

# PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO EN LA ERA DIGITAL

*Protecting the international consumer in the digital era*

**Beatriz Añoveros Terradas\***

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN; 2. EL CONSUMIDOR DIGITAL TRANSFRONTERIZO: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROTECTORAS. 2.1 Una de las partes debe ser un “consumidor” y la otra un “profesional”. 2.1.1. Significado de “para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional”. 2.1.2. Contratos con doble finalidad. 2.1.3. La otra parte contratante debe ser un “profesional”. Especial referencia a la economía colaborativa y a las plataformas digitales. 2.1.4. La apariencia bajo la que se celebra el contrato. 2.2. Condiciones territoriales: del consumidor pasivo al consumidor activo. 2.2.1. “Actividad del empresario en el Estado del consumidor”: especial referencia al test de actividades dirigidas. 2.2.2. Vinculación del contrato con la actividad “dirigida” por el empresario. 3. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 3.1. Aplicación universal de la Sección IV del RBI bis y exclusiones materiales. 3.2. Acuerdos atributivos de competencia. 4. LEY APLICABLE. 4.1. Ámbito de aplicación material del artículo 6: exclusiones expresas. 4.2. Ley aplicable al contrato de consumo. 4.2.1. Autonomía limitada. 4.2.2. La ley de la residencia habitual del consumidor como umbral de protección mínima. 4.2.3. Contratos celebrados con consumidores cubiertos por el artículo 6 y aplicación cumulativa de las disposiciones internacionalmente imperativas. 4.2.4. Contratos de consumo no cubiertos por el artículo 6 y aplicación de otras disposiciones: especial referencia al consumidor activo.

**RESUMEN:** Vivimos en una sociedad hiper conectada en la que las transacciones de consumo digitales se han convertido en algo casi rutinario y al alcance de todos. Muchas veces, dichas transacciones son internacionales y requieren de un análisis desde el Derecho internacional privado. No ha habido por el de momento una respuesta y regulación específica por parte del Derecho internacional privado, aunque sí se han establecido regímenes, tanto de competencia judicial internacional como conflictuales, protectores del consumidor transfronterizo. Algunas de estas normas tuitivas sí fueron creadas pensando especialmente en dar cobertura al consumidor digital. El presente estudio se centra en el análisis de las dificultades que plantea la aplicación e interpretación de dichos regímenes protectores cuando se trata de un contrato de consumo celebrado en un entorno digital.

**Palabras clave:** Derecho internacional privado europeo, consumidor digital, foros protectores, norma de conflicto materialmente orientada, leyes de policía.

**ABSTRACT:** We live in a hyper-connected society in which digital consumer transactions have become almost routine and within everyone’s reach. Many times, these transactions

---

1 \* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona.

are international and require an analysis from the perspective of private international law. For the time being, there has not been a specific response and regulation by private international law, although regimes have been established, both in terms of international jurisdiction and conflicts of laws, to protect cross-border consumers. Some of these protective rules were created with the digital consumer in mind. This study focuses on the analysis of the difficulties posed by the application and interpretation of these protective regimes in the case of a consumer contract concluded in a digital environment.

**Keywords:** European private international law, digital consumer, protective fora, materially oriented conflict rule, overriding mandatory provisions.

## 1. INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN

En la era digital, las transacciones internacionales de consumo han experimentado un crecimiento exponencial, convirtiéndose en algo casi rutinario y al alcance de todos. Internet y las nuevas tecnologías han permitido que consumidores domiciliados en un Estado celebren rápida y fácilmente contratos de compraventa y prestación de servicios con empresas domiciliadas en otro, sin necesidad de trasladarse de un Estado a otro. La constante evolución de internet ofrece nuevas oportunidades para las empresas y genera modelos de negocio nuevos y alternativos. El desarrollo de las plataformas en líneas y las distintas actividades destinadas a los consumidores y otros agentes plantea, sin duda, nuevos retos que deben afrontarse. La globalización del mercado digital ha conllevado un aumento de la competencia, multiplicado la variedad de bienes y servicios, aumentando las posibilidades de elección por parte de los consumidores, lo que en principio les favorece. Ahora bien, también plantea nuevos desafíos en términos de protección del consumidor, tanto desde la perspectiva sustantiva como desde la óptica del Derecho internacional privado. Los peligros a los que se enfrenta el consumidor se agravan en el entorno digital, pues a los existentes en la era analógica<sup>1</sup>, se añaden otros como las dificultades en la verificación de la autenticidad de los vendedores y productos y, consecuentemente, los potenciales fraudes de distinto tipo, así como, los innumerables problemas de privacidad y tratamiento de datos. Además, en muchas ocasiones la transacción de consumo realizada a través de la red es internacional (generalmente porque las partes contratantes estarán do-

---

1 Como es bien sabido, la desigualdad de las partes contratantes en las relaciones de consumo se ve agravada por el difícil acceso de los consumidores a la justicia. El consumidor desconoce muchas veces cuáles son sus derechos y si los conoce puede desconocer los mecanismos existentes para reclamarlos. El principal problema, sin embargo, viene dado por el elevado coste del litigio en comparación con la escasa cuantía reclamada, lo que puede llevar al consumidor a no entablar acción alguna a pesar de que sus derechos hayan sido vulnerados.

miciliadas en Estados diferentes), siendo necesario un análisis desde el Derecho internacional privado. De ahí que a los obstáculos mencionados haya que añadir otros como, por ejemplo, las dificultades derivadas de la determinación del tribunal competente y del Derecho aplicable, sin olvidar, que una vez ganado el pleito es posible que el consumidor deba proceder al reconocimiento y ejecución de la decisión en el Estado donde se encuentra domiciliada la parte contra la que se dicta la sentencia.

La expansión de los mercados pierde sentido si el consumidor no es capaz de aprovecharla, de ahí que el desarrollo del mercado digital requiera de un marco seguro que garantice los derechos de los consumidores y les conceda la confianza necesaria. El Derecho internacional privado europeo protege, tanto desde la perspectiva jurisdiccional como conflictual, al consumidor que celebra contratos transfronterizos.

El Reglamento Bruselas I bis (en adelante, RBI bis) y el Reglamento Roma I (en adelante, RRI) establecen regímenes especiales destinados a proteger al consumidor contratante. Lo hacen, respectivamente, en materia de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y en materia de ley aplicable. Esas normas protectoras del consumidor no difieren según el entorno en el que se contrate sea digital o analógico, aunque algunas de ellas sí fueron creadas pensando especialmente en dar cobertura al consumidor digital<sup>2</sup>.

Asimismo, varias directivas europeas, que abarcan tanto cuestiones específicas como generales en relación con los contratos celebrados con consumidores, tienen por objeto aproximar el Derecho sustantivo de los Estados miembros<sup>3</sup>. Al-

---

2 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho privado de Internet*, 6ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2022, p. 1427.

3 Véanse, *entre otras*, la Directiva (CE) 85/577 del Consejo, de 1985, sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos [1985] DO L 219/29; la Directiva (CEE) 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales [1985] DO L 372/131; la Directiva (CEE) 87/102 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa al crédito al consumo [1987] DO L 42; Directiva (CEE) 90/88 del Consejo, de 22 de febrero de 1990, por la que se modifica la Directiva 87/102 sobre crédito al consumo [1990] DO L 61; Directiva (CE) 98/7 del Consejo, de 16 de febrero de 1998, por la que se modifica la Directiva 87/102 sobre crédito al consumo [1998] DO L 101; Directiva (CEE) 90/314 del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados [1990] DO L 158/59; Directiva (CEE) 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [1993] DO L 95/29; 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 [1994] DO L 280/83; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Con-

gunas de ellas introducen una norma de Derecho internacional privado que pretende establecer el carácter imperativo del Derecho sustantivo europeo. Como se verá más adelante, la interacción entre el Reglamento Roma I y las directivas no siempre es fácil.

La lógica subyacente a dichas disposiciones consiste en garantizar una protección jurisdiccional y conflictual adecuada al consumidor en cuanto parte débil del contrato. No es posible llevar a cabo un análisis detallado de todas y cada una de las cuestiones que estas normas plantean. El objetivo de esta contribución, y que se corresponde con el Curso de verano que di en el marco de los prestigiosos Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, en julio de 2024, es mucho más modesto, y se centra en las dificultades que plantea la aplicación e interpretación de dichos regímenes protectores cuando se trata de un contrato de consumo celebrado en un entorno digital.

Desde un punto de vista jurisdiccional, el régimen protector previsto en la Sección IV RBI bis otorga al consumidor un beneficio procesal; el consumidor, no debe verse forzado a desistir de hacer valer sus derechos judicialmente por estar obligado a ejercitar su acción ante los Tribunales del Estado en el que su cocontratante está domiciliado<sup>4</sup>. Precisamente por ello, el TJUE ha defendido

---

sejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia [1997] DO L 144/19; Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [1999] DO L 171/12; Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE [2002] DO L 271/16; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo [2008] DO L133/66; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (Texto pertinente a efectos del EEE) [2008] DO L33/10; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE [2011] DO L304/64; Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y las modalidades de viaje vinculadas, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo DO L 326.

4 Sentencia de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15, apartado 18.

que sólo debe protegerse a aquellas personas para las que el litigio es algo inusual<sup>5</sup>; sólo los consumidores *strictu sensu* deben beneficiarse del *forum actoris* y de los límites a la eficacia de las cláusulas de elección de foro. Los que actúan en el ámbito de una actividad mercantil, aunque carezcan de experiencia comercial, deben contar con la posibilidad de un litigio<sup>6</sup>. Desde la perspectiva conflictual, se limita la autonomía de la voluntad en el sentido de que la elección de ley realizada por las partes no puede privar al consumidor de la protección que le ofrece la ley del país de su residencia habitual. La ley de la residencia habitual del consumidor marca el nivel mínimo de protección exigido. El juez deberá realizar una comparación de leyes (comparación no en abstracto sino sobre el asunto a debate). Si la ley elegida ofrece una protección igual o superior a ese nivel mínimo será aplicada. En caso contrario la ley de la residencia habitual del consumidor prevalecerá. Ello supone, efectivamente, una limitación importante a la autonomía de las partes, pero no implica la supresión de la misma. En ausencia de elección, el art. 6 RRI determina que el contrato se regirá por la ley de la residencia habitual del consumidor. Se establece, por tanto, una conexión objetiva, rígida e imperativa.

La función de protección que cumplen estas disposiciones conlleva que su aplicación solo se extienda a personas para las que está realmente justificada<sup>7</sup>. Por ello, el ámbito de aplicación de ambas normas está limitado, debiendo concurrir de los siguientes requisitos cumulativamente<sup>8</sup>. En primer lugar, la persona que celebre un contrato internacional debe ser un “consumidor” según la definición que dan los Reglamentos y, la otra parte contratante, debe ser un “profesional” (ámbito de aplicación personal). En segundo lugar, se ha de haber celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional. En tercer lugar, se imponen determinadas condiciones relativas a la celebración del contrato (condiciones territoriales) que en el entorno digital se traducen en la exigencia de que el empresario dirija sus actividades Estado del domicilio/residencia habitual del consumidor y el contrato se enmarque en dichas actividades.

Si no se cumplen estas condiciones, se aplican las normas generales, tanto de competencia judicial internacional como de ley aplicable. A continuación, se analizan dichos requisitos, su interpretación y su desarrollo jurisprudencial, centrándonos fundamentalmente en las particularidades que estos presentan en la

---

5 *Ibidem.*, p. 583.

6 BISCHOFF, J. M., “Nota a la sentencia Benincasa c. Dentalkit Srl.”, *Journal du Droit International*, vol. 2, 1998, p. 583.

7 *Ibidem.*, par. 19.

8 Sentencia de 3 de octubre de 2019, *Petruchová c. FIBO Group Holdings Limited*, C-208/18, EU:C:2019:825, apartado 39 (en adelante, *As. Petruchová*, C-208/18)

contratación celebrada por internet. Posteriormente se verá el régimen protector de competencia judicial internacional, así como el régimen conflictual. Ahora bien, antes de entrar propiamente en el ámbito de aplicación de las mentadas normativas es preciso hacer algunas precisiones.

Ambas normativas se aplican con carácter general a todo tipo de contrato de consumo, aunque ambas prevén exclusiones expresas. El ámbito de aplicación material de dichas normativas difiere, siendo más restrictivo el del art. 6 RRI. Ambos ámbitos de aplicación material serán analizados al examinar la competencia judicial y la ley aplicable a los contratos de consumo, respectivamente. Valga de momento decir, que el Reglamento Bruselas I bis excluye de la Sección IV el contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento (contratos de viaje combinado). Por su parte el Reglamento Roma I contiene una lista más extensa de exclusiones entre las que destaca, en el tema que nos ocupa, la relativa a los contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual<sup>35</sup>.

Otra observación preliminar que parece oportuna es la que hace referencia a la necesidad de una interpretación coherente de ambos instrumentos y, en particular, de los conceptos que en ellos se utilizan (considerando 7 RRI). Ello sin embargo no significa que en determinadas circunstancias algunas interpretaciones puedan diferir, pues la función de las normas de competencia judicial no es la misma que las de las normas de conflicto.

## 2. EL CONSUMIDOR DIGITAL TRANSFRONTERIZO: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROTECTORAS

Tanto el Reglamento Bruselas Ibis (art. 17) como el Reglamento Roma I (art. 6) definen al “consumidor” como aquella persona física que celebra un contrato “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional” con otra, “el profesional” que “actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”<sup>9</sup>. De dicha definición se desprende que las normas protectoras se aplican exclusivamente a las relaciones B2C y no a aquellas relaciones jurídicas entre consumidores (C2C) ni a las relaciones entre empresarios o profesionales (B2B). El cocontratante del consumidor debe ser un profesional o empresario.

---

9 En puridad el RRI introdujo dos novedades relevantes: por un lado, añadió que el consumidor debía ser persona física y, por otro, que el cocontratante del consumidor debía ser un profesional. Ambas se aplican al RBibis.

## 2.1. Una de las partes debe ser un “consumidor” y la otra un “profesional”

La definición de “consumidor” prevista en sendos reglamentos europeos es prácticamente idéntica y cubre, como adelantábamos, a la “persona física” que celebra un contrato “*para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional con otra persona que actúe en el ejercicio de su actividad profesional*”, a saber, el profesional. No existe, sin embargo, una definición uniforme del término “consumidor” en el Derecho de la Unión Europea, aunque muchas Directivas utilizan un concepto similar. El TJUE ha desarrollado, a través de su jurisprudencia, el concepto de “consumidor”, fundamentalmente en el Reglamento Bruselas Ibis (extensible al Reglamento Roma I) defendiendo una interpretación autónoma (i.e. propia del Reglamento)<sup>10</sup>. Se trata de garantizar que el concepto de “consumidor” se interprete de manera uniforme en todos los Estados miembros y no por referencia a un Derecho nacional específico. El Tribunal también ha manifestado la necesidad de una interpretación restrictiva y teleológica<sup>11</sup>. No ha querido, sin embargo, construir una teoría de fuertes y débiles, sino que ha buscado el objetivo real de las normas de Derecho internacional privado protectoras. Según su jurisprudencia, no se trata de proteger con carácter general a la parte contractualmente más débil de toda relación contractual<sup>12</sup>. Como afirmó el Abogado General Ruiz Jarabo Colomer en el asunto Benincasa “la redacción del art. 13 [CB] no permite, pues, ampliar su ámbito de referencia hasta el punto de incluir en él a todo contrato, cualquiera que sea su objeto y finalidad, en que haya una parte económicamente más débil frente a otra en situación de superioridad, objetiva o circunstancialmente”<sup>13</sup>. Ahora bien, sí es necesario que en los contratos protegidos una de las partes se encuentre en una posición de debilidad frente a la otra.

- 
- 10 Sentencia de 21 de junio de 1978, *Bertrand c. Paul Ott KG*, C-150/77, ECLI:EU:C:1978:137 apartados 14 a 16; Sentencia de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33, apartado 33; Sentencia de 7 de diciembre de 2010, *Peter Pammer c. Reederei Kart Schulüter GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, C 585/08 y C 144/09, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 55 (en adelante, As. *Pammer*, C 585/08 y C 144/09); Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165, apartado 25; Sentencia de 28 de enero de 2015, *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 22.
- 11 Sentencia de 21 de junio de 1978, *Bertrand c. Paul Ott KG*, ECLI:EU:C:1978:137 apartados 14 a 16; Sentencia de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33, apartado 33; Sentencia de 7 de diciembre de 2010, (en adelante, As. *Pammer*, C 585/08 y C 144/09), apartado 55; Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165, apartado 25.
- 12 BRIGGS, Adrian, “Nota a la Sentencia Benincasa c. Dentalkit Srl.”, *Yearbook of European Law*, 1997, p. 531.
- 13 Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer de 20 de febrero de 1997, *Benincasa c. Dentalkit Srl.*, C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337, apartado 50 (en adelante, As. *Benincasa c. Dentalkit Srl.*, C 269/95).

### 2.1.1. Significado de “para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional”

Al definir el término “consumidor” se pone el acento en el carácter no profesional o comercial de la actividad realizada por el “consumidor”: la persona en cuestión debe celebrar un contrato para un uso considerado “ajeno a su actividad profesional”. Se parte de una definición negativa del término consumidor. Por el contrario, la definición de profesional se hace en términos positivos. El cocontratante del consumidor debe ser profesional, i.e., una persona que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

Por su parte, el art. 6 RRI ha aclarado que sólo las personas físicas pueden beneficiarse de la norma de conflicto materialmente orientada (requisito que se extiende a la norma de competencia judicial internacional protectora prevista en el RBIbis). La categoría “persona física” se refiere a los individuos, y no a otras personas (personas jurídicas como empresas o asociaciones de consumidores). Ahora bien, en caso de que el consumidor ceda sus derechos a una empresa o a una asociación de consumidores, ¿sigue siendo de aplicación el régimen protector? Esta fue la situación en el asunto *Shearson Lehman Hutton*<sup>14</sup> en el que el Tribunal de Justicia consideró que, para ser considerado consumidor con arreglo a la Sección IV del Convenio de Bruselas, la empresa cesionaria debía cumplir los requisitos establecidos en el artículo 13 del Convenio de Bruselas (hoy, art. 17 RBI bis). Las normas de competencia judicial internacional protectoras solo protegen al consumidor final privado que no ejerza actividades comerciales o profesionales y que sea parte en la acción de conformidad con el artículo 18 RBI bis<sup>15</sup>. Así pues, la Sección IV del Reglamento Bruselas I bis no es aplicable a un demandante que actúe en el ejercicio de sus actividades comerciales o profesionales y que, por lo tanto, no sea un consumidor parte en uno de los contratos enumerados en el art. 17 RBIbis.<sup>16</sup>

Ahora bien, como observa acertadamente Wilderspin, es dudoso que este razonamiento pueda trasladarse al contexto de la ley aplicable<sup>17</sup>. El *forum actoris* se establece con el objetivo de incentivar al “consumidor” a iniciar un procedimiento judicial contra la otra parte contratante sin necesidad de presentar la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado. Dicha norma busca proteger a aquellas personas para quienes el procedimiento judicial es algo inusual, es decir, los “consumidores” *strictu sensu*. Las partes que actúen en calidad de comercian-

---

14 Sentencia de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15

15 *Ibidem.*, apartado 22.

