

INCORRECTA TRANSPOSICIÓN DE LA NOCIÓN DE  
«VÍNCULO ESTRECHO CON EL TERRITORIO  
COMUNITARIO» DE LAS DIRECTIVAS DE CONSUMO  
(STJCE DE 9.9.2004, AS. 70/03 *COMISIÓN C. ESPAÑA*)

ANA QUIÑONES ESCAMEZ\*

- I. ANTECEDENTES E INTERÉS DE LA DECISIÓN
- II. OMISIÓN DE LA FRASE TERCERA DEL ART. 5 DE LA DIRECTIVA QUE EXCLUYE LAS ACCIONES DE CESACIÓN DE LA REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN
- III. INCORRECTA TRANSPOSICIÓN DE LA NOCIÓN DE «RELACIÓN O VÍNCULO ESTRECHO» INSPIRADA EN EL ART. 5 DEL CONVENIO CEE SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (1980)
- IV. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DE LA NOCIÓN DE VÍNCULO ESTRECHO
- V. ¿NORMAS DE APLICABILIDAD O LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?
  1. ¿CUBRE EL ART. 6.2 DE LA DIRECTIVA LAS HIPÓTESIS DE «NO ELECCIÓN DE LEY»?
  2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNOS (VÍNCULO CON «UN» ESTADO MIEMBRO) E INTRACOMUNITARIOS (VÍNCULOS CON «MÁS DE UN» ESTADOS MIEMBROS)
- VI. ARMONÍA EN EL RESULTADO ENTRE EL DERECHO DERIVADO Y EL CONVENIO DE ROMA (1980).
- VII. CONCLUSIONES

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, UPF de Barcelona. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación SEC 2003-04248.

## I. ANTECEDENTES E INTERÉS DE LA DECISIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado, en su sentencia de 9 de septiembre de 2004<sup>1</sup>, que: «España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva». El TJCE, siguiendo las conclusiones del Abogado General, L. A. Geelhoed, da la razón a la Comisión, que, tras considerar insatisfactorias las razones que dio el gobierno español, planteó el recurso de incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE.

Esta decisión es de gran interés. El Tribunal de Justicia precisa, con respecto al art. 6.2 de la directiva, que el concepto deliberadamente vago de vínculo estrecho no cabe restringirlo con los requisitos acumulativos del artículo 5 del Convenio CEE de Roma (1980) sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Incide de esta manera en el debate doctrinal que, sobre la interpretación de la noción de «vínculos estrechos» y su encaje en el citado artículo 5 del Convenio CEE de Roma (1980), planteó, en los años noventa, la doctrina internacional privatista, y a cabeza a la alemana<sup>2</sup>.

Pero su interés no es sólo teórico o doctrinal. La decisión del TJCE prolongará sus consecuencias a otras directivas de consumo que contienen *mutatis mutandis* una disposición similar a la del artículo 6.2 de la directiva de cláusulas abusivas.

Y, también, extenderá sus consecuencias a las correspondientes leyes de transposición nacionales de los Estados miembros que han adoptado fórmulas similares a la del legislador español. Es decir, inspiradas, igualmente, en el art. 5 del Convenio de Roma (1980) como parte del Derecho internacional privado común de los Estados miembros.

El ejemplo más reciente —e incluso posterior a la STJCE— lo ofrece el derecho francés. La ley francesa de 17 de febrero de 2005 ha incorporado el artículo 7 de la Directiva 1999/44 de 25 de mayo de 1999 relativa a la venta y garantías de los bienes de consumo inspirándose en

<sup>1</sup> As. 70/03 de 9.9.2004 *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*.

<sup>2</sup> Es punto de referencia el trabajo de E. JAYME y Ch. KOHLER, «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, p. 1 y siguientes.

el citado art. 5 del Convenio de Roma (1980)<sup>3</sup>. No tardará en plantearse un recurso contra Francia.

El TJCE no sólo admite esta imputación de la Comisión. Pero centraremos la nota en este extremo, sin perjuicio de la mención que, a continuación, hagamos a la omisión de la frase tercera del artículo 5 de la directiva en la ley de transposición española.

