sistema anterior. Además, tal rigidez puede combatirse excepcionando la aplicación de dicha ley mediante la autonomía de la voluntad de las partes. Otro beneficio de esta general es el sometimiento del

⁷⁸ En este sentido, G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori...», cit., p. 229.

contrato a una ley única, evitando el fraccionamiento y eliminando el complejo problema práctico de adaptación de leyes. Asimismo, dicha ley única destaca por su claridad, lo que elimina desde el inicio posibles incertidumbres sobre la ley rectora del contrato.

Desde la perspectiva judicial, la opción por la ley de la residencia habitual del consumidor como regla general presenta la indudable ventaja de minimizar los gastos de litigación, un propósito expresamente declarado por el legislador comunitario. En efecto, la concreción de la ley de la residencia habitual permite soslayar los inconvenientes y costes de dejar en manos del tribunal la determinación de la ley más favorable al consumidor. La práctica forense demuestra que un sistema basado genéricamente en dicha designación judicial sería beneficioso realmente para los consumidores económicamente más solventes, que podrían permitirse reclamar dicha determinación de la *lex contractus* ante las sucesivas instancias judiciales que permitiera cada sistema procesal de recursos⁷⁹.

En este punto, interesa recordar la advertencia de O. CACHARD sobre la inadecuación de la vía judicial y del mecanismo arbitral clásico para dirimir los conflictos surgidos en el marco de los contratos de consumo⁸⁰. Así, aun admitiendo la progresiva adaptación de las normas de Derecho internacional privado a la realidad del comercio electrónico, este autor señala que en caso de litigios de escasa cuantía («microlitigios») resultaría mucho más acorde con la protección del consumidor el recurso a una instancia arbitral electrónica, más dirigida a la mediación o conciliación entre las partes⁸¹.

Pero las indudables mejoras que introduce el Reglamento en materia de contrato de consumidores no ocultan algunas carencias o inconvenientes del sistema, que igualmente resulta obligado mencionar. En primer lugar, la presunción de la ley del país de residencia del consumidor como más favorable. Aunque el legislador comunitario ha tenido el acierto de flexibilizar la norma general de designación de ley permitiendo a las partes elegir una distinta, la conexión principal no será necesariamente en todo caso la más adecuada para la protección de los intereses de los consumidores. Con ella, el Reglamento implícitamente considera la ley de la residencia del consumidor como la más favorable en todo caso a sus intereses, pese a que esto solo se

⁷⁹ La inadecuación de la vía judicial y del mecanismo arbitral clásico para dirimir los conflictos surgidos en el marco de los contratos de consumo ha sido denunciada por O. CACHARD (*La régulation internationale du marché électronique*, cit., pp. 325-337). Aun admitiendo la progresiva adaptación de las normas de Derecho internacional privado a la realidad del comercio electrónico, este autor señala que en caso de litigios de escasa cuantía («microlitigios») resultaría mucho más acorde con la protección del consumidor el recurso a una instancia arbitral electrónica, más dirigida a la mediación o conciliación entre las partes (pp. 338-343).

⁸⁰ *La régulation internationale du marché électronique*, cit., pp. 325-337.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 338-343.

puede afirmar examinando caso por caso el contenido material de dicho ordenamiento.

Pese a la previsibilidad de este criterio, la protección efectiva, real, del consumidor quedaría mejor garantizada si la regla general de designación utilizara puntos de conexión flexibles, como la autonomía de la voluntad o el principio de la ley más favorable. En el primer caso, la libertad de elección debería verse limitada, lógicamente, por las disposiciones imperativas sobre protección del consumidor contenidas en la ley de su Estado de residencia habitual⁸². Esta opción resulta preferible, ya que permite al consumidor ir más allá de las expectativas que le ofrece la ley de su residencia si otro ordenamiento (incluido el del profesional) le resulta más favorable⁸³. En el segundo caso, la conexión de la ley más favorable garantizaría una mayor justicia material, quedando a la apreciación judicial la determinación de dicha norma entre los ordenamientos vinculados con el contrato⁸⁴.

Con ambos mecanismos, ciertamente se perdería en previsibilidad pero se ganaría en eficacia en el sistema de protección del consumidor. Sin embargo, el legislador ha optado por dar prioridad a la primera en el sistema de determinación de ley, cumpliendo así su objetivo de establecer unas normas «claras, generales (...), para que las partes pudieran conocer con certeza de antemano la legislación aplicable a su relación contractual»⁸⁵.

La indeterminación, concepto «actividad dirigida» es otra cuestión que suscita reparos y obliga a proponer mecanismos de mejora, así como su inclusión en los textos reglamentarios. La actual ambigüedad de la noción plantea la necesidad de una mayor concreción. Esta debería adoptar criterios

⁸² Aquí se encaminaba la propuesta del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, que abogaba por la aplicación de la regla general de los artículos 3 y 4 del Reglamento (autonomía de la voluntad o ley del país del vendedor o prestador del servicio) en concurso con la ley eventualmente más favorable de la residencia habitual del consumidor («Réponse au Livre vert...», cit.). Para P. LAGARDE, esta opción hubiera resultado más adecuada desde el punto de vista de la protección del consumidor, al garantizarle la aplicación de la ley más favorable de entre las que confluyen en el contrato («Remarques sur la proposition de règlement...», cit., p. 342).