16 *Ibidem.*, apartado 24.

17 WILDERSPIN, Michael, Article 6' en Magnus, Ulrich; Mankovski, Peter (eds), *Rome I Regulation* Vol. II, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2017, párrafo 18.

tes, aunque tengan menos experiencia que la otra parte contratante, deben prever la posibilidad de litigio. Dado que el Reglamento Bruselas Ibis y el Reglamento Roma I no tienen la misma finalidad, el primero dedicado a la competencia judicial internacional y el segundo a la determinación del derecho aplicable, la razón para no extender el *forum actoris* a la empresa cedida, no está presente en la determinación de la ley aplicable, donde la seguridad jurídica es relevante.<sup>18</sup> En este sentido, y sin perjuicio de la posibilidad que se da a las partes de cambiar la ley aplicable en cualquier momento, es deseable que la ley aplicable se determine en el momento de la celebración del contrato. Nada en el Reglamento Roma I indica que la ley aplicable al contrato pueda cambiar por la cesión de la acción de una parte a otra.

Para determinar si una persona actúa en calidad de “consumidor” o “empresario” hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona<sup>19</sup>, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras<sup>20</sup>. La noción de consumidor “tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente”<sup>21</sup>. Así, según el Tribunal de Justicia, “sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil”<sup>22</sup>. Por lo tanto, esta protección no está justificada en el caso de contratos cuyo objeto se refiera a una actividad profesional, aunque se prevea en un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional<sup>23</sup>.

---

18 *Ibidem.*, párrafo 18.

19 As. Benincasa c. Dentalkit Srl., C 269/95, ap. 16. En el mismo sentido, ver las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, ap. 38: “la condición de consumidor a la que se refiere el art. 13 del Convenio de Bruselas no viene determinada por una situación subjetiva preexistente: una misma persona física puede ser consumidor a unos efectos y empresario a otros”; también, BISCHOFF, J. M., *op. cit.*, p. 583. → Falta nombre de pila de la cita

20 Sentencia de 25 de enero de 2018, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 (en adelante, As. *Maximilian Schrems*, C.498/16).

21 As. *Petruchová*, C-208/18, apartado 55.

22 As. *Maximilian Schrems*, C.498/16, apartado 30 y jurisprudencia citada.

23 Sentencia de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, C-630/17, EU:C:2019:123, apartado 89; As. *Petruchová*, C-208/18, apartado 43.

Más recientemente, el Tribunal de Justicia ha declarado que, por lo que respecta a la naturaleza de la actividad ejercida por la persona que invoca la condición de consumidor, de su jurisprudencia no puede deducirse ninguna distinción en función de que se trate de una actividad por cuenta propia o de una actividad por cuenta ajena<sup>24</sup>. Por lo tanto, el concepto de “profesional” incluye no sólo las actividades por cuenta propia, sino también el trabajo por cuenta ajena.

Según el Tribunal de Justicia, sólo los consumidores finales privados, que no ejerzan una actividad comercial o profesional, están sujetos a las normas especiales de protección de los consumidores de los Reglamentos<sup>25</sup>. ¿Qué debe entenderse por consumo “final” y “privado”? Mientras que el término “privado” podría referirse a una persona no profesional o no comerciante, similar al concepto de “familiar o doméstico” utilizado en otros Convenios<sup>26</sup> y en la legislación nacional, el término “final” es más difícil de definir. Algunos autores definen al “consumidor final” como aquella persona que adquiere bienes o servicios para satisfacer sus necesidades privadas y, por tanto, no reintroduce en el mercado el producto adquirido.<sup>27</sup> Otros, contraponen el “consumo privado final” a los contratos cuya finalidad última es permitir al individuo obtener un beneficio<sup>28</sup>. Por ejemplo, sería el caso de un particular que invierte su propio dinero buscando un beneficio por su inversión. ¿Están esos contratos de inversión excluidos de las normas de protección? En otras palabras, ¿están los inversores particulares cubiertos por las normas de protección?

Desde la perspectiva de los foros protectores, el Tribunal de Justicia confirmó la protección del inversor privado en el ámbito financiero en los asuntos *Petruchová*<sup>29</sup>, y *Reliantco Investments*<sup>30</sup>, sin ser relevante a tal efecto factores como los conocimientos de que disponga la persona que celebra el contrato, el importe elevado de las operaciones efectuadas o incluso que el contrato en cuestión sea

---

24 Sentencia de 20 de octubre de 2022, *ROI Land Investments Ltd contra FD*, C-604/20, ECLI:EU:C:2022:807.

25 El mismo principio puede encontrarse en el Informe Schlosser, en el que se afirma que “solo los consumidores finales que actúen a título particular deben gozar de una protección especial y no quienes contraten en el ejercicio de su actividad para pagar a plazos los bienes y servicios utilizados” (apartado 153, p. 117).

26 Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980.

27 CARRILLO POZO, Luís Francisco ““Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores”” en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis (ed), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Boletín Oficial del Estado, España 1994, p. 273.

28 WILDERSPIN, Michael, *op.cit.*, párrafo 12.

29 *As. Petruchová*, C-208/18.

30 Sentencia de 2 de abril de 2020, *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, ECLI:EU:C:2020:264.

complejo o atípico o implique riesgos a los que se expone dicha persona y de los que ha sido advertida<sup>31</sup>. Tampoco consideró pertinente a efectos de la calificación de “consumidor” en el Reglamento Bruselas I bis, la exclusión de los instrumentos financieros del ámbito de aplicación del art. 6 del RRI, ni la calidad de “cliente minorista” de esa persona en el sentido del art. 4, apartado 1, punto 12, de la Directiva 2004/39. En el primer caso, y como hemos visto con anterioridad respecto de la cesión de derechos por parte del consumidor, los objetivos del Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I difieren y, además, los instrumentos financieros no están excluidos del art. 17 RBIbis. Respecto de la calidad de “cliente minorista” de esta persona, no se ha de olvidar que la Directiva 2004/39 define el “cliente minorista” como “todo cliente que no sea cliente profesional”. Según el punto 11 del citado art. 4, apartado 1, un cliente profesional es “todo cliente que se ajuste a los criterios establecidos en el anexo II” de la citada Directiva. Por otra parte, la calificación de “consumidor” y la de “cliente minorista” que resultan de ambas disposiciones persiguen objetivos diferentes<sup>32</sup> y, por tanto, la calificación de una persona de “cliente minorista”, es por sí sola irrelevante, en principio, para la calificación de esa persona de “consumidor” a los efectos del artículo 17 RBI bis<sup>33</sup>.

En el asunto *Petruchová*, por ejemplo, se trataba de determinar si podía considerarse consumidora en los términos del art. 17 RBIbis a la Sra. Petruchová, domiciliada en la República Checa, que había celebrado un contrato marco a distancia con la empresa de corretaje FIBO (sociedad chipriota) con objeto de poder realizar operaciones en el mercado internacional de divisas FOREX, introduciendo órdenes de compra y de venta de la divisa de base que debían ser ejecutadas por FIBO mediante su plataforma de negociación online. A tal efecto, en el contrato marco se había estipulado la formalización de contratos individuales, entre la Sra. Petruchová y FIBO, calificados de contratos financieros por diferencia (CFD), que constituyen instrumentos financieros cuyo fin consiste en la realización de beneficios resultantes de la diferencia entre los tipos de cambio aplicables, respectivamente, a la compra y a la venta de la divisa de base en relación con la divisa cotizada. El 3 de octubre de 2014, la Sra. Petruchová celebró con FIBO un CFD en virtud del cual introdujo una orden de compra de 35 lotes a un tipo de cambio fijado en relación con el yen japonés (JPY). FIBO ejecutó la orden con 16 segundos de retraso, intervalo en el que se produjo una fluctuación del tipo de cambio USD/JPY en el mercado FOREX. Sin ese retraso la Sra. Petruchová se habría embolsado el triple de beneficio. De ahí que decidiera interponer demanda contra FIBO ante los tribunales de la República Checa.

---

31 As. *Petruchová*, C-208/18, apartado 59.

32 *Ibidem.*, apartado 74.

33 *Ibidem.*, apartado 74.

Finalmente, en *Share Woods*<sup>34</sup>, el Tribunal ya ni siquiera examinó si una persona física que invierte una gran suma de dinero en plantaciones de árboles para obtener un rendimiento por la venta de la madera podía ser considerada un consumidor o no con arreglo a los Reglamentos europeos. El Tribunal asumió que el inversor privado era un consumidor y, a continuación, debatió si el caso estaba o no cubierto por el art. 6.4, letra c), del Reglamento Roma I (este aspecto se tratará más adelante cuando se aborden las exclusiones del art. 6.4 RRI)<sup>35</sup>.

Especial interés en el contexto de internet tienen la sentencia del TJUE en el asunto *Personal Exchange International Limited*, y la consideración de “consumidor” de un jugador de póker en línea que dedicaba a ese juego un gran número de horas al día (9 horas), y por el que obtenía considerables ganancias, sin haber declarado oficialmente tal actividad ni la ofrecerla a terceros como servicio de pago. Al respecto el TJUE aunque recuerda que la regularidad de una actividad es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta, no determina, por sí misma, la calificación que debe hacerse de una persona física con respecto al concepto de “profesional”. Tampoco son relevantes las ganancias obtenidas ni los conocimientos que se tengan<sup>36</sup>.

### 2.1.2. Contratos con doble finalidad

Un comerciante o profesional puede celebrar un contrato en parte para un uso privado y en parte para un uso profesional (lo que se conoce como contratos con doble finalidad o contratos mixtos). Por ejemplo, un profesional o un autónomo podría comprar un coche tanto para uso profesional como privado. Por lo que respecta a los contratos con doble finalidad (profesional y privada), el Informe Giuliano-Lagarde afirmaba que “la situación sólo entra en el ámbito de aplicación del artículo 5 [Convenio de Roma] si [la parte contratante en cuestión] actúa principalmente al margen de su actividad profesional”<sup>37</sup>. La carga de la prueba recae en la persona que invoca la aplicación de las normas de protección. No obstante, “cuando el destinatario de los bienes o servicios o del crédito actuó de

---

34 Sentencia de 10 de febrero de 2022, *UE y ShareWood Switzerland AG, VF, C-595/20*, ECLI:EU:C:2022:86.

35 Los tribunales nacionales también han considerado al inversor privado como consumidor. Véase Hight Court [2001] Lloyd's Rep. Bank, 240; en el Protodikeio Polimedes Atenas: recogido [2003] I. L. Pr. 29..

36 Sentencia de 10 de febrero de 2022, *UE y ShareWood Switzerland AG, VF, C-595/20*, ECLI:EU:C:2022:86, apartado 50.

37 Informe sobre el Convenio de Roma Sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, realizado por los profesores Mario Giuliano y Paul Lagarde, *DOCE C-327*, de 11 de diciembre de 1992 (en adelante, Informe Giuliano/Lagarde).

hecho principalmente al margen de su actividad comercial o profesional, pero la otra parte no lo sabía y, teniendo en cuenta todas las circunstancias, no debería haberlo sabido razonablemente, la situación queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 5 [del Convenio de Roma]<sup>38</sup>.

En el asunto *Gruber*<sup>39</sup>, se pidió al Tribunal de Justicia que determinara si las normas sobre competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores se aplicaban a un contrato para un uso parcialmente relacionado con la actividad profesional de la persona física implicada y, por tanto, sólo parcialmente ajeno a su profesión. La cuestión que se planteaba era si un contrato con doble finalidad (profesional y privada) estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la norma que ahora se encuentra en el art.17 RBIbis y, en caso afirmativo, en qué condiciones y con qué requisitos. El Tribunal de Justicia consideró que esa persona podía ampararse en las normas de competencia protectoras del consumidor previstas en el Reglamento Bruselas Ibis (y por tanto ser considerada “consumidor”) únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato<sup>40</sup>. Por consiguiente, cuando exista un vínculo no marginal, la persona será considerada “profesional”<sup>41</sup>.

En el contexto de las redes sociales, y considerando las particularidades inherentes a sus usuarios, y en particular que los contratos suelen ser de larga duración, el Tribunal de Justicia, en el asunto *Schrems*, confirmó la interpretación restrictiva previamente establecida, si bien permitió una cierta flexibilización del concepto de “consumidor”<sup>42</sup>. Partiendo de la idea, no falta de complejidades<sup>43</sup>, de que la finalidad del contrato para el usuario puede cambiar con el paso del

---

38 *Ibidem.*,

39 Sentencia de 20 de enero de 2005, *Johann Gruber contra Bay Wa AG*, C- 464/01, EU:C:2005:32, en adelante, As. *Gruber*, C-464/01.

40 *Ibidem.*, apartado 39

41 El Tribunal de Justicia ha defendido un concepto más amplio del término “consumidor” en el Derecho sustantivo europeo. Véase el asunto C-570/21 .YYY. S. A. ECLI:EU:C:2023:456, en el que el Tribunal de Justicia considera que la interpretación estricta del concepto de “consumidor” adoptada en el asunto *Gruber* en el sentido de las normas jurisdiccionales protectoras (Convenio de Bruselas, pero también Reglamento Bursells I bis) en el caso de un contrato de doble objeto no puede extenderse, por analogía, al concepto de “consumidor” en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 (apartado 51).

42 As. *Maximilian Schrems*, C-498/16

43 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “Litigación entre las redes sociales y sus usuarios: la sentencia *Schrems* y las perspectivas de futuro”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/01/litigacion-internacional-entre-las.html>.

tiempo (carácter dinámico de la finalidad), el TJUE estableció que solo se puede invocar la condición de consumidor “si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional”. Por tanto, cuando el uso cambia de esencialmente privado a esencialmente profesional, la persona no puede seguir considerándose un consumidor en los términos del art. 17 RBibis. En estos casos el momento relevante a efectos de considerar la condición del consumidor se traslada al momento de la presentación de la demanda<sup>44</sup>. En dicho asunto, el demandante en el litigio principal, el Sr. *Scherms*, usuario de la red social Facebook, inicialmente utilizaba dicha plataforma con fines exclusivamente privados y bajo un seudónimo (utilizaba la plataforma par aun fin *esencialmente privado*). Empleaba una cuenta de Facebook únicamente para actividades personales, como el intercambio de fotografías, la mensajería instantánea y la publicación de contenidos, manteniendo aproximadamente doscientos cincuenta contactos. Poco más tarde, el Sr. *Schrems* creó una página de Facebook con el objetivo de informar al público sobre sus acciones legales contra *Facebook Ireland*, sus conferencias, participaciones en debates públicos y apariciones en medios de comunicación. Esta página también servía para solicitar donaciones y promocionar sus publicaciones. Está claro que la finalidad del contrato entre el Sr. *Schrems* y Facebook cambia con el paso del tiempo y las actividades que se añaden a las originales tienen un carácter que va más allá de lo meramente privado, pero no lo suficiente como para considerar que la finalidad del contrato es *esencialmente profesional*. Algunos autores han querido ver en este pronunciamiento una extensión de la noción de “consumidor” pues englobaría a aquellos sujetos que celebran un contrato cuyo uso profesional es superior a “insignificante” pero inferior a “esencialmente profesional”<sup>45</sup>. Sin negar la flexibilidad introducida por el Tribunal de Justicia en este tipo de contratos de larga duración y finalidad dinámica, entiendo que el TJUE contrapone lo “marginal” a lo “esencial”. Por tanto, solo cuando lo profesional es “marginal” y, por tanto, el uso es “esencialmente privado”, el sujeto será considerado un “consumidor”. A *sensu contrario*, cuando lo privado es “marginal” y el uso es “esencialmente profesional” la persona será considerada un “profesional”<sup>46</sup>.

---

44 *Ibidem*.

45 CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Últimas tendencias”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 95; CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, “Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo. La vida después de Schrems”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, p. 387 y ss.

46 Véase también la Sentencia de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, C-630/17, EU:C:2019:123, apartado 93.

Hacer depender la aplicación de las normas de competencia judicial internacional de valoraciones meramente cuantitativas difíciles de calcular, cuando no imposible, va en contra de la seguridad jurídica pretendida por el Reglamento Bruselas Ibis. Por ello, considero acertado el planteamiento del TJUE de utilizar los extremos y calificar el uso ya de “marginal” ya de “esencial”. Cuando una persona celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en las disposiciones protectoras. Una interpretación teleológica impone dicho resultado pues, aunque el destino del bien tenga una finalidad parcialmente privada, la persona que contrata no precisa un beneficio procesal como lo es el *forum actoris*. También la necesidad de una interpretación restrictiva de la noción de consumidor ampara dicho resultado. El resultado únicamente sería distinto, y estaría justificada la protección, si el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación. A partir de aquí, será el órgano jurisdiccional que conoce del asunto el que deberá decidir en el caso concreto qué es “marginal” y qué es “esencial”. Se trata, por tanto, de determinar si existe un vínculo entre el contrato y la actividad profesional y si dicho vínculo es marginal (o tan tenue) respecto de esa actividad profesional de tal forma que resulta evidente que el contrato en cuestión persigue esencialmente fines privados. Para ello, el juez nacional deberá tener en cuenta el contenido, la naturaleza y finalidad del contrato sino también las circunstancias objetivas en las que se celebró.

En el caso de las redes sociales es muy frecuente que se produzca una mutación en el uso para el que el sujeto celebró inicialmente el contrato. La combinación entre el dinamismo en un contrato y el uso para el que se celebró es lo que lleva al Tribunal a considerar que la mutación debe ser esencial para que se produzca un cambio en la calificación del sujeto. El concepto de “consumidor” se define por oposición al de “operador económico” lo que, como señala Pedro de Miguel puede facilitar esa flexibilización del concepto propuesta por el AG en el contexto específico de las redes sociales, en el cual determinados usos relativos a la reputación y el prestigio profesionales constituyen una prolongación de la personalidad del usuario<sup>47</sup>. Cuando esas actividades no tengan una repercusión comercial directa e inmediata, se seguirá entendiendo que el uso que se hace del contrato es para fines privados<sup>48</sup>.

