

El dilema del consumidor europeo: “paternalismo excesivo” o autonomía individual

The European consumer’s dilemma: “excessive paternalism” or individual autonomy

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS
Catedrática de Derecho internacional privado
Universitat de Barcelona

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8902

Resumen: El presente trabajo analiza los distintos métodos o técnicas de reglamentación (multilateral y unilateral) que el Derecho internacional privado europeo utiliza para la protección del consumidor contratante y, en particular, su potencial aplicación cumulativa, i.e. la posible incidencia de normas de protección del consumidor nacionales (cuyo origen se encuentra en la trasposición de directivas europeas) como normas internacionalmente imperativas o de policía, en contratos de consumo regulados por una norma de conflicto materialmente orientada. La relación entre la norma de conflicto protectora del consumidor contratante prevista en el art. 6 RRI y las normas de policía del art. 9 RRI ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina, tanto respecto de los contratos que cumplen las condiciones de aplicabilidad del art. 6 RRI como los que quedan excluidos (consumidores activos y exclusiones expresas). En cuanto a los primeros, la aplicación cumulativa de ambas técnicas podría conllevar “paternalismo excesivo” que a nuestro juicio va en contra de su autonomía y de los propios objetivos del Reglamento Roma I y es, por tanto, inaceptable en las relaciones de consumo intra-europeas. En las situaciones vinculadas a terceros Estados (extra-europeas) esa doble protección será en ocasiones necesaria para garantizar el nivel de protección europeo.

Palabras clave: Leyes de policía. Art. 6 Reglamento Roma I. Directivas europeas protección del consumidor.

Abstract: This paper analyzes the different methods (multilateral and unilateral) used by European private international law to protect the consumer and, in particular, their potential cumulative application, i.e. the potential incidence of national consumer protection rules (whose origin lies in the implementation of European directives) as overriding mandatory provisions in consumer contracts covered by a special choice of law rule protecting the consumer. The relationship Art. 6 RRI and Art. 9 RRI has been widely discussed, both with regard to contracts covered by Art. 6 RRI and to those excluded from it (active consumers and express exclusions). With regard to the former, the cumulative application of both methods could lead to an “excessive paternalism” that goes against party autonomy and the Rome I Regulation objectives, and is therefore unacceptable in intra-European consumer relations. In situations linked to third States (extra-European), such double protection will sometimes be necessary to guarantee the European level of protection.

Keywords: Overriding mandatory provisions. Art 6 Rome I Regulation. Consumer Protection Directives.

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento de la protección conflictual del consumidor: contextualización del dilema. III. Incidencia de las normas de policía en la contratación de consumo: 1.

Calificación de las normas de protección del consumidor como normas de policía. 2. Normas de policía y norma de conflicto materialmente orientada: su posible aplicación cumulativa. 3. La solución al dilema del consumidor europeo: situaciones intra-europeas v. extra-europeas.

I. Introducción

1. El Prof. Calvo Caravaca fue uno de los miembros del tribunal que juzgó mi tesis doctoral junto con el Prof. Julio González Campos (Presidente), el Prof. Marc Fallon, el Prof. Fausto Pocar y la Prof. Nuria Bouza. Una de las observaciones que hizo, al hilo de la protección del consumidor por parte del Dipr. europeo, fue la relativa a las consecuencias negativas que una excesiva protección del consumidor puede suponer para el propio consumidor, mermando en exceso su libertad contractual y posibilidad de elección. Para ejemplificar esta dicotomía utilizó como símil el caso del lanzamiento de enano. Me gusta recordarlo porque, más allá de la anécdota, la reflexión que acompaña al caso la he utilizado durante muchos años en clase, planteando ese dilema a los alumnos. El lanzamiento de enano es un tipo de espectáculo o práctica que consiste en arrojar a un enano por el aire, ya sea con la ayuda de un dispositivo mecánico o simplemente lanzándola con la fuerza de los brazos, como si fuera un proyectil. Dicha práctica se extendió a inicios de los años noventa en varios Estados entre ellos España, llegando en Francia a plantearse el asunto ante el Consejo de Estado francés y el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas¹. No es difícil pensar que estas prácticas se consideren ofensivas por “lesionar” la dignidad de los propios enanos y que tanto el Consejo de Estado francés como el Comité de Derechos Humanos las consideraran contrarias al orden público. Frente a ello, argumentos como la discriminación con respecto de los enanos, la libertad individual, el derecho al trabajo y el respeto a la vida privada fueron utilizados por los propios enanos para defenderlas. Aunque en la historia original la controversia se produce entre la autonomía individual y la dignidad humana², el Prof. Calvo Caravaca lo trajo a colación queriendo contraponer el excesivo proteccionismo o paternalismo y la libertad individual y ello desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