⁸³ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sus fronteras interiores (Propuesta de modificación del artículo 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 2002, n.º 217, p. 88.

⁸⁴ En esta línea, se ha sugerido también que una opción más favorable al consumidor sería permitir la coexistencia de la ley elegida por las partes con la normativa más protectora, pues la tutela otorgada al consumidor por su ordenamiento de residencia no es necesariamente la más alta en todos los aspectos del contrato. (G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori...», cit., p. 229).

⁸⁵ Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM/2002/0654 final.

interpretativos claros, adaptados a los cambios tecnológicos y que a la vez proporcionen seguridad jurídica, en aras del tan perseguido principio de previsibilidad. Dichos criterios deberán atender principalmente a la intención del profesional de circunscribir su actividad a determinados territorios, objetivo que puede deducirse de los mecanismos tecnológicos empleados al publicitar su oferta.

Otra objeción que cabe hacer al Reglamento Roma I, quizá la principal, es la exclusión de su ámbito de protección del consumidor activo o móvil —el que realiza los actos de consumo en un Estado diferente al de su residencia—, como ya hizo el Convenio de Roma. Esta exclusión tiene carácter absoluto, ya que el consumidor móvil no recibe un tratamiento diferente pero que atienda a su condición de tal, sino que queda sometido al régimen general de designación de ley aplicable (art. 3 y 4). La sujeción de estos contratos al sistema general otorga al profesional la posibilidad de «imponer» una determinada ley como rectora del contrato, incluyendo una legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea que prive al consumidor de los derechos que le concede el Derecho comunitario⁸⁶.

Ciertamente, en estos supuestos, el contrato puede presentar una vinculación muy escasa —o nula— con el país de la residencia del consumidor, lo que explicaría su exclusión del régimen proteccionista del artículo 6.1. Pero parece excesivo someter estos contratos al régimen general del Reglamento, pues el consumidor no pierde su condición de tal por el hecho de haberse desplazado a otro país: aplicar en estos casos el sistema de los artículos 3 y 4 es tanto como tratarlo como un profesional, siendo así que continúa siendo la parte débil de la relación.

Frente a ello, hubiera sido preferible someter dichos contratos a la ley del país donde se presta el servicio⁸⁷, pues su aplicación otorgaría a los consumidores activos la condición que realmente poseen: la de parte débil de la relación. Así, dichos consumidores recibirían el mismo tratamiento que los consumidores «pasivos» del país donde celebran el contrato, lo que resulta coherente con el sistema conflictual de protección de los consumidores y con el hecho innegable de que el desplazamiento a otro Estado no convierte al consumidor en profesional. De este modo, la propia lógica del sistema de protección se vería respetada, pues los consumidores activos serían tratados como consumidores del Estado donde consumen⁸⁸.

El último aspecto a reseñar en el capítulo de las objeciones es el sistema de designación de la ley rectora de la forma del contrato. Su validez formal se somete a un solo ordenamiento, el de la residencia habitual del consumidor, sin posibilidad de buscarla en ninguna otra legislación. La ley de la resi-

⁸⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», cit., p. 571.

⁸⁷ En este sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», cit., p. 16.

⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs...», cit., p. 15.

dencia habitual se convierte en este ámbito en verdadera ley única rectora del contrato, sin que el argumento de la necesaria previsibilidad para las partes resulte aquí justificado. Antes al contrario, cerrar la puerta a las opciones que con carácter general ofrece el artículo 11 en materia de forma resulta incoherente con el objetivo de protección del régimen conflictual de los contratos de consumidores. Mucho más adecuado hubiera sido mantener dichos contratos dentro de la regla general del artículo 11, que a través de una norma de conflicto materialmente orientada ofrece mayores garantías de cara a la consecución de la validez formal del contrato.

Por todo lo anterior, cabe afirmar que la reforma del sistema conflictual del contrato de consumo ha dado primacía a la previsibilidad, unidad y claridad en la designación de la *lex contractus*, en detrimento de la eficacia desde la perspectiva de la protección del consumidor. Ciertamente, este sistema resulta doblemente eficaz: por un lado, permite que las partes puedan prever la ley rectora del contrato; por otro, ayuda a soslayar situaciones problemáticas como su fraccionamiento legislativo. Sin embargo, el mecanismo elegido no garantiza una tutela real y efectiva para el consumidor, al no designar en todo caso la *lex contractus* que le resulte más favorable, ya que ello solo sería posible examinando el contenido de los ordenamientos en presencia, posibilidad que no cabe en esta solución conflictual.