Es preciso, por tanto, analizar cada situación y ver si en el caso concreto se actúa esencialmente con una finalidad privada o profesional, sin tener en cuenta las condiciones subjetivas del contratante sino meramente las objetivas en las

---

47 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho privado de Internet*, op.cit., p. 1436.

48 *Ibidem*.

que se celebró el contrato. A partir de aquí la cuestión que se plantea es saber cuáles son esas circunstancias objetivas y qué elementos y criterios puede tener en cuenta el juez a tal efecto. En dicha labor es imprescindible analizar el término “profesional” tal y como ha sido interpretado por el Tribunal.

### **2.1.3. La otra parte contratante debe ser un “profesional”. Especial referencia a la economía colaborativa y a las plataformas digitales**

Los reglamentos definen al “profesional” como la persona que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional. En el contexto del derecho sustantivo europeo, el legislador europeo utiliza una terminología más variada y amplia que abarca diferentes conceptos como “comerciante”, “vendedor” y “proveedor”. Como afirma Calliess, “no sólo las actividades comerciales de comerciantes, fabricantes y artesanos, sino también las actividades profesionales de los miembros de las profesiones liberales y académicas, como médicos, abogados y arquitectos, están cubiertas por los términos “profesional”<sup>49</sup>. El Tribunal de Justicia también ha confirmado, como ya se ha visto, en el asunto *ROI Land Investments*, que el concepto de “oficio o profesión” incluye no sólo las actividades por cuenta propia, sino también el trabajo por cuenta ajena<sup>50</sup>.

A pesar de las diferencias entre los términos utilizados en el Derecho sustantivo europeo para referirse al “profesional”, se aprecian dos rasgos comunes. A saber, que pueden ser personas físicas o jurídicas y que esa persona debe actuar con fines relacionados con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. A diferencia de las normas de Derecho internacional privado, las Directivas europeas se refieren a la persona que actúa con un propósito “relacionado con” su actividad comercial. Para algunos autores, cuando no existe ningún vínculo entre la transacción y la actividad profesional de la persona, ésta debe o puede ser considerada como no profesional con respecto a la transacción. Un ejemplo sería el caso de una persona que tiene una profesión y firma un contrato con un objetivo que no está directamente relacionado con su profesión (por ejemplo, un farmacéutico que encarga un sistema informático para su farmacia). En palabras de Pessers, ello podría traducirse en el sentido de que las personas físicas o jurídicas que operan en un ámbito ajeno a su competencia profesional, habilidades y conocimientos con respecto al contrato en cuestión, deben ser tratadas como consumidores<sup>51</sup>.

49 CALLIESS, Cralf-Peter, “Article 6 Rome I”, en CALLIESS, Cralf-Peter, RENNER, Mortiz, *Rome Regulations, Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, parr. 25.

50 Sentencia de 20 de octubre de 2022, *ROI Land Investments Ltd contra FD*, C-604/20, ECLI:EU:C:2022:807.

51 PESSERS, Lodewijk, “Somewhere between “B” and “C”: The Legal Status of the “Prosumer” in European Consumers Laws”, en HELBERGER, Natalie., GUIBAULT, Lucie, LOOS,

La idea de “flexibilización” de los términos “consumidor” y/o “empresario” según las características del contexto y de las circunstancias me parece especialmente necesaria en el marco de los nuevos modelos de negocio que permiten y facilitan el contacto entre pares (iguales) a través de plataformas digitales. Modelos de negocio que reciben distinta denominación como economía colaborativa, economía participativa, economía entre pares (P2P) o consumo colaborativo, y que abren nuevas oportunidades tanto para aquellos que ofrecen bienes o servicios (proveedores de servicios) como para las plataformas digitales que ponen en contacto a esos prestadores de servicios con consumidores. Para los consumidores finales suponen ventajas competitivas a nivel de oferta, precio etc. Uno de los elementos diferenciales de la economía colaborativa se refiere a los agentes que intervienen en ella y que transforman el modelo clásico basado en las categorías tradicionales de empresarios/profesionales y consumidores (B2B, B2C). En la economía colaborativa irrumpen un nuevo modelo en el que las fronteras entre conceptos quedan difuminadas, apareciendo zonas grises a caballo entre el consumidor *strictu sensu* y el comerciante o profesional. Algunos autores hablan del prosumidor<sup>52</sup>, sujeto que aúna las funciones de profesional/productor y consumidor<sup>53</sup>. El prosumidor participa activamente en las plataformas digitales ofreciendo sus productos y servicios a otros particulares gracias a las facilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías. Piénsese, por ejemplo, en el sujeto que decide alquilar por días o semana su casa en la costa a través de la plataforma *Airbnb* o *Homelidays*.

Los consumidores han abandonado su pasividad (en términos de participación en el mercado) para estar a ambos lados de la oferta y demanda. La calificación del sujeto en cuestión como proveedor servicios-profesional/proveedor servicio-par, y su subsunción en la categoría ya de “profesional” ya de “consumidor” en cada una de las relaciones jurídicas en las que participa, determinará el marco jurídico aplicable en sentido amplio (acceso a los mercados, necesidad de licencias, derecho laboral, por ejemplo) así como la aplicación o no de las normas de Derecho europeo y de Derecho internacional privado europeo de protección del consumidor.

Los proveedores de servicios, tanto profesionales como pares, entablan relaciones contractuales tanto con la plataforma colaborativa como con los usuarios

---

Marco, PESSERS, Lodewijk y VAN DER SLOOT, Bart, *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, Wolters Kluwer, The Netherlands, pp. 41-51.

52 JARNE MUÑOZ, Pablo, “El prosumidor como figura clave en el desarrollo del Derecho del consumo derivado del mercado digital”, *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, Vol. 19, 2016, pp. 41-51.

53 El término “prosumidor” es un neologismo originariamente utilizado por Toffler como la unión de las palabras en inglés *producer/professional* (productor/profesional) y *consumer* (consumidor). TOFFLER, Alvin, *The Third Wave*, Bantam Books, New York, 1980.

(consumidores). En sus relaciones con los consumidores o usuarios el proveedor de servicios es la contraparte del consumidor. Si el proveedor de servicios es un proveedor de servicios-profesional no hay duda de que la transacción será B2C. Algunos autores utilizan el término *producing prosumers* para referirse al proveedor de servicios-par en sus relaciones *vis à vis* los consumidores. En este caso, si no lo podemos calificar como “empresario” (“B”), las relaciones contractuales *vis à vis* los consumidores finales serían entre iguales, i.e., C2C y se regirían por las normas generales de los Reglamentos Bruselas Ibis y Roma I respectivamente. Esto es, el consumidor final del bien o servicio no estará protegido frente al proveedor de servicios-par. Lo característico no es tanto la transacción en sí sino el carácter de profesional o no de la contraparte del consumidor, i.e. del proveedor de servicios-par. En sus relaciones con la plataforma, si el proveedor de servicios es un particular (*consuming prosumers*), la clave estará nuevamente en su calificación como “empresario” o “consumidor”. Si lo calificamos como “consumidor”, las transacciones entre el proveedor de servicios-par y la plataforma colaborativa serán B2C y, por tanto, entrarán dentro del ámbito de aplicación de las normas protectoras. En este caso, y a diferencia del anterior, el proveedor de servicios-par se encuentra en el lado de la demanda y no en el de la oferta.

La principal cuestión que se plantea alrededor de esa calificación es que no existe una definición de proveedor de servicios-par en Derecho europeo<sup>54</sup> ni tampoco los Estados miembros utilizan criterios uniformes. No existen elementos claros que permitan diferenciarlo nítidamente del proveedor servicio-profesional. Es precisamente aquí donde la línea entre las categorías ‘comerciante’ ‘consumidor’ queda más difuminada y donde parece necesario establecer criterios que ayuden a determinar si el sujeto actúa como comerciante o consumidor.

En su sentencia en el asunto *Kamenova*<sup>55</sup>, el Tribunal estableció una serie de criterios no exhaustivos que debe utilizar el juez nacional para determinar la condición de “comerciante” o “consumidor” a efectos de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones con los consumidores y la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores, de una “una persona física, que está registrada en un sitio de Internet para la venta de bienes y ha publicado al mismo tiempo un total de ocho anuncios para la venta de distintos bienes en el sitio de Internet”. Entre los distintos criterios se encuentran los siguientes: a) si la venta se llevó a cabo de forma planificada; b) si dicha venta tiene fines lucrativos; c) si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los

---

54 COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, 2.6.2016, COM(2016) 356 final.

55 Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Komisija za zashtita na potrebitelite c. Evelina Kamenova*, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808.

productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa con respecto a dicho consumidor; d) si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor; e) si el vendedor está sujeto a IVA; f) si el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación; g) si el vendedor compra bienes nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional; h) si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos<sup>56</sup>. Según el Tribunal de Justicia, “el cumplimiento de uno o varios de estos criterios no determina, por sí solo, la calificación que debe aplicarse a un vendedor en línea en relación con el concepto de “comerciante”<sup>57</sup>.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE examinada, en muchas ocasiones el proveedor de servicios-par será calificado de “profesional” a efectos del RBIBis y del RRI, a pesar de encontrarse en una clara situación de debilidad frente a la plataforma y de igualdad o casi igualdad respecto de los consumidores finales. Por ello, creo que es necesario que el legislador comunitario se plantee la necesidad de elaborar normas de competencia judicial internacional y de conflicto especiales que protejan a ciertos usuarios profesionales de las plataformas cuando exista un desequilibrio contractual entre las partes. A nivel sustantivo ya se ha visto la extensión del objetivo protector, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>58</sup>. Dicho instrumento establece normas cuyo objetivo es establecer un conjunto de normas que garanticen la transparencia y que permitan a los usuarios profesionales posibilidades de reclamación efectiva en toda la Unión frente a las plataformas, a fin de facilitar las actividades comerciales transfronterizas dentro de la Unión (considerando 7). También las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, por ejemplo, permiten a los Estados ampliar la protección que otorgan a las personas físicas o jurídicas que no son consumidores en el sentido de la Directiva, como las organizaciones no gubernamentales, la administración pública, las empresas de nueva creación y las PYME<sup>59</sup>.

---

56 *Ibidem.*, apartado 38.

57 *Ibidem.*, apartado 39.

58 Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, DOUE, L 186, de 11 de julio de 2019.

59 Considerandos 16-18 de la Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE, L 136, de 22

#### 2.1.4. La apariencia bajo la que se celebra el contrato

Para determinar si una persona que ha celebrado un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de los arts. 17 RBIBis y 6 del RRI puede calificarse de “consumidor”, en el sentido de dichas disposiciones, puede tenerse en cuenta la impresión que la otra parte contratante tiene del comportamiento de dicha persona. La cuestión de la apariencia bajo la que celebra el contrato el supuesto consumidor se planteó en el asunto *Gruber* en una situación de contrato con doble finalidad. En el marco de estos contratos de doble finalidad, el Tribunal de Justicia declaró que a efectos de determinar si la finalidad profesional es marginal o no, el tribunal nacional debe tomar en consideración no sólo el contenido, la naturaleza y la finalidad del contrato, sino también las circunstancias objetivas en las que se celebró<sup>60</sup>. Para facilitar la práctica y la apreciación de las pruebas, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se basará principalmente en las pruebas que figuren, de hecho, en los autos<sup>61</sup>. Cuando dichos elementos de prueba sean suficientes para permitir al tribunal concluir que el contrato tenía una finalidad profesional no marginal, éste no podrá ser considerado consumidor. Por el contrario, cuando las pruebas sean insuficientes, el tribunal que conoce del asunto debe determinar también “si, además, la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que, por su propio comportamiento respecto de su futuro cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales”<sup>62</sup>. En el asunto *Wurth Automotive*,<sup>63</sup> el TJUE tras remitirse a la doctrina examinada y sentada en *Gruber*, establece que para decidir si el supuesto consumidor causó la impresión de actuar como profesional, el tribunal que conozca del asunto deberá tener en cuenta todas las circunstancias que rodearon la celebración del contrato<sup>64</sup> como, por ejemplo, el caso en que un particular encarga, sin dar más información, artículos que de hecho podrían utilizarse para su actividad profesional, o utiliza papelería profesional para ello, o hace entregar mercancías en su dirección profesional, o menciona la posibilidad de recuperar el IVA<sup>65</sup>. Asimismo, la falta de reacción del supuesto consumidor a las cláusulas del contrato que lo

---

de mayo de 2019) y Considerandos 21-22 de la Directiva (UE) 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE L 136, de 22 de mayo de 2019).

60 As. *Gruber*, C-464/01.

61 *Ibidem.*, apartado 49.

62 *Ibidem.*, apartado 51.

63 Sentencia de 9 de marzo de 2023, *JA contra Wurth Automotive GmbH*, C 177/22, ECLI:EU:C:2023:185.

64 *Ibidem.*, apartado 37.

65 As. *Gruber*, C-464/01, apartado 52

designan como comerciante, apoyada por información adicional, podría constituir una prueba de que la conducta del supuesto consumidor podría haber creado la impresión de que actuaba con fines profesionales<sup>66</sup>.

## 2.2. Condiciones territoriales: del consumidor pasivo al consumidor activo

Como ya se ha mencionado, las normas protectoras del consumidor establecen como requisito de aplicación que se den ciertas condiciones relativas a la celebración de un contrato. En efecto, exigen la existencia de un vínculo entre el contrato y la residencia habitual/domicilio del consumidor. La idea que subyace a este requisito es que solo se protege al consumidor “consumidor pasivo”, es decir, al consumidor que ha sido captado en su mercado en las condiciones previstas en los arts. 17.1 RBlbis y 6 RRI y que parten del comportamiento del empresario. En tales casos, el consumidor no se “traslada” al mercado del profesional, sino que es el profesional quien se traslada o quien “dirige” sus actividades al mercado del consumidor. El concepto de “consumidor pasivo” tiene dos elementos diferentes: a) el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro de residencia habitual/domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirige dichas actividades a ese Estado miembro y; b) el contrato entra en el ámbito de dichas actividades.

Para comprender el alcance de los elementos que integran la definición de “consumidor pasivo” es importante conocer la génesis de los mismos. En tal sentido, tanto el Convenio de Bruselas de 1968 como el Convenio de Roma utilizaron un método más casuístico para identificar las situaciones en las que se consideraba que el consumidor era captado en su mercado y por tanto necesitaba ser protegido<sup>67</sup>. El Convenio de Bruselas, limitando la protección a los contratos de venta y prestación de servicios, establecía dos condiciones basadas en las circunstancias que llevaban a la celebración del contrato<sup>68</sup>: a) que la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) que el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato. El Convenio de Roma, por su parte, añadía dos situaciones mucho más específicas y que respondían a técnicas de comercialización de la época<sup>69</sup>.

---

66 Sentencia de 9 de marzo de 2023, *JA contra Wurth Automotive GmbH*, C 177/22, ECLI:EU:C:2023:185, apartado 38.

67 En realidad, las condiciones de cada uno varían coincidiendo exclusivamente en la primera. El convenio de Roma ampliaba los supuestos previstos en el Convenio de Bruselas añadiendo las letras b) y c).

68 BONOMI, Andrea, “Jurisdiction over Consumer Contracts” en DICKINSON, Andrew, LEIN, Eva (eds.), *The Brussels Regulation Recast*, Oxford University Press, England, p. 223.

69 El Convenio quiso prever un tipo de actividad muy extendida consistente en la organización de viajes transfronterizos con el objetivo de incitar a los consumidores a adquirir

En principio, las condiciones establecidas fueron pensadas para proteger al consumidor que celebraba contratos a distancia con empresas extranjeras, por ejemplo, a través de catálogos, y también en los casos de venta a domicilio<sup>70</sup>. Se exigía que el comerciante hubiera realizado determinados actos tales como publicidad en medios de comunicación (prensa, radio, televisión, etc.) o mediante catálogos especialmente dirigidos a dicho país o bien haber realizado propuestas de negocios individualmente a través de un agente o un vendedor ambulante<sup>71</sup>. Además, el consumidor debía haber realizado en su país los actos necesarios para la celebración del contrato. El término “actos necesarios” incluía cualquier escrito o gestión efectuados a raíz de una oferta o publicidad. Se prefirió la utilización de un término amplio evitándose de este modo los problemas en la determinación del lugar de celebración del contrato<sup>72</sup>.

La localización geográfica de tales circunstancias presentaba dificultades en la contratación electrónica y de ahí que uno de los puntos clave de la reforma llevada a cabo por el RBI fuera precisamente la norma de competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo. Tal y como estaba redactado, el texto daba lugar a una gran incerteza sobre si el consumidor internauta tenía o no derecho al *forum actoris* y a la protección que le otorgaban las normas imperativas del país de su residencia habitual. Por ello, el principal objetivo de la modificación del art. 13 CB fue, precisamente, corregir esa incerteza aclarando en qué casos estaría cubierto. Se pensó que, en principio, los consumidores que contratan por Internet no deberían estar menos protegidos que los que lo hacen respondiendo a una oferta enviada por correo o a un anuncio publicado en la prensa. La cuestión se centraba en determinar si se trataba de consumidores activos o pasivos, distinción como sabemos fundamental en el sistema previsto por el art. 5 CR y 13 CB. La solución adoptada fue el resultado de un compromiso entre los que defendían una protección elevada del consumidor internauta y los que deseaban mantener una aplicación restrictiva de la Sección IV en aras a proteger al empresario, especialmente al mediano y pequeño empresario, de la carga de litigar en el extranjero por su mera presencia en la red.

---

determinados productos. A tal efecto, la tercera condición prevé la aplicación de la norma tuitiva cuando, tratándose de una venta de mercancías, “*el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta*”. El desplazamiento debe hacerse partiendo del país del consumidor.

70 Art. 5(2): “*si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país —el de la residencia habitual del consumidor— por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato*”.

71 Report Giuliano/Lagarde, *op.cit.*, p. 22.

72 *Ibidem*.

El Reglamento Bruselas I sustituyó el método casuístico por una fórmula más general y flexible, exigiendo que el cocontratante del consumidor ejercitase actividades comerciales en el Estado del domicilio del consumidor o dirigiese tales actividades a dicho Estado o a varios Estados incluido el del domicilio del consumidor, siempre que el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. Desaparece la exigencia de que haya existido una oferta especialmente dirigida al consumidor en el Estado de su domicilio o publicidad, al igual que el requisito de que el consumidor haya realizado en su Estado los actos necesarios para la conclusión del contrato. Esta última supresión juega un papel fundamental en lo relativo a los contratos celebrados a través de un sitio Internet interactivo. Por lo que se refiere a dichos contratos, el lugar donde el consumidor realiza estas gestiones, como ya hemos visto, podría ser difícil o imposible de determinar y, en todo caso, éstas podrían carecer de pertinencia para la creación de un vínculo entre el contrato y el Estado del consumidor. El punto de partida del nuevo art. 15 del RBI es que el cocontratante es quien crea el vínculo al dirigir sus actividades al Estado del consumidor. En efecto, el Reglamento Bruselas I amplió el concepto de consumidor pasivo, si bien a través de una noción no siempre fácil de determinar: la localización de actividades profesionales o comerciales del empresario en el país de residencia habitual del consumidor. Cuando el Convenio de Roma se convirtió en el Reglamento Roma I, el art. 6 siguió la redacción de las condiciones establecidas en el Reglamento Bruselas I.