## II. OMISIÓN DE LA FRASE TERCERA DEL ART. 5 DE LA DIRECTIVA QUE EXCLUYE LAS ACCIONES DE CESACIÓN DE LA REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN

El artículo 5 de la Directiva contiene una regla de interpretación por la que, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevale la interpretación más favorable para el consumidor. Esta regla general no es aplicable —a tenor de la frase tercera de dicho artículo— a las acciones colectivas de cesación. Se imputa al legislador español, el haber omitido dicha excepción.

Efectivamente, el artículo 10.2 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* contiene la regla general de interpretación favorable para los consumidores («en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor»<sup>4</sup>), pero no la excepción expresada en la frase tercera del art. 5 de la Directiva<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Ordonnance n.º 2005-136 de 17 de febrero de 2005, *JORF*, de 18 de febrero de 2005, p. 2778. Según la nueva redacción del art. L 211-18 del *Code de la Consommation*: «Quelle que soit la loi applicable au contrat, l'acheteur qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par cet Etat en application de la directive 1999/44 du Parlement Européen et du Conseil du 25 mai 1999 et qui ont un caractère impératif:

- si le contrat a été conclu dans l'Etat du lieu de résidence habituelle de l'acheteur;
- ou si le contrat a été précédé dans cet Etat d'une offre spécialement faite ou d'une publicité et des actes accomplis par l'acheteur nécessaires à la conclusion dudit contrat;
- ou si le contrat a été conclu dans un Etat où l'acheteur s'est rendu à la suite d'une proposition de voyage ou de séjour faite, directement ou indirectement, par le vendeur pour l'inciter à contracter».

<sup>4</sup> En el mismo sentido el artículo 6.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

<sup>5</sup> En concreto, la frase tercera del artículo 5 de la directiva añade que la citada regla de interpretación: «no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva» (acciones de cesación).

El gobierno español alegó que tal previsión forma parte de la práctica judicial española, pero la Comisión, primero, y el TJCE, después, consideraron que este extremo no resultó probado<sup>6</sup>.

La excepción no es baladí. En las acciones colectivas de cesación, existe el riesgo de que la regla de interpretación general se vuelva contra el interés de los consumidores impidiendo eliminar una cláusula abusiva. Si el profesional, pudiera invocar la regla de la interpretación más favorable para el consumidor podría conseguir que no fuera prohibida una cláusula oscura y susceptible de ser interpretada objetivamente como una cláusula abusiva. Se hecha en falta, por consiguiente, en la legislación española, la mención expresa de tal exclusión.

### III. INCORRECTA TRANSPOSICIÓN DE LA NOCIÓN DE «RELACIÓN O VÍNCULO ESTRECHO» INSPIRADA EN EL ART. 5 DEL CONVENIO CEE SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (1980)

El artículo 6.2 de la Directiva no es un precepto tan diáfano como el anterior. Hemos mencionado que el concepto de «relación estrecha con el territorio de un Estado miembro»<sup>7</sup> y, notablemente, su interacción con el Derecho internacional privado común a los Estados miembros ha sido objeto de debate en la doctrina internacional-privatista, inicialmente en la alemana<sup>8</sup>.

El legislador comunitario, un tanto ajeno a la polémica, ha ido reproduciendo, con alguna variante, la misma norma en las sucesivas directivas de consumo que ha ido elaborando.

<sup>6</sup> España no es el único Estado miembro que omitió tal previsión en su transposición. Sin embargo, puede desprenderse del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva (COM/2000/0248 final) que en otros casos (en concreto: P, UK., G, I, NL) se aportaron garantías de un próximo cumplimiento.

<sup>7</sup> «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de a 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>8</sup> Además del trabajo citado en la nota n.º 2 cabe consultar varias de las aportaciones que plantean el debate de primera mano (de N. Reich, Radicati di Brozolo, Rigaux..., entre otros) en la obra colectiva, P. LAGARDE y B. v. HOFFMAN (ed.), *L'Europeisation du droit international privé*, Publicaciones de la Academia de Treves, 1996. En España, las monografías de F. Esteban de la Rosa y Beatriz Añoveros, entre otros.

Algunos legisladores nacionales, en sus transposiciones, no se han limitado a transcribir «tal cual» la norma de la directiva. Inspirándose en el art. 5 del Convenio CEE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, le han ido dando diversas formas y significados sin que tal variación, a nuestro entender, se encuentre justificada, en tal caso, por el margen de maniobra que permite la técnica de la directiva.