2. Quisiera aprovechar mi contribución a este homenaje al Prof. Calvo Caravaca para reflexionar de nuevo sobre los distintos métodos o técnicas de reglamentación (multilateral y unilateral) que el Derecho internacional privado europeo utiliza para la protección del consumidor contratante y, particularmente, sobre su potencial aplicación cumulativa, i.e. sobre la posible incidencia de normas de protección del consumidor nacionales (cuyo origen se encuentra en la trasposición de directivas europeas) como normas internacionalmente imperativas o de policía, en contratos de consumo regulados por una norma de conflicto materialmente orientada. La relación entre la norma de conflicto protectora del consumidor contratante prevista en el art. 6 RRI y las normas de policía del art. 9 RRI ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina, tanto respecto de los contratos que cumplen las condiciones de aplicabilidad del art. 6 RRI como los que quedan excluidos (consumidores activos y exclusiones expresas)³, y de hecho fue uno de los temas estrella en el acto de defensa de mi tesis doctoral. Desde entonces han pasado más de veinte años en los que estrategia de la UE en materia de protección del consumidor contratante ha cambiado, como veremos, y en los que el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia muy rica que ayuda a clarificar algunas de las dudas que en su momento surgieron. En este trabajo me voy a centrar, como adelantaba, en la relación entre el art. 6 RRI (y los contratos que sí entran en su ámbito de aplicación) y el art. 9 RRI pues su aplicación cumulativa es que la conlleva un potencial “paternalismo excesivo”. A ello se añade que el tema es de actualidad, pues se ha planteado recientemente ante el TJUE en un recurso prejudicial presentado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Granadilla de Abona

¹ Manuel Wackenheim v. France, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

² M. RUIZ SANZ, “A propósito de los digno y no discriminatorio: comentario al caso wackenheim v. Francia sobre el “Lanzamiento de enano”, *TEORDER*, nº 5, 2009, pp. 182-201.

³ Sobre las relaciones entre los contratos no comprendidos en el art. 6 RRI y el art. 9 ver B. AÑO VEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, 2003, pp. 170-179.

(Santa Cruz de Tenerife) en el asunto Diamond Resorts⁴. Lamentablemente, el TJUE no ha respondido a la cuestión de la potencial incidencia de normas de policía en los contratos de consumo por considerar que el tribunal remitente no le da suficientes datos sobre las disposiciones pertinentes de la normativa española controvertida ni sobre las circunstancias excepcionales que justificarían tener en cuenta consideraciones de interés público que tales disposiciones pretenden salvaguardar. Sin una respuesta por parte del TJUE el debate sigue abierto y de ahí que lo retome en esta ocasión, para ver si aquella postura que defendimos en su momento ha superado el paso del tiempo y los cambios acaecidos.

II. Fundamento de la protección conflictual del consumidor. Contextualización del dilema

3. La protección del consumidor en las transacciones internacionales ha sido objeto de especial atención por parte del Derecho internacional privado europeo⁵. Tanto el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBIbis), como el Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI) establecieron regímenes especiales que protegen al consumidor, como parte más débil del contrato, desde una perspectiva jurisdiccional y conflictual⁶. Además, desde una perspectiva material, varias directivas europeas, que cubren cuestiones tanto específicas como generales en relación con los contratos de consumo, armonizan el derecho sustantivo de los Estados miembros. Algunas de ellas introducen una norma de Derecho internacional privado que pretende establecer el carácter imperativo del Derecho sustantivo europeo. La interacción entre el Reglamento Roma I y el Derecho nacional de aplicación de la Directiva no siempre es fácil y a ello dedicamos parte de nuestras reflexiones⁷.

4. La norma prevista en el art. 6 RRI revela claramente el deseo de traducir al ámbito conflictual la tendencia manifestada en la mayoría de Estados europeos de proteger al consumidor contratante. El objetivo es, por tanto, extender a las relaciones internacionales de consumo la política de protección llevada a cabo por los legisladores nacionales. La libertad de las partes para determinar el contenido de un contrato es un principio general del Derecho contractual reconocido por casi todos los ordenamientos jurídicos. Los legisladores nacionales protegen a los consumidores porque se encuentran en una posición de negociación más débil cuando celebran un contrato con un profesional o un empresario. Esta debilidad justifica la adopción de normas no derogables por contrato para evitar un perjuicio al consumidor y equilibrar la relación. El Derecho nacional protege al consumidor mediante normas imperativas relativas a diferentes aspectos como (cláusulas abusivas de los contratos, cláusulas de exención, información, plazo de retractación, etc.).

5. En Derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad implica la libertad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato (elección de la ley). También implica la libertad de determinar el foro que será competente para conocer de cualquier litigio potencial o real entre ellas (elección del foro). El Reglamento Roma I ofrece un amplio margen para la elección de la ley aplicable. Las ventajas y el importante papel que desempeña la autonomía de las partes en el comercio internacional deben reevaluarse en lo que respecta a los contratos transfronterizos de consumo. En la inmensa mayoría de los casos, los contratos celebrados con consumidores son contratos tipo ofrecidos sobre la base del “lo toma o lo deja”, en los que el consumidor desconoce el significado exacto de una cláusula de elección de la

⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2023, C-632/21, Diamond Resorts (ECLI:EU:C:2023:671).