### **2.2.1. “Actividad del empresario en el Estado del consumidor”: especial referencia al test de actividades dirigidas**

Es el primer y fundamental elemento de la definición de consumidor “pasivo”. La actividad del empresario debe estar vinculada al Estado del consumidor. Se prevén dos supuestos: a) que el empresario profesional ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor; b) que el empresario o profesional por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último.

En el primer supuesto, el cocontratante del consumidor realiza propiamente actividades comerciales o profesionales en el Estado del consumidor. Es decir, tiene una presencia física, ya sea permanente o temporal, en el país del consumidor a través de un establecimiento, una sucursal, un stand o un agente comercial<sup>73</sup>.

---

73 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «Consumer Protection from a Conflict-of-Laws perspective: The Rome I Regulation Approach», en FORNER DELAYGUA, Joaquim. J., GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, VIÑAS FERRER, Ramón (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 450

En este caso, será relativamente fácil el probar la realización de dichas actividades por parte del empresario, especialmente<sup>74</sup>.

Por lo que se refiere a los contratos celebrados por internet interesa el segundo de los supuestos, que sin duda plantea mayores dificultades en su determinación al exigir que empresario “*por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último...*”

Tal y como ya hemos visto, estas condiciones introducidas por el RBI pretendían tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia y, en especial, el comercio electrónico<sup>75</sup>. Desde la perspectiva de la protección procesal, la idea que subyace es que la empresa que opera habitualmente o dirige sus actividades al país donde está domiciliado el consumidor, tiene la carga de litigar en ese país. Ahora bien, continúa presente la idea de que es un consumidor necesitado de protección porque ha sido captado en su mercado doméstico y no necesariamente es consciente de estar celebrado un contrato internacional. En consecuencia, se continúa limitando la protección jurisdiccional al consumidor ‘pasivo’.

El Reglamento, sin embargo, no aclara ni define el concepto de actividad “dirigida”<sup>76</sup>. Se trata de un concepto indeterminado y suficientemente vago como para plantear diversas dudas interpretativas en el marco del comercio electrónico. Por ello, no es de extrañar que haya sido el TJUE el que haya ido desarrollando y aclarando dicho requisito a través de su jurisprudencia. En este sentido destacan los asuntos acumulados *Pammer* y *Hotel Alpenhof*<sup>77</sup> en los que el TJUE aclara las dudas interpretativas ocasionadas, en el marco del comercio electrónico, a raíz que de la exigencia del hoy art. 17.1. c) del RBIBis, i.e., que el cocontratante del consumidor “dirija” sus actividades al Estado del domicilio del consumidor. La cuestión planteada fue si la mera presencia en internet era suficiente para satisfacer el requisito de la “actividad dirigida”.

El TJUE comienza afirmando que la noción de “actividad dirigida” debe interpretarse de forma autónoma haciendo referencia, principalmente, al sistema y

---

74 BONOMI, Andrea, *op. cit.*, p. 224.

75 Sentencia de 14 de mayo de 2009, *Isinger*, C-180/06, ECLI:EU:C:2009:303, apartado 59 y Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO, L 177, de 4 de julio de 2008, considerando 24.

76 As. *Pammer*, C 585/08 y C 144/09, apartado 55.. En el asunto *Pammer* el TJUE interpretó el concepto de “actividad dirigida” en marco del art. 15 del RBI. No obstante, dicha interpretación puede trasladarse al art. 17 del RBIBis. De ahí que en el texto nos refiramos al art. 17 RBIBis, para evitar confusiones innecesarias.

77 As. *Pammer*, C 585/08 y C 144/09. Sobre estos asuntos ver el comentario de DE MIGUEL ASENSIO, P., en su blog y el comentario de ÁLVAREZ TORNÉ, M., en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011-2, pags. 239 y ss.

a los objetivos de dicho Reglamento, con el fin de garantizar su plena eficacia y restrictiva<sup>78</sup>. Ha de considerarse que el tenor del art. 17, apartado 1, letra c), engloba y sustituye los conceptos precedentes de oferta “especialmente hecha” y de “publicidad” (previsto en el Convenio de Bruselas y Convenio de Roma) al incluir una gama más amplia de actividades, como indican los términos “por cualquier medio”<sup>79</sup>. Sin embargo, de dicho precepto no puede deducirse si los términos “dirigiere tales actividades a” hacen referencia a la voluntad del vendedor de orientar sus actividades a otro u otros Estados miembros o si simplemente aluden a una actividad orientada *de facto* hacia ellos, con independencia de dicha voluntad<sup>80</sup>. La cuestión que se plantea, por tanto, es si se exige que el vendedor tenga voluntad de dirigirse a otro u otros Estados miembros y, si este es el caso, de qué forma debe manifestarse dicha voluntad<sup>81</sup>.

El Tribunal afirma la necesidad de que exista esa voluntad por parte del empresario de actuar y captar consumidores de ese Estado<sup>82</sup>. Tal requisito se da claramente en todos aquellos casos en los que, como veíamos anteriormente, el empresario dispone de establecimiento en el Estado del consumo o realiza algún tipo de publicidad a través cualquier forma en el Estado contratante del domicilio del consumidor, ya sea difundida de manera general, por medio de la prensa, la radio, la televisión, el cine o cualquier otra vía, o remitida de manera directa, por ejemplo mediante catálogos especialmente dirigidos a dicho Estado, y a las ofertas de negocio sometidas individualmente al consumidor, en particular por medio de un agente o de un vendedor ambulante<sup>83</sup>.

Más dificultades plantea la publicidad realizada en la red. En tal sentido el considerando 24 del Reglamento Roma I, recoge los términos de la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión en relación con el art. 17 RBis, que establecía que, para que esta disposición sea aplicable, no basta con que un sitio de Internet sea accesible. El TJUE confirma en el asunto *Pammer* dicha interpretación. Por tanto, la mera accesibilidad a un sitio web no es suficiente para verse cumplido el requisito de la intencionalidad del empresario de dirigir sus actividades al Estado del consumidor.

Para considerar que existe, por parte del empresario, la voluntad de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados miembros, entre los cuales se encuentra el del domicilio del consumidor, el TJUE afirma que debe comprobarse si, antes de que se celebrara el contrato con dicho consumidor

---

78 As. *Pammer*, C 585/08 y C 144/09, apartado 55.

79 *Ibidem.*, apartado 61.

80 *Ibidem.*, apartado 63.

81 *Ibidem.*, apartado 64.

82 *Ibidem.*, apartado 75.

83 *Ibidem.*, apartado 66.

existían indicios que demostraran que el vendedor tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en ese Estado<sup>84</sup>. La distinción entre webs pasivas e interactivas no es, por tanto, determinante<sup>85</sup>.

Aunque está claro que la mera accesibilidad no es suficiente, es posible que un empresario dirija sus actividades al Estado del domicilio del consumidor a través de una web pasiva. De la misma manera, la caracterización de un sitio web como interactivo, en el sentido de que permite ponerse en contacto con el vendedor por vía electrónica e incluso celebrar el contrato en línea a través de un sitio, no es un presupuesto necesario para apreciar que dirige las actividades a un Estado miembro distinto del de establecimiento del vendedor<sup>86</sup>.

Lo determinante es que exista esa intención de dirigir sus actividades al Estado del domicilio del consumidor. A partir de ahí, la Sentencia aporta una relación no exhaustiva de elementos que pueden constituir indicios relevantes a esos efectos. El TJUE también afirma que determinados elementos no son relevantes a tal fin. De esta forma, quedan superadas las dudas que había ocasionado la interpretación dada en la Declaración del Consejo y de la Comisión adoptada al aprobar el RBI (reiterada en el considerando 24 del Preámbulo del Reglamento 593/2008) sobre la no relevancia de “la lengua o la divisa utilizada por un sitio de Internet no constituye un elemento pertinente” para concretar el país al que la actividad va dirigida<sup>87</sup>. El TJUE entiende que tanto la lengua como la divisa sí son elementos relevantes. Con carácter general, se afirma que entre los indicios que permiten determinar si una actividad está “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor figuran todas “las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado miembro”, como por ejemplo, la mención de que ofrece sus servicios o sus bienes en ese Estados miembro designado específicamente o la publicidad en medios que facilitan el conocimiento de su sitio por consumidores domiciliados en ese Estado miembro<sup>88</sup>. También demuestran la existencia de esa voluntad los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros. Ahora bien, otros indicios no tan patentes también pueden llevar a la conclusión de que existe tal voluntad por parte del empresario. A tal efecto el TJUE aporta una lista no exhaustiva de indicios, entre los figuran: el carácter internacional de la actividad en cuestión —como algunas actividades

---

84 *Ibidem.*, apartado 76.

85 *Ibidem.*, apartado 79.

86 *Ibidem.*, apartado 77.

87 DE MIGUEL ASENSIO, P., «El asunto Pammer y el artículo 15 RBI», en <http://pedrode-miguelasensio.blogspot.com.es/2010/12/el-asunto-pammer-y-el-articulo-15-rbi.html>

88 *As. Pammer*, C 585/08 y C 144/09, apartado 80.

turísticas—, la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor —por ejemplo “.de”— o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros —como “.com” o “.eu”—, la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes<sup>89</sup>.

Finalmente, la Sentencia menciona algunos elementos o indicios que no son en sí constitutivos de esa voluntad, como la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor<sup>90</sup>.

### **2.2.2. Vinculación del contrato con la actividad “dirigida” por el empresario**

El segundo y también fundamental elemento de la definición de consumidor pasivo se refiere a la celebración del contrato de consumo y su vinculación con la actividad dirigida por el empresario al Estado del domicilio del consumidor. Como se recordará tanto el Convenio de Bruselas como el Convenio de Roma exigían que el consumidor “*hubiere realizado en este Estado [Estado miembro de su domicilio] los actos necesarios para la celebración de dicho contrato*”. Tal requisito desaparece en las reformas posteriores, pasando a utilizarse una expresión mucho más flexible: “*y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades*”. Dicha expresión plantea una serie de cuestiones interpretativas que muestran una vez más la complejidad del tema que estamos tratando.

Dicha condición se aplica en los dos supuestos previstos por la norma, i.e., cuando el empresario realiza actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor y cuando, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último. Como afirma Garcimartín, debe existir un vínculo claro entre las actividades que el profesional dirige al Estado del consumidor y el contrato celebrado por el consumidor<sup>91</sup>. Para anali-

---

89 *Ibidem.*, apartado 83.

90 *Ibidem.*, apartado 94.

91 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. J, *op, cit.*, p. 452. El autor menciona algunos de los problemas que, durante las negociaciones del Reglamento Roma I, planteó la aplicación de dicho requisito en aquellos casos en que el profesional ejercía sus actividades en varios Estados miembros y el consumidor tenía su residencia en uno de ellos, pero el contrato celebrado no forma parte del ámbito de las actividades que el profesional realizaba en el estado del consumidor. Por ejemplo, una empresa francesa posee varias tiendas en

zar el alcance y significado de la expresión “y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades” seguiremos el iter jurisprudencial del TJUE respecto de las distintas cuestiones que se le han ido planteando. Veremos que lo que constituye el segundo elemento esencial de aplicación de la norma tuitiva y que exige de forma expresa el art. 17 RBIbis, el TJUE lo anula en su jurisprudencia, lo que le lleva a desdibujar completamente la noción “consumidor pasivo” y las limitaciones protectoras introducidas en las normas protectoras.

Para ello, veremos en primer lugar si del art. 17 RBI se desprende la necesidad de que el contrato de consumo se haya celebrado. En segundo lugar, si ese contrato de consumo debe haberse celebrado a distancia o también se protege al consumidor cuando el contrato se ha celebrado entre presentes. En tercer lugar, veremos si se precisa la existencia de un nexo de causalidad entre los medios utilizados por el empresario para dirigir sus actividades al domicilio del consumidor i.e., la web y la celebración del contrato. Finalmente, plantharemos la posibilidad de extender la protección a contratos conexos.

#### a) Necesidad de haberse celebrado un contrato de consumo

El saber si el art. 17 RBIbis exige como requisito de aplicación la celebración de un contrato de consumo ya se había planteado al TJUE respecto de su predecesor art. 13 CB, en el asunto *Engler*<sup>92</sup>. En dicha ocasión el TJUE afirmó que la literalidad del art. 13 CB cuando se refiere sin ambigüedad al “*contrato celebrado*” por un consumidor “*que tenga por objeto la prestación de servicios o el suministro de mercaderías*”, exige claramente la celebración de un contrato, cosa que, por otro lado, no hacía el art. 5(1)CB<sup>93</sup>. Unos años más tarde, en un asunto muy similar (*Asunto Ilsinger*), se planteó la misma cuestión respecto del art. 15 RBI. Nuevamente, el TJUE afirmó la exigencia de tal requisito, fundamentándolo tanto en la redacción de la parte introductoria del apartado 1, del artículo 15 RBI, como de la letra c), del mismo apartado. Esta idea se ve reforzada, además, por el título de la sección 4 del capítulo II, que se refiere a

---

Francia, Portugal y España. Un consumidor residente en España viaja a París durante un fin de semana y concluye un contrato en una de las tiendas que la empresa tiene en esa ciudad. En este caso, el profesional realiza actividades en el país de residencia del consumidor (España). Sin embargo, el contrato no entra en el ámbito de dichas actividades. Existen varios sectores en los que es ciertamente habitual que las empresas diseñen sus relaciones contractuales teniendo muy en cuenta la normativa del Estado donde las realizan (i.e. sector bancario, seguros). De ahí la importancia de que se cumpla también la segunda condición prevista por el art. 17 RBIbis.

92 Sentencia de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33,

93 *Ibidem.*, apartado 40.

la “competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”<sup>94</sup>. El *forum actoris* concedido al consumidor queda compensado por la exigencia de que exista contrato entre ellos<sup>95</sup>.

De ahí que a efectos de la aplicación de los mencionados arts. 17 a 19, la demanda formulada por un consumidor solo pueda estar dirigida contra su cocontratante. En el asunto *Club la Costa* el TJUE interpreta la expresión “la otra parte contratante” contenida en el artículo 18.1 RBIBis y entiende que se refiere únicamente a la persona, física o jurídica, parte en el contrato en cuestión y no se extiende a otras personas jurídicas vinculadas al consumidor demandante a través de otros contratos ni a empresas del mismo grupo vinculadas por otros contratos<sup>96</sup>.

#### b) Forma de celebración del contrato: contratos a distancia y contratos entre presentes

La segunda cuestión que se planteó, y sobre la que tuvo ocasión de pronunciarse el TJUE en el asunto *Mühlleitner*<sup>97</sup>, se refiere a si del art. 17 RBIBis resultaba exigible que el contrato hubiera sido negociado a distancia o podía otorgarse también la protección cuando el contrato en cuestión se había celebrado entre presentes. En realidad, la duda provenía del *iter* argumentativo utilizado por el propio Tribunal en el asunto *Pammer* de donde parecía que podía desprenderse dicha exigencia<sup>98</sup>. El TJUE considera que del art. 17 RBIBis no puede desprenderse

94 Sentencia de 14 de mayo de 2009, *Ilseger*, C-180/06, ECLI:EU:C:2009:303, apartado 53. Ver asimismo Sentencia de 28 de enero de 2015, *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 38.

95 Es cierto que en el asunto *Maletic* el TJUE da una interpretación amplia del concepto de la “otra parte contratante” del art. 18.1 RBIBis cubriendo al cocontratante del operador con el que el consumidor celebra un contrato y tenga su domicilio social en el Estado miembro del domicilio de ese consumidor, pero en tal supuesto el consumidor estaba de antemano vinculado contractualmente, de modo indisociable, a dos cocontratantes. En cambio, en el asunto de autos, el contrato controvertido se celebró con una única Sociedad (*Club La Costa*); las demás sociedades demandadas era parte en otros contratos celebrados con el consumidor y, por tanto, no pueden estar comprendidas en el concepto “la otra parte contratante”.

96 Sentencia de 14 de septiembre de 2023, *Club La Costa*, C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672 (en adelante, *As. Club La Costa*, C-821/21).

97 Sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*, C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542, (en adelante, *As. Mühlleitner*, C-190/11).

98 Asunto *Pammer*, apartado 86. “Sin embargo, *Hotel Alpenhof* sostiene que el contrato con el consumidor se celebró in situ y no a distancia, ya que la entrega de las llaves de las habitaciones y el pago se efectuaron in situ, y que, por lo tanto, no cabe aplicar el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 44/2001. Ap 87 A este respecto, el hecho de que

la exigencia de que el contrato se celebre a distancia<sup>99</sup>. Para realizar tal afirmación recurre a una interpretación literal y teleológica del mencionado precepto. Es indudable que el art. 17 RBIbis no exige de forma expresa dicha circunstancia relativa a la forma de celebración del contrato. El TJUE recuerda, además, que en la exposición de motivos de la Propuesta de RBI<sup>100</sup> la Comisión afirmaba que “*el hecho de que desaparezca la condición impuesta en el antiguo artículo 13 [del Convenio de Bruselas] (que el consumidor hubiera realizado en su Estado los actos necesarios para celebrar el contrato) significa que el punto 3 del párrafo primero del artículo 15 [actualmente artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I] también se aplica a los contratos celebrados en un Estado miembro que no sea el del consumidor*”.

Según el Abogado General Cruz Villalón, si el legislador comunitario hubiera querido limitar la protección a los contratos celebrados a distancia lo hubiera dicho de forma expresa<sup>101</sup>. Por tanto, el lugar donde se celebra el contrato es irrelevante. De ello se deriva que la distinción tradicional entre consumidores activos y pasivos queda claramente desdibujada. Lo relevante y determinante no es si el consumidor se desplaza o no, si no si el empresario dirige o no sus actividades al estado del domicilio del consumidor y existe un contrato de consumo en el marco de dichas actividades, i.e., un contrato de consumo vinculado o ligado a las mentadas actividades. El lugar de celebración del contrato es, por tanto, irrelevante en la medida en que exista la mentada vinculación.