El Tribunal de Justicia, empero, en la sentencia que nos ocupa, afirma que los términos «relación estrecha con el territorio de un Estado miembro» tienen por finalidad el «permitir que se tomen en consideración *diversos elementos de conexión* en función de las *circunstancias del caso concreto*»<sup>9</sup>.

Y, cabe recordar, precisa, además, que: «Aunque el concepto *deliberadamente vago* de «estrecha relación» que utiliza el legislador comunitario pueda eventualmente concretarse mediante presunciones, *no es posible*, en cambio, *restringir* dicho concepto mediante una combinación de *criterios de conexión previamente definidos*, tales como los requisitos acumulativos relativos a la residencia y a la celebración del contrato contemplados en el *artículo 5 del Convenio de Roma*»<sup>10</sup> de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Inspirarse en el artículo 5 del Convenio de Roma (1980) es lo que hace el legislador español –y no sólo él, como ya se ha apuntado– al incorporar la directiva a su legislación (artículo 10 bis 3 de la *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* y el artículo 3 de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, de 13 de abril de 1998<sup>11</sup>). De modo que el TJCE acepta, también, la segunda imputación de la Comisión.

<sup>9</sup> Punto n.º 32 (la cursiva es nuestra).

<sup>10</sup> Punto n.º 33 (la cursiva es nuestra).

<sup>11</sup> Estas normas establecen su ámbito de aplicación mediante la acumulación de dos criterios (localización de la declaración negocial y residencia habitual del adherente) inspirados en el art. 5 del Convenio de Roma (Vid: VILÁ COSTA, Blanca, «Ámbito territorial. Disposiciones Imperativas» y VILÁ COSTA, B. y GARDEÑES, M., «Disposición Adicional Primera Tres», en Arroyo MARTÍNEZ, T. - MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 38 y 300; CUARTERO RUBIO, M.ª Victoria, «Disposición adicional primera.Tres. Art. 10 bis 3 LGDCU, en Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Aranzadi, 1999, pp. 795-815, y ARTUCH IRIBERRI, Elena, «La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de la contratación», *Derecho de los Negocios*, febrero, n.º 89, 1998, pp. 13-20, 17).

La decisión del TJCE puede dar pie a dos interpretaciones. Una dentro y otra al margen del Convenio de Roma (1980). Puede considerarse, atendiendo al Convenio de Roma (1980) que la noción de «relación estrecha» no debe interpretarse en los términos estrictos del artículo 5, pero sí en los términos vagos del art. 7.1 (*leyes de policía*) del texto convencional.

El artículo 7 del Convenio de Roma es una norma abierta –a diferencia del artículo 5 del mismo Convenio– que permite a los jueces atender a las circunstancias del caso concreto. Pero de ser así, las normas comunitarias de consumo no serían simples normas imperativas internas (sujetas a la norma de conflicto) sino leyes de policía (o internacionalmente imperativas) con voluntad de aplicación propia. Pero, ¿tal calificación en bloque no es excesiva?

Se aproxima más al sentir del legislador europeo y del Tribunal de Justicia el pensar que estamos ante una noción autónoma. ¿El legislador comunitario pensó en el Convenio de Roma al introducir los términos «vínculo estrecho» en las directivas? ¿Pensó en el texto convencional el Tribunal de Justicia al dictar esta sentencia? No lo parece.

Tampoco lo considera M. FALLON cuando afirma que la STJCE que nos ocupa avala la idea de una norma de proximidad «autosuficiente» destinada a asegurar una protección efectiva del consumidor en el mercado interior<sup>12</sup>.

Nosotros pensamos que, desde el inicio, los dos conjuntos normativos (derecho derivado e internacional privado común) se han ignorado. Pero, también, que es posible alcanzar un *resultado* armonioso entre los mismos.

#### IV. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DE LA NOCIÓN DE VÍNCULO ESTRECHO

La doctrina internacional-privatista alertó, en su momento, acerca de los riesgos de colisión entre las normas de aplicabilidad del derecho derivado y las normas de conflicto del Convenio de Roma (1980), y se ocupó de su posible articulación. Sin embargo, cabe interrogarse sobre si los encuentros o desencuentros entre el derecho derivado y el derecho internacional privado común del Convenio de Roma (1980) son fruto

<sup>12</sup> «Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne», *Mélanges P. Lagarde*, 2004, p. 258.

de un plan con cita previa o simplemente de la ignorancia mutua. A nuestro entender, la indiferencia ha sido la tónica dominante.