En cuanto a la interpretación teleológica del art. 17 RBIbis, el TJUE considera que sería contrario a los objetivos tuitivos del mentado precepto el incorporar un requisito adicional<sup>102</sup>. Ahora bien, a pesar de considerar que la celebración de un contrato a distancia no es un requisito de aplicabilidad del art. 17 RBIbis, el TJUE afirma que puede considerarse un indicio de que el contrato en cuestión está vinculado a la actividad dirigida al Estado del consumidor<sup>103</sup>.

---

*las llaves se entreguen al consumidor y de que este efectúe el pago en el Estado miembro en cuyo territorio está establecido el vendedor no impide que se aplique la citada disposición si la reserva y su confirmación tuvieron lugar a distancia, de modo que el consumidor se obligó contractualmente a distancia”*

99 As. *Mühlleitner*, C-190/11, apartado 35.

100 Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado por la Comisión en Bruselas, el 14 de julio de 1999 [COM(1999) 348 final].

101 Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón de 24 de mayo de 2012, *Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*, C-190/11, ECLI:EU:C:2012:313, apartado 21.

102 As. *Mühlleitner*, C-190/11, apartado 42.

103 As. *Mühlleitner*, C-190/11, apartado 44.

c) Nexos de causalidad entre la actividad dirigida y el contrato celebrado por el consumidor

Partiendo de la posibilidad de proteger al consumidor activo en la medida en que el empresario haya dirigido sus actividades al domicilio del consumidor, la siguiente cuestión que se planteó fue si era necesaria la existencia de un nexo de causalidad entre el medio utilizado para dirigir actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor (a través de una web) y la celebración del contrato con ese consumidor. En el asunto *Emrek*<sup>104</sup> se plantea la cuestión de saber si las normas de competencia protectoras del consumidor también se aplican cuando el consumidor no ha sido propiamente captado o inducido a contratar por la web a través de la cual el empresario dirige sus actividades al estado del domicilio del consumidor. En el asunto planteado aparece probado que el consumidor en cuestión conoció la empresa con la que contrató a través de unos amigos.

Con relación a dicho aspecto, ya en el asunto *Shearson Lehman Hutton v TVB* se le había preguntado al TJUE si, con relación al entonces art. 13. 3 CB, debía existir un vínculo entre la publicidad realizada por el empresario para captar al consumidor y la conclusión del contrato<sup>105</sup>. Aunque el TJUE no contestó a dicha cuestión pues entendió que la Sección IV no era de aplicación en el asunto, el Abogado General Darmon sí respondió afirmando, ya entonces, que el art. 13.3 CB exigía únicamente que la celebración del contrato de consumo hubiera sido precedida de publicidad en el Estado del domicilio del consumidor<sup>106</sup>. El Convenio no exigía que el consumidor probara la existencia de un nexo de causalidad entre la publicidad y la celebración del contrato<sup>107</sup>. La constatación de tal vínculo causal por parte del consumidor, no sólo es difícil en la práctica, sino que atentaría contra el objetivo protector perseguido por el Convenio<sup>108</sup>. Según *Darmon*, el único límite aceptable es que haya transcurrido un tiempo razonable entre la publicidad y la conclusión del contrato<sup>109</sup>.

---

104 Sentencia de 17 de octubre de 2013, *Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic*, C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666, (en adelante, *As. Emrek*, C-218/12)

105 Sentencia de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, C 89/91, ECLI:EU:C:1993:15.

106 Nótese que el Convenio de Bruselas utiliza el criterio del domicilio del consumidor mientras que el Convenio de Roma prevé la conexión residencia habitual del consumidor. No obstante, no creemos que tal diferencia pueda causar problemas importantes. El Grupo *ad hoc* "Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano" se planteó la oportunidad de unificar los criterios utilizados en ambos Convenios pero finalmente el texto propuesto por el Grupo continúa utilizando el criterio del domicilio (nos referimos a todo el texto y no sólo a la Sección IV). Asimismo, el Reglamento Bruselas I no adopta el concepto de residencia habitual.

107 Conclusiones del Abogado General Darmon del 27 de octubre de 1992, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, C 89/91, ECLI:EU:C:1992:410, apartado 83.

108 *Ibidem*.

109 *Ibidem*.

Es cierto que la prueba de la existencia de dicho nexo podría colocar al consumidor en una situación desventajosa. De ahí que el TJUE, recurriendo nuevamente a una interpretación literal y teleológica, niegue la necesidad de dicho nexo de causalidad para poder aplicar la norma tuitiva. Añadir un requisito *implícito y adicional*, basado en la conducta del consumidor, supondría, según el Abogado General Cruz Villalón, una carga excesiva al consumidor e impediría ese reequilibrio contractual pretendido por la norma en cuestión<sup>110</sup>. Ahora bien, el hecho de que la relación de causalidad no actúe como requisito, no significa que no pueda ser utilizado como indicio “cualificado”, susceptible de ser apreciado por el juez nacional de la existencia o inexistencia del segundo elemento condicionante de la norma, i.e., que el “contrato esté en el marco de las actividades del empresario”. El TJUE parece, como han señalado ya algún autor<sup>111</sup>, que confunde ambos elementos y curiosamente se refiere al nexo de causalidad como indicio de que existe una actividad dirigida, actividad que en el caso concreto había quedado ya perfectamente probada<sup>112</sup>. Hubiera sido ciertamente mucho más útil que el TJUE aprovechara la ocasión para aclarar el significado y alcance de ese tercer elemento, es decir, que aclarara cual debe ser la vinculación del contrato con las actividades dirigidas por el empresario al domicilio del consumidor. Si bien considero que exigir un nexo causal como requisito o condición de aplicabilidad puede perjudicar al consumidor, también entiendo que podría perfectamente utilizarse por el empresario para probar la no vinculación del contrato en cuestión con la actividad dirigida hacia el país del domicilio del consumidor. Es decir, podría utilizarse como indicio cualificado de la no vinculación del contrato con la actividad dirigida a través de la web. A partir de aquí se hace necesario identificar las situaciones que implican la no existencia de tal vinculación y por tanto las situaciones no protegidas. Será preciso valorar en cada caso concreto las circunstancias relativas al contrato y ver si entra o no el marco de las actividades dirigidas por el empresario al domicilio del consumidor. Como afirma Esteban de la Rosa, no existirá tal vinculación cuando el contrato celebrado por el consumidor no guarde relación alguna con la actividad dirigida por el profesional al estado del consumidor<sup>113</sup>. De

---

110 Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón de 18 de julio de 2013, *Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic*, C-218/12, ECLI:EU:C:2013:494, apartado 24.

111 DE LA ROSA, Fernando E., “El Papel Del Nexo De Causalidad En El Sistema Europeo De Competencia Internacional De Los Contratos De Consumo: ¿Una Condición Para El Olvido?”, *La Ley Unión Europea*, No. 14, 2014, pp. 5-17. Cf. CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, “La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del DIPr de la UE”, en BERGÉ, Jean-Sylvestre, FRANCQ, Stéphanie y GARDEÑES SANTIAGO Miguel (eds.), *Boundaries of European Private International Law/Les frontières du droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruylant/Larcier, Bruselas, 2015, pp. 347-365, p. 372.

112 As. *Emrek*, C-218/12), apartado 26.

113 DE LA ROSA, Fernando. E, *op.cit.*, p. 5-17.

hecho, a ello se refiere el considerando 25 del Reglamento Roma I cuando exige para la aplicación del art. 6 “que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales ejercidas por el profesional en el país de que se trata”. La expresión “en el país de que se trata” se introdujo en el mencionado considerando precisamente para asegurar la exigencia de una vinculación real<sup>114</sup>.

La exigencia de dicha vinculación entre la actividad dirigida por el empresario al país del consumidor y el contrato celebrado por el consumidor no implica necesariamente la existencia de un nexo de causalidad, es decir, no implica necesariamente que el consumidor haya sido captado a través de la web<sup>115</sup>, resultado al que llega el TJUE en la sentencia *Emrek*. La tradicional distinción entre consumidores activos y pasivos ha quedado ya superada. Si el RBI supuso el paso hacia la protección del consumidor “semi-pasivo” (ie. captado en su domicilio pero que no necesariamente celebra el contrato en el mismo), la no exigencia de nexo causal supone el paso a la protección del consumidor activo en la medida en que empresario haya dirigido sus actividades al estado del consumidor y el contrato entre en el marco de dichas actividades<sup>116</sup>. Y ello es lógico si tenemos en cuenta la evolución de la política comunitaria en materia de protección del consumidor y el objetivo que se persigue a través de la misma.

#### d) Contratos conexos

En el asunto *Hobohm*<sup>117</sup> se planteó la cuestión de en qué medida, la necesaria vinculación del contrato con las actividades dirigidas por el profesional, puede considerarse cumplida cuando el contrato en el que se fundamenta la demanda, considerado por sí solo, no está directamente comprendido en el ámbito de la actividad dirigida por el profesional al Estado del domicilio del consumidor, pero presenta un nexo con un contrato anterior celebrado entre las mismas partes en el marco de una actividad del profesional dirigida a dicho Estado. En dicho asunto, se celebraron, dos contratos. Un primer contrato de intermediación inmobiliaria, cuyo objeto era la adquisición de una vivienda. En segundo lugar, un contrato, en este caso de mandato, celebrado tras entrar la promotora de la vivienda en dificultades económicas que ponían en peligro la terminación del complejo, con el objetivo de defender los intereses del consumidor en relación con el contrato de compraventa. Quedó probado que el contrato de intermediación inmobiliaria

---

114 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *op.cit.*, p. 453.

115 DE LA ROSA, Fernando. E, *op.cit.*, p. 5-17.

116 THIEDE, Thomas; SCHACHERREITER, Judith, “The Recent Shift from the Passive to the Active Consumer”, *Austrian Law Journal*, núm. 1, 2015, p. 28.

117 Sentencia de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14, ECLI:EU:C:2015:556, (en adelante, *As. Hobohm*, C-297/14).

cumplía con los requisitos para la aplicación del art. 17 RBIBis pues, al haberse celebrado en el ejercicio de actividades dirigidas al domicilio del consumidor. La duda surgió sobre el contrato de mandato en el que se basan las pretensiones del Sr Hobohm. Examinado dicho contrato separadamente no cumplía los requisitos de aplicación pues no se encentraba en dicha actividad.

Pese a la necesaria interpretación restrictiva del foro protector, el TJUE admitió la posibilidad extender la protección a los casos en que el contrato en cuestión no está comprendido como tal en el marco de la actividad dirigida por el profesional al Estado miembro del consumidor, siempre que exista un nexo estrecho con otro contrato celebrado con anterioridad por las mismas partes en el ámbito de una actividad dirigida por el profesional al Estado del domicilio del consumidor. En el caso en cuestión, el contrato de intermediación.

A partir de aquí, lo relevante será determinar en qué casos existe ese nexo o vínculo esencial y cuáles son los elementos constitutivos del mismo. Según el TJUE la finalidad del contrato de mandato era alcanzar el objetivo económico concreto que subyacía al contrato de intermediación<sup>118</sup>. En ese caso, aun cuando el contrato de mandato no se inscriba como tal en el ámbito de la actividad dirigida por el profesional al Estado del consumidor, se celebró como prolongación directa de dicha actividad y es complementario del contrato de intermediación, pues su objetivo es la satisfacción del objetivo económico que subyace al contrato de intermediación, i.e. el disfrute del apartamento<sup>119</sup>. Por tanto, cuando el contrato conexo tenga por finalidad la satisfacción del objetivo económico del otro contrato, el Tribunal considera que su celebración es una prolongación directa de la actividad dirigida al Estado del consumidor y que dio lugar a la celebración del primer contrato<sup>120</sup>.

Por consiguiente, aunque no existe interdependencia jurídica entre el contrato de intermediación y el contrato de mandato, sí hay un fuerte vínculo económico entre ambos contratos, que consiste la satisfacción del objetivo económico del contrato de intermediación<sup>121</sup>. Para determinar la existencia de este nexo, el juez nacional debe tener en cuenta los elementos constitutivo de ese nexo, elementos de los el que el tribunal ofrece una lista no exhaustiva: la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos, la identidad del objetivo económico que ambos contratos, orientados al mismo objeto concreto, se proponen conseguir y la complementariedad del contrato de mandato con respecto al contrato de intermediación, en la medida en que tiene por fin facilitar la satisfacción del objetivo económico subyacente a este último contrato<sup>122</sup>. En su argumentación el

---

118 *Ibidem.*, apartado 34.

119 *Ibidem.*, apartado 35.

120 *Ibidem.*, apartado 35.

121 *Ibidem.*, apartado 36.

122 *Ibidem.*, apartado 37.

TJUE recurre a los objetivos perseguidos por el propio Reglamento: previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional, el principio de protección del consumidor y la reducción al máximo de la posibilidad de procedimientos paralelos (evitando así sentencias contradictorias). Una ponderación entre ellos, lleva a TJUE a afirmar la posibilidad de que contratos no vinculados jurídicamente pero sí económicamente puedan beneficiarse de la norma de competencia tuitiva.

#### e) Relación con el Reglamento de geobloqueo

En el marco de la estrategia del Mercado Único Digital, se aprobó el Reglamento 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior<sup>123</sup>. Algunas prácticas y técnicas comerciales, como el bloqueo del acceso a sitios web y otras interfaces en línea y el desvío de clientes de una versión de país a otra o la denegación de la entrega o el pago en función del lugar de residencia del cliente, son discriminatorias y contrarias al mercado único, ya que segmentan artificialmente el mercado en función de la residencia de los clientes<sup>124</sup>. El objetivo del Reglamento 2018/302 es ofrecer a los clientes un mejor acceso a los bienes y servicios mediante la prohibición de tales prácticas.

No obstante, es necesario abordar la relación entre la prohibición de estas técnicas de geobloqueo y el criterio de “actividad dirigida” desarrollado por el Tribunal de Justicia (visto anteriormente)<sup>125</sup>. Si el elemento clave dentro de la prueba de la actividad dirigida es determinar la intención subjetiva del comerciante de dirigir sus actividades a la residencia habitual del consumidor, ¿es entonces razonable prohibir al empresario cualquier medida o técnica para impedir dirigir sus actividades al Estado de residencia habitual del consumidor, i.e. ofreciendo bienes y servicios solo a algunos clientes? Conscientes de la cuestión, el Reglamento

---

123 REGLAMENTO (UE) 2018/302 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n. o 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, DO L 601/1, de 2 de marzo de 2018.

124 *Ibidem*.

125 VON HEIN, ‘Geo-blocking and the conflict of laws: ships that pass in the night?’ (2016) *Conflicts of Law.net*, en <http://conflictflaws.net>; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación” *La Ley — Unión Europea*, núm.59, 2018; CAMPO COMBA, Maria, “The New Geo-blocking Regulation: general overview and private international law aspects”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 36, núm. 3, 2018, p. 512.

aclara en su artículo 1, apartado 6, que sus normas se entienden “sin perjuicio del Derecho de la Unión en materia de cooperación judicial en materia civil” y que el cumplimiento del Reglamento “no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n. 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) n. o 1215/2012.

En consecuencia, cuando el comerciante cumpla con los requisitos establecidos en el Reglamento 2018/302, no se considerará que ha dirigido sus actividades a la residencia habitual del consumidor. A pesar de esta y otras referencias a instrumentos de Derecho internacional privado, no cabe duda de que pueden seguir planteándose problemas de interacción entre el Reglamento 2018/302, por una parte, y los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, por otra<sup>126</sup>.

### 3. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 3.1. Aplicación universal de la sección IV del RBbis y exclusiones materiales

Cuando se cumplen los requisitos de aplicación analizados, las normas de competencia judicial internacional aplicables son las previstas en la Sección IV del RBbis. Si bien dicha sección se aplica con carácter general a todo tipo de contrato de consumo, el art. 17.3 RBbis excluye de forma expresa al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento (contrato de viaje combinado). Las normas de competencia judicial internacional previstas en la Sección IV tienen por objeto, como se ha visto anteriormente, proteger al consumidor en cuanto parte del contrato económicamente más débil y jurídicamente menos experta y evitar que desista de hacer valer sus derechos judicialmente por estar obligado a ejercitar su acción ante los tribunales del Estado en el que su cocontratante tiene su domicilio. De ahí que el art. 18.1 RBbis de dos opciones al consumidor contratante cuando actúa como demandante. Se prevé un *forum actoris* que garantiza al consumidor que el litigio pueda sustanciarse ante los tribunales del Estado miembro donde se encuentre su centro socio-económico (domicilio del consumidor) con independencia de donde esté domiciliado el empresario (i.e., tanto si el empresario tiene su domicilio en un Estado miembro como en un Estado tercero). El *forum actoris* se extiende, por tanto, a los supuestos en los que el cocontratante del consumidor es el demandado y se encuentra domiciliado en un Estado no miembro.

---

126 Véase sobre esta relación LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio, “El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de actividades dirigidas”, *Bitácora Millennium*, núm. 7, 2018.

Alternativamente, puede también demandar al empresario ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del empresario o profesional (art. 18.1 RBlbis). Además, en los procedimientos entablados contra consumidores domiciliados en un Estado miembro, la acción sólo puede interponerse ante los Tribunales del Estado miembro del domicilio del consumidor (art. 18.2 RBlbis).

Tal y como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto *Commerzbank*<sup>127</sup>, para aplicar los foros protectores basta con que el elemento internacional exista en el momento de la presentación de la demanda no siendo presupuesto de aplicación que dicho elemento esté presente en el momento de la celebración del contrato, ni siquiera en los casos que entran dentro del “criterio de la actividad dirigida”, ya que no existe una “internacionalidad” inherente al artículo 17, apartado 1, letra c)<sup>128</sup>.

Cuando el empresario o profesional está domiciliado en un Estado no miembro, el art. 17.2 RBlbis prevé un foro alternativo a los previsto en el art. 18.1 RBlbis<sup>129</sup>. Según dicho precepto “*Cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro.*” La ratio de este foro alternativo es poder demandar a una sociedad en el país donde ha desarrollado su actividad pues al penetrar en dicho mercado asume el riesgo de internacionalidad y de poder ser demandada en ese lugar<sup>130</sup>. Es un foro cua-

---

127 Sentencia de 30 de septiembre de 2021, *Commerzbank AG/E.O.*, C-296/20, ECLI:EU:C:2021:784, apartado 52. Dicha sentencia se refiere a los foros protectores del Convenio de Lugano de 2007.

128 En el asunto *Commerzbank* en el momento de la celebración del contrato, el consumidor y el empresario se encontraban domiciliados en el mismo Estado miembro. Posteriormente el consumidor trasladó su domicilio a otro Estado miembro. En contra de la opinión del TJUE, el Abogado General Campos Sánchez-Bardona consideró que el art. 17.1 c) no ubre contratos en los que, al tiempo de su celebración, ambas partes están domiciliadas en un mismo Estado. Un ulterior cambio de domicilio del consumidor a otro Estado, antes de la interposición de la demanda, no basta para abrir la Sección IV RBlbis a contratos diferentes de las compras a plazos de bienes muebles, o concluidos para financiarlas. Los principales argumentos a favor de la tesis de la internacionalidad originaria serían la génesis del art. Art. 17.1c) y el principio de previsibilidad. Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, 9 de septiembre de 2021, *Commerzbank*, C 296/20, ECLI:EU:C:2021:733, apartado 74. Ver sobre este asunto, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “Los riesgos procesales del cambio del domicilio del consumidor: ¿necesitan una reforma el Reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano?”, *La Ley Unión Europea*, 2021, 97, pp. 1-14.

129 *As. Club La Costa*, C-821/21, apartado 56.

130 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho internacional privado. Tomo II*, Tirant lo Blach, Valencia, 2020, p. 2707.

si-general<sup>131</sup>. ¿Podría un consumidor domiciliado fuera de la UE (Reino Unido) demandar a una empresa domiciliada también fuera de la UE (empresa británica) en el Estado miembro donde esa empresa tuviera una sucursal o establecimiento (España)? ¿permite la combinación de los arts. 17.2 y 18.1 RIBis que un consumidor no europeo utilice el foro de la sucursal para demandar a una empresa no europea, domiciliada en el mismo Estado que el consumidor? Desde una perspectiva tuitiva, y como ya hemos recordado, el TJUE ha repetido en innumerables ocasiones que el principal objetivo de los foros protectores es proteger al consumidor, parte débil del contrato, permitiendo que el litigio pueda sustanciarse ante los tribunales del lugar donde se encuentra su centro socio-económico (domicilio del consumidor) independientemente de que actúe como demandante o demandado). En el caso que nosotros planteamos esta posibilidad no podría ofrecerse al consumidor no residente en la UE. Ahora bien, el *forum actoris* no es el único mecanismo protector previsto en la Sección IV. A este habría que añadir tanto la limitación de la autonomía de la voluntad (art. 19 RIBis) como la excepción prevista en el art. 17.2 RIBis. La literalidad de los artículos mencionados no impide, además, extender el foro de la sucursal a consumidores no domiciliados en Europa si se dan las condiciones de aplicabilidad.

### 3.2. Acuerdos atributivos de competencia

En la práctica es frecuente que los contratos de consumo celebrados en la red incluyan acuerdos de elección de foro en las condiciones generales predisuestas por el profesional. Dichas cláusulas serán, por lo general, ineficaces en la medida en que el contrato de consumo entre dentro del ámbito de aplicación de la Sección IV RIBis.

El art. 19 RIBis limita el juego de la autonomía de la voluntad en los contratos celebrados por consumidores cubiertos por la Sección IV RIBis estableciendo en qué casos la cláusula de sumisión puede derogar los foros protectores<sup>132</sup>. El principal objetivo del art. 19 RIBis es proteger al consumidor impidiendo que el profesional eluda, mediante una cláusula de elección de foro, las disposiciones establecidas en los arts. 17 y 18 RIBis, por ejemplo, limitando el *forum actoris* y/o evitando la restricción que se le impone. Por tanto, una cláusula de elección de foro que atribuya competencia a un tribunal distinto de los previstos en la Sección IV sólo será válida si cumple alguna de las condiciones establecidas en el art. 19 RIBis.

---

131 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, Franciso J., *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Navarra, 2021, p. 99.

132 AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, "Restriction on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2004, 1-2, p. 123.

Según dicho precepto “únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio; 2) que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección, o 3) que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.”

Las condiciones primera y segunda protegen claramente a la parte más débil, mientras que la tercera tiene por objeto proteger al profesional frente a un cambio de domicilio del consumidor. A continuación, se examinan con más detalle cada una de estas condiciones a pesar de que dadas las características de los contratos celebrados electrónicamente será relevante fundamentalmente la primera de las condiciones.

El consumidor está protegido frente los acuerdos de elección de foro celebrados antes de que haya surgido el litigio<sup>133</sup>. Por ejemplo, una cláusula de elección de foro inserta en un contrato de adhesión o en unas condiciones generales que el consumidor no pueda negociar en el momento de la celebración del contrato, no surtirá efecto. Sin embargo, una vez surgido el litigio, se supone que el consumidor es consciente de los efectos de dicha cláusula. En ese momento es probable que contemple la posibilidad de litigar<sup>134</sup> y, por lo tanto, es plausible que busque asesoramiento jurídico. Por lo tanto, es más probable que comprenda la importancia de una cláusula de jurisdicción<sup>135</sup>.

El art. 19.2 RBlbis permite a las partes insertar una cláusula de elección de foro antes de que haya surgido el litigio siempre que dicha cláusula redunde en beneficio exclusivo del consumidor<sup>136</sup>. Aunque la redacción de esta disposición es bastante vaga, debe interpretarse como una forma de conceder un foro alternativo al consumidor, y no como una imposición de jurisdicción exclusiva sobre él<sup>137</sup>. El consumidor (beneficiario de la cláusula de competencia) conserva,

---

133 O'MALLEY, Stephen; LAYTON, Alexander, *European Civil Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 514.

134 *Ibidem*.

135 GUZMÁN ZAPATER, Mónica, “La prórroga de competencia en los contratos de venta internacional celebrados por consumidores”, *R.E.D.I.*, vol.39, 1987, p. 463.

136 Según P. KAYE, “un demandado no consumidor seguiría teniendo derecho a interponer una reconvencción contra el demandante en el foro elegido en virtud del Art. 14 (3) BC, lo que, en esa medida, no equivaldría a una disposición de la Sección 4 que, en palabras del Art. 15”. KAYE, Peter, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books, England, 1987, p. 852.

137 En este sentido, *Ibidem.*, p. 852.

por lo tanto, el derecho a entablar acciones ante los foros previstos en el Art. 18 RBibis.<sup>138</sup>

Finalmente, cuando la cláusula de elección de foro se haya *celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, y atribuya competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, será válida a no ser que la ley de ese Estado miembro prohíba tales acuerdos.*"

En caso de que la cláusula fuera válida según el art. 19 RBibis, para que el acuerdo despliegue su efecto prorrogatorio deberá cumplir con los requisitos formales y materiales establecidos en el Art. 25 RBibis<sup>139</sup>. En cuanto a los formales, habrá que ver si el hecho de que conste en condiciones generales de la contratación puede conllevar su carácter abusivo<sup>140</sup>. En cuanto a la validez sustantiva deberá determinarse de conformidad con el Derecho del Estado cuyos órganos jurisdiccionales han sido elegidos, incluidas sus normas de conflicto (art. 25.1 y considerando 20). La combinación del art. 19 y del 25 RBibis nos lleva a afirmar que cuando el acuerdo de elección de foro designa a los tribunales de un Estado miembro, este despliega tanto su efecto prorrogatorio como derogatorio, por lo que el juez no elegido debe respetar el acuerdo cuando este cumpla las condiciones de ambos preceptos.

Mayores dificultades plantean las cláusulas de elección foro a favor de tribunales de Estados terceros. ¿está el consumidor protegido frente a cláusulas de elección de foro a favor de Estados terceros?<sup>141</sup> Cuando los tribunales designados son los de un Estado tercero, está claro que el efecto prorrogatorio de dicha cláusula lo determina el Derecho interno del Estado designado<sup>142</sup>, en el sentido de que el RBibis no puede atribuir competencia judicial internacional a tribunales de Estados no miembros, pues ello significaría invadir su soberanía. Es decir, ninguna norma europea puede impedir que un tribunal de un Estado tercero acepte su competencia judicial internacional. Ahora bien, cuando el tribunal derogado es competente conforme a los foros previstos en el RBibis, la validez de la cláusula

---

138 CARRILLO POZO, Luís Francisco, *op.cit.*, p. 316.

139 *Íbidem*.

140 El art. 25.2 del RBi bis establece: "2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo".

141 Este tema lo traté en AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, "Restriction on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2004, 1-2, donde ya decía que el consumidor sí estaba protegido frente a dichas cláusulas

142 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, Francisco J., "Prorogation of Jurisdiction", en DICKINSON, Andrew y LEIN, Eva (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 280; MAGNUS, Ulrich, "Article 25", en MAGNUS, Ulrich y MANKOWSKI, Peter (eds), *European Commentaries on Private International Law: Commentary: Brussels Ibis Regulation (Sellier European Law Publishers, vol 1, 2016 p. 611.*

y el régimen del efecto derogatorio de ese acuerdo plantea una serie de interrogantes cuya respuesta es, en palabras del Abogado General Emiliou en el asunto *Hausgeräte*, “oscura”, debido a que el ámbito aplicación territorial del RBlbis adolece de lo que él denomina un “defecto de diseño”, pues el Reglamento no se concibió para los litigios relacionados con terceros Estados<sup>143</sup>.

Para unos, al ser una cuestión no regulada por el RBlbis debe ser resuelta por el Derecho procesal de cada Estado miembro<sup>144</sup>, lo que en materia de contratos celebrados por consumidores podría conllevar distintos niveles de protección. El propio TJUE en el asunto *Coreck*<sup>145</sup> afirmó que el art. 17 del CB [25 RBlbis] solo se aplica cuando “la cláusula atributiva de competencia designe el tribunal o los tribunales de un Estado contratante. Esta regla, justificada por el hecho de que el Convenio tiene por objeto facilitar el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales, implica así una exigencia de precisión que debe satisfacer la cláusula atributiva de competencia.” No se aplica, por tanto, dicha disposición a una cláusula que designa un tribunal de un Estado tercero. Si, a pesar de la cláusula atributiva de competencia, se somete el litigio a un tribunal situado en el territorio de un Estado miembro, dicho tribunal debe apreciar la validez de esa cláusula en función del Derecho aplicable, incluidas las normas de conflicto de leyes, en el lugar donde dicho tribunal tenga su sede.

Una variante a esta postura es la que defiende el efecto reflejo del RBlbis mantenida también por varios autores<sup>146</sup>, por tribunales nacionales y muy recientemente por el Abogado General Emiliou en el asunto *Hausgeräte*, pendiente todavía ante el TJUE<sup>147</sup>. Decir que el Reglamento tienen efecto reflejo o dar un efecto

---

143 Conclusiones del Abogado General Emiliou de 22 de febrero de 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, apartado 102.

144 Ver, entre otros, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho...*, *op.cit.*, p. 2570; FENTIMAN, Richard, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2a ed, 2015, p. 415; GAUDEMET-TALLON, Hèlène, “La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968: 50 ans. Propos introductifs”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2018, pp. 411-423, p. 421; GARCIMARTÍN ALFERÉZ, Francisó J., “Prorrogation...”, *op.cit.*, p. 280-281; Informe del Profesor Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia; DO 1979, C 59, p. 71, núm.176; (texto en español en DO C 189, p. 184) Informe Schlosser, apartado 176.

145 Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime GmbH*, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606.

146 DROZ, George A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, Paris, 1972, apartados 164 a 169 y 204.

147 Conclusiones del Abogado General Emiliou de 22 de febrero de 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, apartado 149

reflejo al RBIbis significa que declinar la competencia en favor de los tribunales de un tercer Estado estaría justificado si es consistente (coherente) con las normas del RBIbis<sup>148</sup>. Según los partidarios de esta teoría, el tribunal del Estado miembro debe aplicar sus normas internas respecto de la eficacia del acuerdo de elección de foro a favor de un Estado tercero, pero su discrecionalidad para declinar está limitada por el sistema establecido en el Reglamento Bruselas I bis<sup>149</sup>. Es decir, puede hacerlo en los casos en que, de haber existido un vínculo similar con un Estado miembro, el tribunal hubiera tenido que inhibirse en virtud de los artículos 24 o 25 de dicho Reglamento. En efecto, según el Abogado General Emiliou, esa aplicación refleja del art. 25 RBIbis, a una cláusula a favor del Estado tercero, garantiza la coherencia del régimen Bruselas y la consecución de los objetivos perseguidos por dicha disposición<sup>150</sup>. Ahora bien, también presenta, como afirma Jiménez Blanco, importantes inconvenientes en su articulación práctica por su difícil interacción con los ordenamientos nacionales<sup>151</sup>.

Frente a esta postura, otra parte de la doctrina<sup>152</sup>, amparándose en el asunto *Owusu* y en el Dictamen 1/03 relativo al Convenio de Lugano<sup>153</sup>, por un lado, y en los arts. 33 y 34 del RBIbis<sup>154</sup>, por otro, considera aplicable el RBIbis cuando el tribunal derogado es competente según los foros previstos en el RBIbis, por estar, por ejemplo, el demandando domiciliado en la UE. Ese carácter imperativo de las normas de competencia judicial internacional previstas en el RBIbis conlleva que un tribunal de un Estado que sea competente conforme a las mismas no pueda declinar su competencia en favor de un Estado no miembro, salvo que esté previsto en el mismo Reglamento.

Es innegable que desde el asunto *Coreck* ha habido una evolución por parte del TJUE pues, unos años más tarde, en el asunto *Mahamdia*<sup>155</sup>, parece que el

---

148 FENTIMAN, Richard, *op.cit.*, p. 415

149 Conclusiones del Abogado General Emiliou de 22 de febrero de 2024, *BSH Hausgeräte GmbH v Electrolux AB*, C-339/22, ECLI:EU:C:2024:159, apartado 149

150 *Ibidem*.

151 JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *op. cit.*, nota 51, p. 477. → no es op cit no se ha citado antes

152 FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen y NORTH, Peter, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press, 14ª ed., 2008, p. 275; KISTLER, Alexander Richard eduard, "Effect of exclusive choice-of-court agreements in favour of third states within the Brussels I Regulation Recast", *Journal of Private International law*, 2018, vo. 14, pp. 66-95, p. 78.

153 En contra de dicha tesis podría alegarse que en el asunto *Owusu* el tribunal del Estado tercero se encontraba, según el tribunal inglés, en una mejor situación para conocer del asunto, pero no era competente con base en un foro jerárquicamente superior, como sería el caso de haber sido designado en una clausura de elección de foro o que se tratase de una materia de su competencia exclusiva. KISTLER, Alexander Richard Eduard, *op. cit.*, nota 76, p. 74.

154 Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C- 281/02, ECLI:EU:C:2005:120.

155 Sentencia de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491.

Alto tribunal cambia de opinión o la matiza. En dicho asunto, la embajada de Argelia en Alemania despidió al Sr. *Mahandia* quien ejercía de chofer y quien demandó a la República de Argelia ante los tribunales de Berlín. El contrato laboral contenía una cláusula de sumisión a los tribunales argelinos. En este caso, el TJUE sí sometió la cláusula a favor de un Estado tercero a las condiciones del art. 21 RBI (hoy 23 RBIBis), es decir, al régimen previsto en el Reglamento. De hecho, no discute propiamente la aplicación del Reglamento en sí, sino que considera inválida la cláusula por violar lo dispuesto en el art. 21 RBI (23 RBIBis) que prohíbe los acuerdos de elección de foro insertos en contratos laborales cuando excluyan los foros protectores del arts. 18 y 19 RBI (20 y 21 RBIBis). Un acuerdo de elección de foro puede añadir un foro a los previstos en los art. 18 y 19 RBI (20 y 21RBIBis), pero nunca excluirlos. Y ello por tratarse de una sumisión inserta en un contrato laboral, un contrato de parte débil, para el que existen foros especiales con un claro objetivo protector del trabajador. Dicha interpretación puede extenderse a los contratos de consumo cubiertos por la Sección IV RBIBis.

Ahora bien, el TJUE solo se refiere a la validez de la cláusula, no a su efecto derogatorio. Aunque no lo diga propiamente el TJUE, ese acuerdo de sumisión para ser válido no solo debería añadir un foro a los previstos en el RBIBis, sino también cumplir los requisitos formales y materiales del art. 25 RBIBis<sup>156</sup>. Solo de esta forma se garantizan los foros exclusivos y los foros protectores previstos en el RBIBis incluido el foro en materia de contratos celebrados por consumidores<sup>157</sup>. Por tanto, el consumidor sí está protegido.

## 4. LEY APLICABLE

### 4.1. Ámbito de aplicación material del art. 6: exclusiones expresas

Cuando se cumplen los requisitos vistos en el epígrafe 2, el contrato es un contrato de consumo cubierto por la norma de conflicto materialmente orientada prevista en el art. 6 RRI y, por tanto, dicho contrato “*se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual*”. No obstante, el apartado 2 del art. 6 del Reglamento establece que “*las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo*

---

156 AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, “Restriction on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union”, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2004, 1-2, p. 123;

157 BROSCH, Marlen, KAHL, Marcel, “Article 25” en REQUEJO ISIDRO, Marta (ed.), *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, *Elgar Commentaries in Private International Law*, Edward Elgar, Chaltenham, UK-Northampton, Ma, USA, pp. 344-374.

3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.”

Como se vio en la introducción, y sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 5 (contratos de transporte) y 7 (contratos de seguro), el art. 6 RRI se aplica a todos los contratos celebrados con consumidores, salvo los expresamente excluidos por la disposición (art. 6.4 RRI), teniendo en cuenta que también se prevén algunas excepciones a la excepción (como los viajes combinados). En particular, dedicaremos especial atención, por su incidencia en los contratos de consumo celebrados en Internet, a la primera exclusión relativa a los contratos de prestación de servicios cuando los servicios han sido prestados exclusivamente en un país distinto del de residencia habitual del consumidor.

Esta excepción ya estaba prevista en la letra b) del apartado 4 del art. 5 del Convenio de Roma. Cubre los contratos de prestación de servicios prestados exclusivamente en un Estado distinto del Estado de residencia habitual del consumidor, como los contratos de alojamiento en hoteles, cursos de idiomas o asistencia y tratamientos médicos<sup>158</sup>. Se excluyeron porque, en estos contratos, el consumidor no puede esperar razonablemente que se aplique la ley del Estado de su residencia habitual, ya que el consumidor se desplaza a otro Estado en el que recibe la totalidad del servicio.<sup>159</sup> En tales casos, el contrato está más estrechamente vinculado al Estado en el que reside la otra parte contratante, aun cuando el profesional haya dirigido sus actividades al Estado de la residencia habitual del consumidor.<sup>160</sup> El TJUE ha interpretado de forma restrictiva dicha excepción cuando la prestación de servicios se celebra a distancia y el consumidor permanece en el país de su residencia habitual<sup>161</sup>, i.e., no hay traslado por parte del consumidor (situación frecuente cuando los servicios se prestan en línea)<sup>162</sup>. En estos casos el consumidor sí está protegido por el art. 6 RRI.