Los Estados miembros cuando negociaron el Convenio de Roma (1980) no pudieron tener en cuenta las directivas que se han ido elaborando. Las primeras, en el ámbito de los seguros<sup>13</sup> no pusieron *a priori* dificultades dado que el Convenio excluye de su ámbito de aplicación los contratos de seguros cuando el riesgo está situado en un Estado miembro (art. 1.3). Pero sí eran susceptibles de poner dificultades las directivas en materia de contratos concluidos con consumidores que intervienen en un ámbito cubierto por el Convenio de Roma (1980). Y, si bien el Convenio da primacía al derecho derivado (art. 20), la declaración adoptada con ocasión de su firma invita a las instituciones europeas a esforzarse en que la adopción de normas de Derecho internacional privado en el derecho derivado fuera en armonía con el texto convencional. Por consiguiente, una interpretación de ambas normativas que ofrezca un *resultado final* coherente es necesaria y, también, *suficiente*.

#### V. ¿NORMAS DE APLICABILIDAD O LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?

El art. 6.2 de la Directiva se destina –a tenor del considerando vigésimo segundo– a evitar el riesgo de desproteger al consumidor mediante la elección del derecho de un país tercero, cuando existe «una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». En otras directivas el vínculo es con uno o «más» Estados miembros (v.gr., art. 12 Directiva 97/ de venta a distancia) y, en otras, con los Estados miembros (v.gr., art. 7.2 de la Directiva 1999/44 venta y garantías a los bienes de consumo). Pero cabe la duda de que tales términos tuvieran presente al Convenio de Roma (1980) y al principio de proximidad que lo impregna. Y tenerlo en cuenta puede permitir el interpretar de otro modo el art. 6.2 de la directiva, y ver con otros ojos, como conceptos no comunes, la noción de «relación o vínculo estrecho».

No está de más recordar que el debate se inició con el art. 6.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Esta disposición es la primera que hace mención a la necesidad de una «relación estrecha» con el territorio de un Estado miembro. Sin embargo, la directiva sobre cláusulas abusivas

<sup>13</sup> V. HEUZÉ, «Le droit des assurances» en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 243-253.

no es la primera en el ámbito de los contratos concluidos con consumidores que *limita la autonomía de la voluntad* de forma análoga a cómo lo hace el art. 6.2 que nos ocupa. En directivas anteriores también se limita la autonomía de la voluntad, pero *sin hacer mención a la noción de relación o vínculo estrecho*<sup>14</sup>. En otras palabras, la catalogación como «normas de aplicabilidad» de tales limitaciones de la autonomía de la voluntad ofrece, cuando menos, dudas.

Lleva algo de razón, en este sentido, el TJCE cuando señala que la directiva no prevé las restricciones materiales (cubre un mayor número de contratos y no se ciñe al consumidor) y espaciales (no ciñe la protección a la ley del Estado miembro de la residencia habitual del consumidor) de dicha norma convencional.

El legislador comunitario no pensó en el Convenio de Roma (1980). Es decir ni pensó en el artículo 5 ni en el artículo 7 del Convenio de Roma. Pensó, pensamos, ante todo, en *limitar en determinados supuestos la autonomía de la voluntad*.

Ambos textos establecen *limitaciones a la autonomía de la voluntad* en los contratos concluidos con consumidores, aunque el ámbito de los contratos y las condiciones difieran<sup>15</sup>.

#### 1. ¿CUBRE EL ART. 6.2 DE LA DIRECTIVA LAS HIPÓTESIS DE «NO ELECCIÓN DE LEY»?

El artículo 6.2 de la directiva no cubre los supuestos de «no elección de ley». No es aplicable, por tanto, frente a *cualquier ley* que regule el contrato. No es éste su tenor literal.

La doctrina dice que la directiva también se aplica en defecto de elección de ley<sup>16</sup>. Pero lo dice la doctrina, no la directiva. Y si el legislador europeo lo quiso o lo quiere decir ¿por qué no lo ha dicho o por

<sup>14</sup> A título de ejemplo cabe citar: la Directiva 85/374/CEE en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, modificada por Directiva 1999/34; la Directiva 85/577 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 87/102 de crédito al consumo, modificada por las Directivas 90/88 y 98/7 y la Directiva 90/314 referente a viajes, vacaciones y circuitos combinados.