También quedan excluidos: contratos de transporte distintos de los contratos de viaje combinado (art. 6.4 b); contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos de *timesharing* (art. 6.4 c); derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas

---

158 Véase a este respecto OGH 09.06.2009 — 4Ob65/09a

159 Informe Giuliano/Lagarde, p. 24.

160 Informe Giuliano/Lagarde, p. 24-25.

161 Sentencia de 3 de octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18, ECLI:EU:C:2019:827.

162 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho privado de Internet*, op.cit., p 1432.

públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero (art 6.4 d); los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h) (art. 6.4 e).

## **4.2. Ley aplicable al contrato de consumo**

Los contratos celebrados con consumidores en el entorno digital suelen ser contratos de adhesión y, a menudo, incluyen una cláusula expresa de elección de la ley aplicable (normalmente a favor de la ley de la residencia habitual del profesional) en las condiciones generales del profesional. Es evidente que mediante una cláusula de este tipo puede perjudicarse al consumidor. El empresario suele someter todos los contratos a un mismo Derecho, lo que sin duda supone una economización de las transacciones de cara a los mercados extranjeros, evitando así la sumisión de sus múltiples operaciones a distintos ordenamientos jurídicos. Además, mediante la inserción de una cláusula de sumisión puede buscar la aplicación de un Derecho poco protector del consumidor. De ahí que el art. 6 RRI limite la autonomía conflictual en los contratos de consumo.

Veremos, en primer lugar, la posible validez y eficacia de dichas cláusulas, tanto si se elige como Derecho rector del contrato el Derecho de un Estado miembro como el Derecho de un el Estado tercero. Posteriormente dedicaremos unos breves comentarios a la conexión objetiva prevista para los casos en que no haya elección o esta sea nula. Finalmente, trataremos el tema de la posible incidencia de normas internacionalmente imperativas, tanto en los contratos cubiertos por el art. 6 RRI como en los contratos excluidos.

### **4.2.1. Autonomía limitada**

El art. 6 RRI limita la autonomía de la voluntad conflictual en el sentido de que la elección de ley realizada por las partes no puede privar al consumidor de la protección que le ofrece las normas imperativas de la ley del país de su residencia habitual. La ley de la residencia habitual del consumidor marca el nivel mínimo de protección exigido. Es decir, las partes contratantes pueden elegir el derecho aplicable a su relación, pero solo será aplicado si la ley elegida ofrece una protección igual o superior a la que establece la ley de la residencia habitual del consumidor. En caso contrario la ley de la residencia habitual del consumidor prevalecerá. Ello supone, efectivamente, una limitación importante a la autonomía de las partes, pero no implica la supresión de esta. La autonomía de la voluntad sólo se admite en la medida en que beneficie al consumidor

(*autonomia in favorem*)<sup>163</sup>. Por tanto, los intereses del consumidor prevalecen sobre los intereses del profesional que opera en la Unión Europea (enfoque de la ley preferente).

La expresión “*disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo*” del apartado 2 del art. 6 RRI se refiere a disposiciones imperativas internas, como en los apartados 3 y 4 del art. 3 del Reglamento. Según el considerando 37, “[*e*] l concepto de “*disposiciones imperativas de carácter general*” debe distinguirse de la expresión “*disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo*” y debe interpretarse de forma más restrictiva”.<sup>164</sup> De hecho, tales normas adquieren el carácter de una posible norma internacionalmente imperativa a través del art. 6 del Reglamento, ya que dicha norma imperativa interna será aplicable incluso cuando las partes hayan elegido otra ley para regir el contrato, si es más protectora que la ley elegida.

No está claro si las normas imperativas a las que se refiere el art. 6 RRI son normas imperativas de protección del consumidor o cualquier norma no derogable por pacto. Para algunos autores, el art. 6 sólo cubre las normas imperativas de protección de los consumidores<sup>165</sup>. Para otros, debe aplicarse cualquier norma imperativa de la ley de la residencia habitual del consumidor<sup>166</sup>. Lo cierto es que el Reglamento Roma I utiliza una fórmula general sin exigir que las disposiciones imperativas sean específicas para el consumidor. Sería absurdo privar al consumidor de una norma que protege, por ejemplo, a todo comprador independientemente de que sea o no consumidor<sup>167</sup>.

Una vez identificadas la ley elegida por las partes y las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor, el juez que conoce del caso debe

---

163 Para algunos autores, el principio de autonomía de la voluntad desempeña un nuevo papel en los contratos celebrados con consumidores. La autonomía de la voluntad se convierte en un aliado del consumidor, ya que la ley elegida sólo se aplicará en la medida en que le beneficie. Por lo tanto, complementa la protección ofrecida al consumidor. Véanse, entre otros, PATOCCHI, Paolo Michele, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université Georg & Cie S.A., Ginebra, 1985, p. 149; POMMIER, Jean-Christophe, *Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé convention*, Economica, Paris, 1992, p. 164; LECLERC, Frédéric, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruselas, 1995, p. 530.

164 Anteriormente, el artículo 5 del Convenio de Roma se refería a las “disposiciones imperativas” y suscitaba el debate sobre la naturaleza de tales normas.

165 Lord COLLINS OF MAPESBURY et al, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 1959.

166 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. J, *op, cit.*, p. 457.

167 En este sentido LAGARDE, Paul, *Le consommateur en droit international privé*, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, 1999, p. 12.

compararlas. Como ya se ha dicho, la comparación es necesaria para verificar si la ley elegida por las partes priva o no al consumidor de la protección que le confieren las leyes imperativas del país de su residencia habitual. Pero ¿cómo debe llevarse a cabo dicha comparación? La mayoría de los especialistas<sup>168</sup> defienden una “comparación por institutos” de las leyes en conflicto. Es decir, en relación con la cuestión concreta de que se trate, el juez buscará la ley o leyes aplicables en cada ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de una comparación *in concreto* y no *in abstracto*.

Una limitación de la autonomía de la voluntad conflictual como la prevista en el art. 6 del Reglamento, plantea varias cuestiones relativas al funcionamiento de la norma. No podemos llevar a cabo un análisis exhaustivo de todas ellas. Por ello, nos centraremos nuevamente en aquello que más relevancia tiene en el entorno digital y, concretamente, en la validez de las cláusulas de elección de ley aplicable y su posible consideración como cláusula abusiva.

A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto *Amazon* que la cláusula de elección de la ley aplicable contenida en las condiciones generales de venta de un profesional y no negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social del profesional de que se trate es aplicable al contrato en cuestión, es abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, cuando induzca a error al consumidor de que se trate, dándole la impresión de que únicamente esa ley se aplica al contrato, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6.2 RRI la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho del Estado de su residencia habitual<sup>169</sup>. En el asunto *Club la Costa* consideró, en cambio, no abusiva una cláusula de elección de ley que somete el contrato a la ley del país donde reside habitualmente el consumidor. Dicha ley, es la ley objetivamente aplicable al contrato de consumo y marca el umbral de protección por debajo del cual las partes no tienen autonomía de la voluntad. El tribunal que conoce del asunto debe comparar la ley elegida por las partes y la ley de la residencia habitual del consumidor, aplicando esta última siempre que la ley elegida prive al consumidor de la protección que le ofrecen las normas imperativas del Estado de su residencia habitual. Una cláusula que elija como aplicable ese umbral mínimo no puede considerarse abusiva ni contraria al art. 3 RRI<sup>170</sup>.

---

168 PLENDER, Richard, WILDERSPIN, Michael, *The European Private International Law of Obligations*, 4ed. Thomson Reuters, 2015, p. 233; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. *J, op, cit.*, p. 457.

169 Sentencia de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, C-191/15 ECLI:EU:C:2016:388, apartado. 71.

170 *As. Club La Costa*, C-821/21, apartado 76.

#### 4.2.2. *La ley de la residencia habitual del consumidor como umbral de protección mínima*

En ausencia de elección o cuando la elección es inválida, el art. 6 RRI determina que el contrato se regirá por la ley de la residencia habitual del consumidor. Se establece, por tanto, una conexión objetiva, rígida e imperativa. La residencia habitual del vendedor o del prestador de servicios utilizada por la norma general (art. 4 del Reglamento) se cambia por la residencia habitual del consumidor con el fin de proteger a la parte más débil. El lugar de residencia habitual del consumidor se determinará de conformidad con el artículo 19 y, por lo tanto, el momento pertinente será el de la celebración del contrato.

Como señala Garcimartín, es fácil comprender la lógica económica de este planteamiento<sup>171</sup>. En primer lugar, se trata de un punto de conexión que no puede ser manipulado por el profesional (como sí podría serlo la residencia habitual del profesional)<sup>172</sup>. En segundo lugar, en un supuesto contemplado en el art. 6 del Reglamento, el elemento transfronterizo de la operación es introducido por el profesional que se dirige al mercado del consumidor y, por tanto, debe asumir él el coste de esa internacionalización<sup>173</sup>. Además, es más fácil que el profesional disponga de la información relativa a la ley de la residencia habitual del consumidor. En tercer lugar, desde la perspectiva del consumidor, es más fácil familiarizarse con la ley de su residencia habitual<sup>174</sup>. Por último, debido al *forum actoris* concedido al consumidor (arts. 17-19 del RBI bis), en muchos casos se dará una relación entre *forum* y *ius*, lo que evita los costes vinculados a la necesidad de probar el Derecho extranjero.

Algunos autores han visto la conexión objetiva prevista en el art. 6 del Reglamento una ruptura total con el principio de proximidad del art. 4 RRI. Según esta corriente doctrinal, la norma de conflicto protectora se basa en el principio de protección del consumidor, principio que sustituiría por completo al principio de proximidad<sup>175</sup>. Parece claro que la técnica o método conflictual utilizado por el art. 6 difiere del utilizado por la norma general de conflicto contenida en el art. 4 del Reglamento. Sin embargo, ello no debe interpretarse como un abandono absoluto del principio subyacente a esta última. Como señala acertadamente señala Patocchi, el criterio de la residencia habitual del consumidor sirve principalmente para proteger a la parte más débil<sup>176</sup>. Ello no implica, sin embargo, una quiebra

---

171 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. J, *op. cit.*, p. 456.

172 RÜHL, Gisela, "Consumer protection in choice of law", *Cornell Int Law J*, 2011, 44, p. 569.

173 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. J, *op. cit.*, p. 456.

174 RÜHL, Gisela, *op. cit.*, p. 569.

175 KASSIS, Antoine, *Le nouveau droit européenne des contrats internationaux*, LGDJ, París, 1993, p. 335.

176 PATOCCHI, Paolo Michele, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université Georg & Cie S.A., Ginebra, 1985, pp. 146 y ss.

del principio de proximidad ya que, como se verá, ambos principios coexisten y subyacen a la norma de conflicto protectora. En efecto, la norma de conflicto pretende proteger al consumidor mediante la aplicación de la ley de su residencia habitual, pero sólo en la medida en que existan vínculos suficientes en ese país que justifiquen su aplicación.

El art. 6 del Reglamento es una norma de conflicto informada por un claro objetivo material: la protección del consumidor (elemento material), pero es en definitiva una norma de conflicto cuya función no es sólo alcanzar ese objetivo, sino asignar el régimen jurídico que regirá el contrato de consumo de forma satisfactoria, lo que hace sobre la base del principio de proximidad, es decir, sobre la base de la ubicación acumulativa de determinados factores de conexión (elemento conflictual)<sup>177</sup>. La elección de la residencia habitual del consumidor como elemento de conexión objetivo obligatorio, no se hizo sobre la base de la mayor protección de sus normas sustantivas, sino sobre la base del principio de proximidad. La ley de la residencia habitual del consumidor se aplica, a falta de elección por las partes, con carácter imperativo y con independencia de que exista o no otra ley potencialmente aplicable que proteja más al consumidor<sup>178</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, cuando la ley del país de residencia habitual del profesional es más beneficiosa para el consumidor que la del país de residencia habitual del consumidor. Por lo tanto, el enfoque de la ley preferente no se aplica en ausencia de elección. No obstante, esto no debe llevar a la conclusión de que el art. 6 del Reglamento es una norma de elección de ley neutra.<sup>179</sup> Como señala Mayer, la propia idea de protección puede llevar a confundir “favor” con “protección”: el objetivo no es favorecer sistemáticamente al consumidor, sino encontrar un equilibrio<sup>180</sup>.

---

177 LAGARDE, Paul, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours*, 196, 1986, p. 60.

178 Esta interpretación ha sido confirmada en el asunto *Club La Costa*, en el que el Tribunal de Justicia declaró que “Habida cuenta del carácter específico y exhaustivo de las normas de determinación de la ley aplicable previstas en el artículo 6, no puede admitirse otra ley, aun cuando esta otra ley, determinada en particular sobre la base de los criterios de vinculación previstos en el artículo 4 de dicho Reglamento, fuera más favorable para el consumidor”. As. *Club La Costa*, C-821/21, apartado. 85.

179 Considerando el artículo 6 como una norma de conflicto neutral véase, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho...op. cit.*, p. 3334.

180 MAYER Pierre, “La protection de la partie faible en droit international privé”, en GHES-TIN, Jacques, FONTAINE, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparisons franco-belges* (LGDJ 1996) 529.

#### 4.2.3. *Contratos celebrados con consumidores cubiertos por el artículo 6 y aplicación cumulativa de las disposiciones internacionalmente imperativas*

¿Puede la *lex contractus* que rige un contrato de consumo cubierto por el art. 6 del Reglamento ser desplazada por la aplicación de una norma internacionalmente imperativa de otro país? El impacto potencial de las normas imperativas de policía en los contratos celebrados con consumidores se planteó en el asunto *Diamonds Resorts*, pero lamentablemente el Tribunal de Justicia no abordó la cuestión<sup>181</sup>.

Los demandantes, consumidores británicos domiciliados en el Reino Unido, celebraron en 2010 un contrato de aprovechamiento por turno basado en *lub-points*, con *Diamond Resorts Europe*, sociedad inglesa que actuaba como sucursal en España del grupo *Diamond Resorts*. El contrato se sometió al Derecho inglés. El órgano jurisdiccional remitente preguntó al Tribunal de Justicia sobre la posible aplicación de una disposición imperativa española (la ley del lugar en que se encontraba el bien inmueble y la *lex fori*) al contrato de aprovechamiento por turno regido por la ley inglesa (la ley de la residencia habitual del consumidor, aparentemente menos protectora que la ley española).

La relación entre los arts. 6 y 9 del Reglamento Roma I ha sido muy discutida por la doctrina.<sup>182</sup> Dos elementos caracterizan, a las disposiciones internacionalmente imperativas: a) se trata de normas imperativas cuyo respeto es considerado crucial por un país para salvaguardar sus intereses públicos y b) se trata de normas aplicables a cualquier situación, nacional o internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación. Las disposiciones internacionalmente imperativas son, por tanto, normas que alteran el funcionamiento normal de la norma de conflicto. De la definición se desprende que tales normas constituyen una categoría diferente y más restrictiva que las normas “meramente imperativas” que las partes no pueden derogar y que también están cubiertas por el Reglamento Roma I en los apartados 3 y 4 del art. 3, el apartado 2 del art. 6 y el apartado 2 del art. 8. Estas normas simplemente imperativas buscan generalmente garantizar “un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes indisponible”<sup>183</sup>. Frente a las normas “simplemente imperativas”, las “internacionalmente imperativas” son normas que por la finalidad que persiguen se aplican siempre. Su objetivo es garantizar la salvaguarda de los principios y valores que el Estado al que perte-

---

181 Sentencia de 14 de septiembre de 2023, *Diamond Resorts*, C-632/21, ECLI:EU:C:2023:671.

182 WILDERSPIN, Michael, *op.cit.*, párrafo 80; CAMPO COMBA, Maria, *The Law applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law*, Springer, 2021, pp. 74 y ss.

183 *Ídem*.

necen considera esenciales<sup>184</sup>. Se dice que son la parte positiva de la excepción de orden público. Mientras que esta última corrige el resultado al que lleva la ley designada aplicable, aquellas operan *a priori* desplazando, en principio a la norma de conflicto. Ambas persiguen la salvaguarda de intereses públicos y generales. Son, por tanto, normas muy próximas al Derecho público, aunque, como veremos, también incluyen normas de Derecho privado. Suele distinguirse entre normas ordopolíticas o de dirección (que incluiría normas de seguridad, normas que afectan a la salud pública, al tráfico de armas, drogas, medicamentos, etc.) y normas de protección (normas que persiguen la protección de determinados sujetos como los menores, consumidores, trabajadores, agentes comerciales). La consideración de estas últimas como leyes de policía ha sido objeto de largos debates doctrinales y los Estados difieren en su inclusión o no<sup>185</sup>.

El TJUE confirmó en el asunto *Ingmar*<sup>186</sup> que las normas de protección de las partes más débiles, como los arts. 17 a 19 de la Directiva sobre agentes comerciales, pueden considerarse disposiciones imperativas de carácter general en la medida en que la norma también salvaguarde el interés público relacionado con la organización social o económica de un país (o de la UE)<sup>187</sup>. En el caso de los arts. 17 a 19 de la Directiva, su objetivo es como afirmó el TJUE “suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales (...)”. En definitiva, la finalidad del régimen previsto en los arts. 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior<sup>188</sup>. Es esta, además, la concepción mayoritaria actualmente<sup>189</sup>.

Dependiendo del origen de la norma, nacional o europeo, será el Estado o la UE quien decida qué normas considera esenciales para la salvaguarda de sus intereses públicos. De ahí que la clave se encuentre en la definición de “interés pú-

---

184 *Ídem*. Como afirma el considerando 37 del RRI “[E]l concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva.”

185 CAMPO COMBA, María, *The Law aplicable...*, *op. cit.*, p. 145. Ver TORRALBA, Elisa, “La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea. El Ejemplo de la Regulación de la cadena alimentaria, *REDI*, 2023, vol. 75, 137-160, nota 15, donde explica las diferentes posiciones de la jurisprudencia alemana y francesa; la primera muy restrictiva, la segunda más laxa.

186 Sentencia de 9 noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, EU:C:2000:605 (en adelante, asunto *Ingmar*).

187 TORRALBA, Elisa, *op. cit.*, nota al pie 24.

188 Asunto *Ingmar*, apartados 23-24.

189 *Ídem*.

blico” y en “salv guarda de la organización política, social o económica”<sup>190</sup>. En los sectores armonizados como, por ejemplo, en materia de contratación de consumo, ese carácter puede atribuirse a una Directiva europea y, consecuentemente, a las normas nacionales de transposición.