<sup>15</sup> H. DUINTJER TEBBENS, «Les regles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé», en *Les conflits...*, op. cit., p. 112

<sup>16</sup> E. JAYME, «Klausselrichtlinie und internationale Privatrecht- Eine Skisse», *Festschrift für Trinkner*, 1995, p. 577.



qué no lo ha añadido en las directivas de consumo posteriores a la que nos ocupa?<sup>17</sup>

Los legisladores de los Estados miembros –aunque no exentos de imaginación en sus transposiciones– no se han lanzado, tampoco, en bloque a «completar» la directiva alcanzando este extremo. Es ilustrativa, al respecto, la actitud del legislador alemán que, primero, incluyó la previsión en su transposición, pero luego la excluyó (2000) limitando la aplicación de su normativa a los casos en los que se «elige» la ley de un tercer Estado<sup>18</sup>.

Tiremos un poco más del hilo. Bien podría pensarse que, implícitamente, al derecho derivado no le repugna la ley de un tercer Estado (menos protectora) cuando es objetivamente aplicable al contrato. Es decir, que la directiva no cubre tal supuesto.

De ser así, la *diferencia de trato entre los supuestos de elección de ley y de no elección de ley se explicaría mal en términos de ley de policía o de normas con voluntad de aplicación propia*. Las leyes de policía no requieren de una conexión (subjética) ni dependen del razonamiento conflictual (autonomía de la voluntad) para aplicarse. No se aplican sólo en caso de «elección de ley». No podría sostenerse la voluntad de aplicación de la directiva (o normas armonizadas) a título de *ley de policía* si el art. 6.2 sólo limita, como permite afirmar su tenor literal, la *elección de ley* (autonomía conflictual).

No es óbice a lo que venimos diciendo el ya célebre asunto *Ingmar* (2000)<sup>19</sup>. El Tribunal de Justicia limitó la elección de ley de un tercer

<sup>17</sup> Sólo una directiva hace excepción (multipropiedad). pero, en tal caso, el vínculo con el territorio comunitario y la ley objetivamente aplicable al contrato coinciden. Se trata, pues, de no burlar el mínimo de protección comunitario que está inserto en la ley objetivamente aplicable.

<sup>18</sup> Art. 29 a (1) de la Ley de 27 de junio de 2000 que corresponde al artículo 5 del Convenio de Roma, una nueva letra «a» (*Bundesgesetzblatt*, 2000, n.º 28 p. 897). Se encuentra comentada por R. WAGNER, en «Zusammenführung verbraucherschützender Kollisionsnormen aufgrund EG-Richtlinien in einem neuen Art. 29 a EGBGB - Ein Beitrag zur internationalprivatrechtlichen Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie», *IPRax*, n.º 4, 2000, p. 249 y siguientes, y por P. Lagarde, «Informations», en *Revue Critique de droit international privé*, 2000, 4, p. 924 y siguientes

<sup>19</sup> En el asunto «Ingmar GB.Ltd» el TJCE se pronunció acerca del carácter imperativo de los artículos 17 y 18 la Directiva 86/653/CE sobre agentes comerciales independientes y de su aplicación a un supuesto de elección de la ley de un tercer Estado (ley californiana del establecimiento del principal) sin que existiera una previsión en la Directiva (vid, respecto a la sentencia la nota de A. Font en esta *Revista*, 2000, pp. 259-279).

Estado aplicando dos artículos de la ley de incorporación inglesa (foro) sobre la base de que el agente comercial independiente prestaba sus servicios en el territorio de un Estado miembro. Quizás le pareció irrelevante el derecho objetivamente aplicable al contrato, pero de haberse considerado inoponible al agente la elección de ley, el derecho del prestador característico del contrato (art. 4 del Convenio de Roma) hubiere conducido a las disposiciones armonizadas. Es decir, que sin recurrir a las «leyes de policía» del foro, las disposiciones inglesas se hubieren aplicado al contrato una vez descartada la elección de ley (autonomía conflictual).

## 2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNOS (VÍNCULO CON «UN» ESTADO MIEMBRO) E INTRACOMUNITARIOS (VÍNCULOS CON «MÁS DE UN» ESTADOS MIEMBROS)

La directiva obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que en caso de «elección» de la ley de un tercer Estado no se prive al consumidor de la protección ofrecida por la directiva. Si en algún artículo del Convenio de Roma hubiere que incardinar esta previsión sería el artículo 3 del Convenio de Roma (1980). Es decir en la conexión subjetiva y el principio de la autonomía de la voluntad.

Es plausible pensar que el legislador comunitario tenía en mente *la elección de la ley de la «Isla de Man»* en el asunto Gran Canaria<sup>20</sup>. Y,

<sup>20</sup> En los orígenes del debate incidieron los comentarios a la ya célebre sentencia del BGH alemán, de 19.3.1997 (vid. extractos con nota de P. Lagarde en *Revue crit. dr. int. pr.* 1998, p. 618 y siguientes) conocida como «Gran Canaria», que llevó a algunos autores —con el buen fin de proteger al consumidor en los contratos de multipropiedad— a abandonar la citada norma de conflicto convencional para dirigir su mirada (y a las normas comunitarias) hacia los derroteros más amplios del artículo 7 del mismo Convenio relativa a las «leyes de policía» (S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, 2002, p.137). Pero decir que estamos, en bloque, ante «leyes de policía» requiere interrogarse sobre su naturaleza. El profesor J. D. GONZÁLEZ CAMPOS afirma que el objetivo del art. 7(2) CR es dar entrada a las normas de intervención del foro que tienen una función de «dirección» y no a las normas de «protección» y que, por este motivo, las lagunas de protección del consumidor no pueden colmarse a través del art. 7(2) CR («Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 371-276 y 407 y la bibliografía que cita). Estaríamos ante normas «interamente imperativas» (o simplemente imperativas) no derogables por contrato. Las

quizás, el viejo debate sobre la *aplicación de las directivas de consumo a los contratos internos y no sólo a los contratos intracomunitarios*. El art. 6.2 de la directiva hace referencia a un vínculo con «un» Estado miembro y otras directivas añaden «con uno o más» Estados miembros. Estos términos cubren las hipótesis en las que el profesional y consumidor residen en el mismo («un») Estado miembro (contratos de consumo internos) o en («más de un») Estados miembros distintos (contratos de consumo intracomunitarios)

Interpretado de este modo, el objetivo del artículo 6.2 de la Directiva es el de *garantizar el respeto del mínimo armonizado frente a la «elección de ley» de un tercer Estado* cuyas normas no alcanzan la mínima protección en los *contratos internos e intracomunitarios* (en los que *las partes se encuentran en uno o en más Estados miembros*).

Estas y otras consideraciones nos llevaron en las Jornadas de Santander (2001) a proponer la siguiente redacción para un futuro Reglamento Roma I que regulara los contratos intracomunitarios de consumo, eliminando las previsiones del derecho derivado y las subsiguientes leyes nacionales de transposición: *Cuando el profesional y el consumidor residan en Estados miembros distintos, la elección de la ley de un tercer Estado no podrá privar al consumidor de la protección que le ofrecen las normas armonizadas de la ley objetivamente aplicable al contrato, salvo que fueran menos favorables al consumidor*<sup>21</sup>.

Interpretado de este modo se alcanza un resultado armonioso entre el derecho derivado y el derecho internacional privado común.

---

segundas serían las «internacionalmente imperativas». Las normas comunitarias que regulan los contratos concluidos con consumidores son normas que no es posible a las partes derogar por contrato. Su imperatividad es interna. Sería desorbitado pensar que estas normas —en bloque— son leyes de policía.

<sup>21</sup> Vid., *Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation* (2001), en [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/5.13.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/5.13.pdf); «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores», *GJUE*, 20002, núm. 217 (enero-febrero), pp. 75-91, y «Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el derecho internacional privado de los contratos de consumo», en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*. Libro de las Jornadas de la AEPDIRI de Santander (2001), Madrid: BOE, 2003, pp. 231-242.

## VI. UN RESULTADO ARMONIOSO ENTRE EL DERECHO DERIVADO Y EL CONVENIO DE ROMA (1980)

Terminado el trabajo de la directiva (limitar la voluntad a favor de un tercer Estado en función del respeto al mínimo comunitario en los contratos internos e intracomunitarios), el Derecho internacional privado común, con eficacia *erga omnes*, empezará el suyo abriendo su abanico de posibilidades.

Si la ley del tercer Estado es la objetivamente competente —porque el art. 5 del CR protege limitadamente al consumidor— no se podría ir más lejos ni con el art. 7 del CR ni, tampoco, con la directiva.