Trasladando esta doctrina a las normas protectoras de los consumidores, no todas podrán considerarse disposiciones internacionalmente imperativas, sino sólo aquellas que salvaguarden el interés público relacionado con la organización social o económica de un Estado, y siempre que ello sea esencial para ese Estado que las ha dictado. En el ámbito europeo, cuando busquen la salvaguarda de intereses europeos, como el buen funcionamiento del mercado interior. Es decir, debe tratarse de una norma que además de proteger al consumidor, como parte débil del contrato (interés particular), tenga por finalidad la tutela de intereses generales (público). Para algunos, su calificación de norma de policía dependerá del interés o intereses tutelados y del peso que tenga en la misma, i.e. si su objetivo principal es la tutela de intereses particulares o por el contrario la salvaguarda de un interés general<sup>191</sup>. Para otros, normas cuyo principal objetivo sea la protección de la parte débil pueden considerarse normas de policía si también buscan la salvaguarda de un interés público, aunque este sea subsidiario<sup>192</sup>. En cualquier caso, esta disociación de intereses no siempre es fácil<sup>193</sup> ni posible pues no se trata de compartimentos estancos y, en ocasiones, como afirma Rodríguez Pineau “la tutela de ciertos particulares puede tener un impacto más allá de la protección directa que las normas procuran, v. gr. porque inciden en el funcionamiento del mercado”<sup>194</sup>. Además, en el caso de las Directivas de protección del consumidor contratante todas buscan contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, lo que podría llevar a pensar que todas persiguen una finalidad de “interés público” que justifica la limitación de la autonomía de la voluntad.

Además, incluso aceptando la caracterización de algunas normas de protección de los consumidores como disposiciones internacionalmente, en el sentido del art. 9 RRI, queda por determinar su compatibilidad con el art. 6 RRI<sup>195</sup>. Para

---

190 CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, 2, pp. 174-193, p. 178.

191 RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Leyes de policía. El impacto de la pandemia en el Derecho internacional Privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. extra 2, pp. 253-268, p. 260.

192 CAMPO COMBA, María, *The Law aplicable...*, op. cit, p. 97; RÜHL, Gisela, op. cit., p. 569.

193 Sobre las dificultades de dicha disociación FRANQ, Stephanie, “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 270-273.

194 RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, op. cit, pp. 253-268.

195 En contra, CAMPO COMBA, María, *The Law aplicable...*, op. cit, p. 145.

algunos la compatibilidad es posible porque los objetivos que persiguen dichos preceptos no son los mismos<sup>196</sup>. El art. 6 RRI protege al consumidor en tanto que parte débil del contrato, i.e. persigue objetivos de “interés particular”, mientras que el art. 9 RRI da entrada a normas que buscan la salvaguarda de un “interés general”. Según los partidarios de la aplicación cumulativa de ambos preceptos, es perfectamente concebible (aunque poco probable en el ámbito de la protección del consumidor) que un país, distinto del de la residencia habitual del consumidor (en el asunto *Diamond Resorts* el país de situación del inmueble, España), considere crucial la aplicación de sus normas de protección del consumidor por perseguir éstas un “interés general”. La disociación de objetivos es lo que permitiría su acumulación. No obstante, ya se ha visto que esta disociación no es nada fácil y muchas veces está desdibujada, especialmente en el ámbito de la protección al consumidor.

Además, no debemos olvidar que el art. 6 RRI prevé una norma de conflicto materialmente orientada, a diferencia del régimen general (arts. 3 y 4 RRI) aplicable a los contratos de agencia, lo que significa que la norma de conflicto ya incorpora el objetivo protector. Como se ha visto, el art. 6 RRI garantiza al consumidor la protección que le dan las normas “internamente” imperativas de la ley de su residencia habitual. Al designar la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual como aplicable, el legislador de la Unión consideró que dicha ley ofrece una protección adecuada al consumidor, sin que esta designación deba, no obstante, conducir necesariamente a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el consumidor. La elección de la residencia habitual del consumidor como criterio de vinculación objetivo obligatorio, no se hizo, como se ha visto anteriormente, sobre la base de la mayor protección de sus normas sustantivas, sino sobre la base del principio de proximidad. La ley de la residencia habitual del consumidor se aplica, a falta de elección por las partes, con carácter imperativo y con independencia de que exista o no otra ley, potencialmente aplicable, más protectora del consumidor. Por lo tanto, el enfoque de la ley preferente no se aplica en ausencia de elección.

Cuando la ley aplicable al contrato de consumo en virtud del art. 6 RRI es la de un Estado miembro, no puede aplicarse, a título de ley de policía, una ley de otro Estado miembro más protectora que la *lex contractus*. La aplicación cumulativa de ambas técnicas (multilateral y unilateral) con finalidades tuitivas desvirtúa, a mi modo de ver, la existencia de una norma de conflicto materialmente orientada que no se fundamenta en el principio de la ley más favorable y que concede

---

196 BONOMI, Andrea, “Article 9” en MAGNUS, Ulrich y MANKOVSKI, Peter (ed.), *Commentaries on Private International Law*. Commentary Rome I Regulation, vol 2, Sellier, p. 611; L.M. VAN BOCHOVE, ‘Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law’, *Erasmus Law Review*, 2014(3) (2014) 152.

cierta autonomía conflictual. Con la inclusión de una norma especial en materia de contratación de consumo se consigue una mayor certeza y previsibilidad en el Derecho aplicable, lo que ya en sí constituye un parámetro protector. En efecto, a través de una norma de conflicto común para todos los Estados miembros de la Unión Europea que determine la ley aplicable a los contratos de consumo se consigue una mayor seguridad, no sólo para el consumidor, que no verá menoscabada la protección que le ofrece su Derecho interno, sino también para la otra parte contratante que sabrá de antemano como proceder a una organización racional de sus contratos de consumo (predictibilidad y seguridad)<sup>197</sup>. La aplicación de normas de policía más tuitivas que la *lex contractus*, genera una (super)protección que va en contra de la seguridad y certeza que el mercado interior necesita y merman la autonomía de la voluntad, ambos objetivos perseguidos por el Reglamento Roma I<sup>198</sup>.

Ahora bien, cuando esa ley es la de un Estado tercero y su aplicación como *lex contractus* pone en peligro el nivel de protección europeo, el legislador europeo puede sentir la necesidad de extender la protección europea si la considera crucial para la salvaguarda de los intereses públicos europeos, a través de una norma unilateral que delimite la imperatividad de la misma en situaciones vinculadas a la UE (por ejemplo, cuando el inmueble esté situado en un Estado miembro). Cuando lo que está en juego es el nivel de protección europea, esa doble protección o aplicación cumulativa prevalece sobre la certeza y seguridad jurídica, pues el art. 6 RRI no incorpora esa lógica de mercado interior. La distinción entre situaciones (intra)europeas y aquellas vinculadas a terceros Estados debería constituir la base del sistema conflictual en materia de protección del consumidor e incorporarse en el propio art. 6 RRI.

#### **4.2.4. Contratos de consumo no cubiertos por el artículo 6 y aplicación de otras disposiciones: especial referencia al consumidor activo**

Como ya se ha dicho, varios consumidores que celebran contratos internacionales quedan fuera de la protección prevista en el art. 6 RRI: los excluidos *ratione materiae* y los que no cumplen las condiciones territoriales (el consumidor acti-

---

197 Para un análisis crítico de esa seguridad y predictibilidad que proporciona el art. 6 RRI, principalmente por la dificultad en la comparación de leyes, ver SCHMITZ, Benedikt, "Rethinking the Public Interest in Consumer Protection. A Critical Comparative Analysis of Article 6 Rome I Regulation", *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2022, 9, pp. 224

198 En el mismo sentido CAMPO COMBA, María, "Derecho internacional privado europea y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil", *REDI*, vol. 73, 2021, 1, pp. 74-79, 79.

vo). El Derecho europeo del consumo no sólo prevé alcanzar un alto nivel de protección del consumidor sino también promover y contribuir a las oportunidades que brinda la creación de un mercado único en beneficio de los consumidores y los empresarios. La protección del consumidor y creación del mercado único no son dos políticas antagónicas sino complementarias. En aras a que el “mercado interior del consumo” alcance todo su potencial, contribuyendo de esta forma a los fines de la Unión Europea, es imprescindible facilitar que el consumidor pueda participar activamente en otros Estados miembros sin asumir el riesgo de la ‘internacionalidad’ respecto de la jurisdicción y el derecho aplicable<sup>199</sup>. Ni las empresas ni los consumidores confían todavía en el mercado interior lo que impide que aumenten las ventas transfronterizas en la Unión Europea. De ahí que aumentar esa confianza sea uno de los objetivos fundamentales.

Ya el Convenio de Roma (art. 5.2) adolecía de una “laguna conflictual” en el sentido de que no protegía al “consumidor activo”, es decir, al consumidor residente en un Estado miembro que se desplaza a otro Estado miembro y celebra un contrato. En ese caso, el contrato se regía por el régimen general y podía quedar sometida a la ley de un tercer Estado (un Estado distinto del de la residencia habitual del consumidor o del profesional), a menudo la ley de un Estado no miembro. Imaginemos la situación en la que un consumidor, residente en España, se desplaza a Francia para realizar unas compras. En tal caso, el consumidor no podría acogerse a las normas de protección españolas.<sup>200</sup> Sin embargo, ¿no debería el consumidor estar protegido por la ley francesa? O, en el caso de que la ley se haya armonizado a nivel europeo, ¿no debería concederse al consumidor el nivel europeo de protección? Se trata probablemente de una expectativa legítima del consumidor que disfruta de las libertades europeas; que se le conceda y garantice el alto nivel de protección europeo. Por otra parte, el consumidor residente en un Estado miembro que se desplaza a otro Estado miembro y celebra un contrato en ese Estado miembro con un profesional cuyo establecimiento se encuentra en un Estado no miembro, pero que ha orientado sus actividades a ese Estado miembro, tampoco está protegido. En tal caso, el artículo 4 del Convenio de Roma conduce, en principio, a la aplicación de la ley del lugar de establecimiento del profesional, ley de un tercer Estado cuya aplicación puede perjudicar al consumidor.

La posibilidad de aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas de la *lex fori* (art. 7.2 CR) fue planteada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional<sup>201</sup>. Sin embargo, la posible aplicación del art. 7 del Convenio de

---

199 THIEDE Thomas — SCHACHERREITER, Judith, “The Recent Shift from the Passive to the Active Consumer”, *Austrian Law Journal*, 1/2015, pp. 23-31, 29.

200 LECLERC, Frédéric, *op. cit.*, p. 498.

201 Véase el razonamiento de la decisión de la *Cour de Cassation* francesa en su sentencia de 19 de octubre de 1999, LAGARDE, Paul, “Comentario a la *Cour de Cassation* en su

Roma no fue pacífica y planteó un doble problema: en primer lugar, la posible incompatibilidad entre el art. 5 CR (norma de conflicto que regula determinados contratos de consumo) y el art. 7 CR (cuestión que será tratada *infra* respecto del art. 9 RRI). En segundo lugar, la naturaleza de las normas protectoras del consumidor como normas internacionalmente imperativas (ver *supra*).

Con el fin de colmar la laguna protectora derivada del antiguo artículo 5 del Convenio de Roma, desde los años 90, el legislador europeo optó por la introducción de una norma de conflicto de leyes en el seno de las Directivas de protección de los consumidores, que pretendía establecer el carácter internacionalmente imperativo del Derecho sustantivo europeo siempre que existiera un vínculo estrecho con la Unión Europea.<sup>202</sup> La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas establecía en su art.6, apartado 2, que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*”<sup>203</sup>. Además, dos directivas relativas a contratos específicos con consumidores (a saber, la Directiva 90/314 sobre viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados

---

sentencia de 19 de octubre de 1999” *Revue critique de droit international privé*, 1, 2000, p. 29.; RACINE, Jean-Baptiste, “Comentario a la Cour de Cassation en su sentencia de 19 de octubre de 1999” *Journal du Droit International*, 2000, 2, p. 341. Véase también la sentencia en el asunto denominado “Gran Canaria” del Bundesgerichtshof alemán de 19 de marzo de 1997, traducida al francés en *Revue critique de droit international privé*, 1998, 4, p. 619, y el comentario de LAGARDE, Paul, *Revue critique de droit international privé*, 1998, 4, p. 620. Véase también el asunto del Bundesgerichtshof alemán de 13 de diciembre de 2005-XI ZR 82/05.

- 202 La primera generación de directivas dedicadas a la protección de los consumidores (es decir, las directivas publicadas desde 1985 hasta 1993, como, por ejemplo, la Directiva sobre crédito al consumo) no contenía ninguna norma que indicara su ámbito de aplicación espacial. Se limitaban a establecer normas de Derecho sustantivo (que debían transponerse al Derecho interno de los Estados miembros) y, por tanto, su propia aplicabilidad dependía de la aplicabilidad del Derecho nacional del Estado correspondiente. En tales casos, para determinar la ley que regía el contrato, el tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda aplicaría sus propias normas de Derecho internacional privado.
- 203 Una disposición muy similar se adoptó en la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (artículo 12, apartado 2), así como en la Directiva 44/99/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (artículo 7, apartado 2), y la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (artículo 12, apartado 2). Véase también la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (artículo 22, apartado 4).

y la Directiva 2008/122/CE relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que sustituye a la Directiva 94/47 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos celebrados en los Estados miembros) también contenían una norma especial que indicaba su ámbito de aplicación espacial. En este caso, sin embargo, las normas difieren considerablemente de las contenidas en las directivas anteriormente mencionadas. Por último, la Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico en el mercado interior adoptó un enfoque diferente, y dio un paso atrás con respecto al método utilizado en la primera generación de Directivas, pues no pretendía “establecer normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a los conflictos de leyes ni trata de la competencia de los Tribunales”<sup>204</sup>.

Sin embargo, estas loables intenciones protectoras se vieron menoscabadas, no sólo por la difícil interacción entre el Convenio y las normas nacionales de aplicación de las directivas europeas,<sup>205</sup> sino también por las desventajas inherentes a las directivas como instrumentos unificadores. Por lo que se refiere a la articulación entre el Reglamento Roma I y las Directivas, aunque el artículo 23 del Reglamento Roma I parece claro cuando establece que “[C]on excepción del artículo 7, 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”, en el sentido de que las Directivas y el Derecho nacional que las aplica prevalecen sobre el Reglamento como *lex specialis*, ha suscitado sin embargo un amplio y extenso debate doctrinal<sup>206</sup>.

En cuanto al uso de las directivas como instrumento unificador, a partir de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consu-

---

204 Directiva (CE) 2000/31 relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), 2000, DO L 178, p. 23. Para un análisis más detallado de la relación entre las Directivas y el Reglamento Roma I, véase AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, 2003; CAMPO COMBA, María, *The Law aplicable...*, op. cit.; FALLON, Marc, FRANCO, Stephanie “Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?”, en BASEDOW, Jurgen et al (eds), *Private Law in the International Arena*. Liber Amicorum Kurt Siehr, TMC Asser Press, 2000, p. 155; FRANCO, Stephanie, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2005; JAYME, Eric, KOHLER, Christian, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, 1.

205 AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, *Los contratos de consumo...*, op. cit., p. 44.

206 Ibidem.

midores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre derechos de los consumidores) se abandona la armonización mínima en favor de la armonización máxima o plena. El considerando 10 de la Directiva sobre derechos de los consumidores establece que *“La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”* y el considerando 58 especifica que *“El consumidor no debe ser desposeído de la protección que le otorga la presente Directiva. Si la ley aplicable al contrato es la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) n.º 593/2008, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece la presente Directiva”*. Por lo tanto, cualquier cuestión de ley aplicable se resolverá mediante la aplicación del Reglamento Roma I. Este principio de armonización plena, junto con una remisión al Reglamento Roma I para resolver cualquier cuestión de elección de ley, también se ha utilizado en la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

Con la transformación del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I, se introdujo el apartado 4 del art. 3, que establece que *“4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.”*

En consecuencia, el consumidor activo que celebra un contrato en el que todos los elementos están situados en Estados miembros, está protegido contra una elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado que sea perjudicial para el consumidor. Este resultado es similar al alcanzado por las Directivas europeas que contenían la extensión unilateral del Derecho comunitario cuando existía un vínculo estrecho con la UE. Sin embargo, las Directivas no definían las situaciones en las que existía un “vínculo estrecho” y los Estados miembros interpretaron dicho vínculo de diferentes maneras. El art. 3.4 RRI es claro: todos los elementos pertinentes de la situación deben localizarse en uno o varios Estados miembros. Ello excluye la protección del consumidor activo que se desplaza de un Estado miembro a otro y celebra un contrato con un profesional de un tercer Estado en las condiciones establecidas en el art. 6 del Reglamento (es decir, test de actividades dirigidas). En esta situación, la aplicación del criterio de vinculación objetiva del artículo 4 del Reglamento podría ser muy perjudicial para el consumidor, ya que la residencia habitual del profesional está situada en un Estado no miembro.

En este caso, la cuestión que se plantea es la posible aplicación de la “*lois de police*” a través del art. 9 del Reglamento. Cuando el contrato de consumo no está cubierto por el art. 6 RRI, algunos especialistas han defendido la posible aplicación del art. 9 del Reglamento, en función del tribunal que conozca del asunto. Si el tribunal ante el que se presenta la demanda es el tribunal del domicilio del consumidor, el art. 6 del Reglamento se considera *lex specialis* sobre el art. 9 RRI y, por lo tanto, prevalece (*lex specialis derogat generalis*)<sup>207</sup>. Esta interpretación ha sido criticada por algunos autores, que consideran que, aunque el consumidor activo no se encuentre en ninguna de las circunstancias espaciales previstas en el artículo 6 del Reglamento, ello no le impide beneficiarse de las normas protectoras del país de su residencia habitual a través de la *lois de police*.<sup>208</sup> Si las normas generales de conflicto (artículos 3 y 4 del Reglamento) se aplican a estos contratos no cubiertos por el artículo 6 del Reglamento, deben incluir las normas imperativas del art. 9, ya que éste tiene un carácter general e incluye todos los tipos contractuales<sup>209</sup>. La formulación utilizada en el art. 9, “Ninguna disposición del presente Reglamento restringirá [...]”, conduce también a la coexistencia entre el artículo 6 y el art. 9<sup>210</sup>.

---

207 En cuanto a la relación entre la disposición correspondiente del Convenio de Roma (artículos 5 y 7), véase LAGARDE, Paul, “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*, 1991, 2, p. 316. También los tribunales alemanes en el asunto «Gran Canaria”.

208 KASSIS, Antoine, *op. cit.*, p. 34.

209 En este sentido, véase FALLON, Marc, “Le droit des rapports internationaux de consommation”, *Journal du Droit International*, 1984, p. 825; JAYME, Eric, KOHLER, Christian, *op. cit.*, p. 21; KASSIS, Antoine, *op. cit.*, p. 340.

210 CAMPO COMBA, María, *The Law aplicable...*, *op. cit.*, p.160.