Lo que se garantiza es que en los contratos internos (un solo Estado miembro) o intracomunitarios (consumidor y profesional se encuentran en Estados miembros distintos), al no tener por válida la elección de la ley del tercer Estado no protectora, el derecho del Estado miembro objetivamente aplicable al contrato, y, por tanto, las normas armonizadas sean aplicables.

Una vez descartada la autonomía de la voluntad, el Convenio de Roma nos llevará a la ley del profesional o a la ley del consumidor (o al único país vinculado al contrato). Pero, en todos los casos a la ley de un Estado miembro que han integrado en su legislación el mínimo previsto en las directivas.

Es posible ofrecer una interpretación armoniosa de la directiva y coherente con el Derecho internacional privado común (Convenio de Roma de 1980) *si acotamos los supuestos de aplicación del art. 6.2 (autonomía de la voluntad) y tenemos en cuenta que, a los objetivos de la directiva, cualquier ley de un Estado miembro competente puede garantizar el mínimo comunitario.*

Es decir, que ante una autonomía de la voluntad censurable, no estamos obligados ni a atender al artículo 5 del Convenio (determinados contratos concluidos con consumidores) ni a calificar «en bloque» como «leyes de policía» a las normas materiales del derecho derivado para lograr un resultado compatible. También la ley del empresario (artículo 4 del Convenio) es susceptible de satisfacer los objetivos comunitarios.

El resultado es armonioso, y no es excesivo (de país rico), pues la ley objetivamente aplicable de un tercer Estado es respetada. La solución no va en detrimento de la primacía del derecho comunitario ni destruye la lógica del derecho internacional privado común ni las ex-

pectativas de las partes (el mínimo comunitario es conocido por ambas cuando residen en Estados miembros).

## VII. CONCLUSIONES

1. La decisión del Tribunal de Justicia entra en un polémico debate doctrinal acerca de la noción de «vínculos estrechos» que, desde los años noventa, ha venido ocupando a la doctrina internacional privatista, y a cabeza la alemana. Se trata de un debate no cerrado, y en el que el concepto de «vínculos estrechos» ha tenido, a nuestro entender, significados distintos para el Derecho internacional privado y para el derecho comunitario.

2. La noción de «relación estrecha» con «uno» o «más» Estados miembros o con el territorio comunitario de las directivas de consumo no tiene en cuenta al Convenio de Roma (1980). Ni a la norma cerrada del artículo 5 —como señala el Tribunal en la sentencia que nos ha ocupado— ni a la norma abierta del artículo 7 del texto convencional u otra aisladamente considerada y predefinida. No tuvo en cuenta el legislador comunitario al Convenio de Roma (1980).

3. Sin embargo, un *resultado* armonioso entre ambos conjuntos normativos es posible si nos ceñimos a las hipótesis que, literalmente, cubre el derecho derivado.

Del tenor literal del art. 6.2 de la directiva sobre cláusulas abusivas se desprende que limita la autonomía de la voluntad. No cubre la hipótesis de «no elección de ley». La doctrina interpreta que también cubren los supuestos en los que «no hay elección de ley», es decir, en los que la ley del tercer Estado pueda ser la objetivamente aplicable al contrato, pero la directiva no lo dice (ni la de cláusulas abusivas ni las posteriores que se han elaborado).

4. Las consecuencias que se derivan de la exclusión de los supuestos de «no elección de ley» (sólo se limita la autonomía de la voluntad) o de su inclusión (posible calificación en bloque como leyes de policía o normas con voluntad de aplicación propia) son relevantes. Si no se cubren los supuestos de «no elección de ley» no cabe hablar de leyes de policía.

5. El que la directiva no cubra los casos en los que la ley del tercer Estado menos protectora sea la objetivamente competente excluye las hipótesis en las que la empresa que contrata con el consumidor se en-

cuentra en un Estado tercero. En tal caso, el consumidor residente en un Estado miembro podrá verse protegido, pero sólo dentro de los límites que ofrece el artículo 5 del Convenio de Roma (no el art. 6 (2) de la directiva).

Contemplado el artículo 6.2 como una limitación a la autonomía de la voluntad y una vez descartada la ley elegida (de un Estado tercero y no protectora) siempre se logrará el objetivo comunitario si la ley objetivamente competente es la de un Estado miembro. Es indiferente que sea la ley de la empresa o la del consumidor. En ambos casos se garantiza el resultado previsto en la directiva. Tal como propusimos en las Jornadas de Santander (2001) la redacción, en un futuro Roma I, de una norma europea que eliminara las contenidas en el derecho derivado y en las leyes de transposición podría ser la siguiente: *Cuando el profesional y el consumidor residan en Estados miembros distintos, la elección de la ley de un tercer Estado no podrá privar al consumidor de la protección que le ofrecen las normas armonizadas de la ley objetivamente aplicable al contrato, salvo que fueran menos favorables al consumidor.* Esta interpretación ofrece un resultado armonioso entre ambos conjuntos normativos.

6. El Tribunal de Justicia refuerza una *transposición estricta de la directiva* que no deje margen de interpretación al legislador nacional. Es la línea seguida en algunos Estados miembros (Suecia). Interpretada de este modo, nos parece acertada.

7. Esta sentencia repercutirá en la interpretación de las otras directivas de consumo y en las leyes de transposición de varios Estados miembros (por ejemplo, Alemania o Francia) que han incorporado el artículo 6.2 de la directiva (u otros similares) inspirándose, como el legislador español, en el artículo 5 del CR.

Sorprende que, recientemente, el legislador francés en la ley de 17 de febrero de 2005, haya incorporado el artículo 7 de la Directiva 1999/44 de 25 de mayo de 1999 relativa a la venta y garantías de los bienes de consumo inspirándose en el artículo 5 del Convenio de Roma (1980). La Comisión no tardará en imputar a Francia una incorrecta transposición de esta directiva, pues contradice la sentencia que nos ha ocupado.

INCORRECTA TRANSPOSICIÓN DE LA NOCIÓN DE «VÍNCULO ESTRECHO» CON EL TERRITORIO COMUNITARIO DE LAS DIRECTIVAS DE CONSUMO  
(STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 *Comisión c. España*)

RESUMEN: El Tribunal entra en un polémico debate doctrinal sobre la noción de «un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros» que ha venido ocupando a la doctrina, y en cabeza la alemana. Un debate no cerrado, en el que el concepto de «vínculo estrecho» ha tenido, a nuestro entender, significados distintos para el Derecho Internacional Privado y el Derecho europeo.

Sin embargo, un *resultado* armonioso es posible si consideramos que la directiva sólo limita la «lección de ley» en los contratos de consumo entre Estados miembros (internos e intracomunitarios). Si el profesional y el consumidor residen en el territorio de los Estados miembros, la ley objetivamente aplicable al contrato, garantizará el mínimo resultado previsto en la directiva.

El Tribunal solo refuerza una *transposición estricta del art. 6 (2) de la directiva*, que no deje margen de interpretación al legislador nacional. En este extremo, nos parece acertada.

PALABRAS CLAVE: Incorrecta transposición.—Normas relativas a los conflictos de leyes.—Contratos concluidos con consumidores.—Art. 5 del Convenio de Roma (1980).—Art. 6 (2) de la Directiva 93/13/EEC.—El concepto de «vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros».

THE INCORRECT IMPLEMENTATION OF THE CONCEPT OF 'A CLOSE CONNECTION WITH THE TERRITORY OF MEMBER STATES' IN CONSUMER CONTRACT DIRECTIVES  
(ECJ Judgement 9.9.2004, 70/03 *Commission v. Spain*)

ABSTRACT: The Court enters a controversial doctrinal debate about the term «a close connection with the territory of Member States» that has come to occupy the doctrine, and to head the German doctrine. A debate is not over, in which the concept of «close connection» has had, in our interpretation, different meanings for Private International Law and European Law.

However, a congruent *result* is possible if we consider that the directive only limit the «choice of law» in consumer contracts between member States. If the supplier and the consumer reside in a territory of the Member States, the law applicable to the contract will guarantee the consumer the minimum protection predicted in the directive.

The Court only reinforces a *strict transposition of art. 6 (2) of the directive*, that leaves no margin for interpretation by the national legislator. In this case, this interpretation seems accurate to us.

KEYWORDS: Incorrect implementation.—Rules concerning conflict of laws.—Consumer contracts.—Art. 5 of the Rome Convention (1980).—Art. 6 (2) of the Directive 93/13/EEC.—The concept of «a close connection with the territory of the Member States».