⁵ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales de consumo” en A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (ed), *Tratado de Derecho Internacional Privado* Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2022, pp. 3437-3523.

⁶ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351 de 20 diciembre 2012 (RBIbis). Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008.

⁷ B. AÑO VEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo...*, *op. cit.*, nota 2.

ley aplicable y, por tanto, la acepta ignorando todas sus implicaciones. Los acuerdos de elección de ley suelen incorporarse al contrato o formar parte de las condiciones generales del empresario o profesional. Mediante una elección de ley, el profesional puede buscar la aplicación de una ley con bajos estándares de protección del consumidor evitando la aplicación de un régimen protector. Como señala Garcimartín, “cuando existen «fallos de mercado», normalmente cuando las partes se encuentran en una posición asimétrica, la autonomía puede ser utilizada por la parte más fuerte para aumentar sus beneficios a expensas de la parte más débil, ya que se supone que esta última está menos informada y tiene menos experiencia. En términos económicos, esto puede conducir a resultados ineficientes si los beneficios de la primera no compensan el coste de la segunda”⁸.

6. Consciente de los posibles efectos negativos de una cláusula de elección de ley de este tipo, el Reglamento Roma I ha restringido la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos celebrados con consumidores. El art. 6 RRI 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 ofrecen las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo de 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)⁹. 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. El art. 6 RRI se refiere a las “*disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo*”, ie se refiere a las normas “internamente” imperativas. Normas que se aplican en situaciones puramente internas y en situaciones internacionales cuando forman parte de la *lex contractus*. Normas que se corresponden con una categoría más amplia que la de normas “internacionalmente” imperativas y que veremos en el epígrafe siguiente. Tales normas, cuando forman parte de la ley de la RH del consumidor, adquieren el carácter de norma internacionalmente imperativa condicionada por efecto del art. 6 RRI, pues son aplicable en situaciones internacionales incluso cuando las partes hayan elegido otro ordenamiento como rector del contrato, si la misma es más protectora que la ley elegida.

7. A falta de elección, la aplicación de los criterios de vinculación previstos en las normas generales (artículo 4 del Reglamento Roma I) conduce normalmente a la aplicación de la ley del país donde el profesional tiene su residencia habitual, lo que significa que esta ley puede ser determinada por el profesional trasladando su sede a un Estado con un nivel de protección bajo, por ejemplo¹⁰. Para evitar este peligro potencial, se prevé un criterio de vinculación especial a favor de la residencia habitual del consumidor. Se establece, por tanto, una conexión objetiva, rígida e imperativa.

8. Un elemento clave de esta regulación consiste en que no todo consumidor parte en un contrato de consumo está protegido por el régimen protector del art. 6 RRI. Dicho precepto tiene un ámbito de aplicación limitado. La primera limitación es subjetiva y parte de la definición autónoma de “consumidor” y “profesional” prevista en el art. 6 RRI (y también en el 17 RBIBis) y desarrollada por parte del TJUE. El art. 6 RRI define 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”. De dicha definición y su desarrollo jurisprudencial

⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Consumer Protection from a Conflict-of-Laws perspective: The Rome I Regulation Approach”, en J. FORNER DELAYGUA-C. GONZÁLEZ BEILFUSS-R. VIÑAS FERRER, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Marcial Pons. Madrid, 2013, pp. 445-462, p. 449.

⁹ Sobre esta comparación ver B. AÑO VEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo...*, op. cit., nota 2. B. SCHMITZ, “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. 210-235.

¹⁰ M. CAMPO COMBA, *The Law applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law*, Springer, 2021, 97; G. RÜHL, “Consumer protection in choice of law”, 2011, 44 *Cornell Int Law Journal*, p. 569.

cial se desprende que las normas protectoras se aplican exclusivamente a las relaciones B2C y no a aquellas relaciones jurídicas entre consumidores (C2C). Una de las partes debe ser un consumidor y la otra un profesional¹¹. La segunda limitación es objetiva y obedece a la exigencia de un vínculo entre el contrato de consumo y el país de la residencia habitual del consumidor, vínculo que se define a través de la existencia de dos elementos. Por un lado, la actividad del empresario debe estar vinculada al Estado del consumidor ya porque ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último. Por otro, el contrato en cuestión debe estar comprendido en el ámbito de dichas actividades¹². No hay por contra ninguna limitación material. La norma del art. 6 se aplica a todo contrato de consumo salvo las excepciones expresas que contempla el propio precepto¹³.

9. Del ámbito de aplicación del art.6 RRI se desprende que el RRI solo protege al consumidor que ha sido de alguna forma captado en el mercado de su residencia habitual (consumidor pasivo). El consumidor activo (el que se desplaza y consume en un mercado distinto al de su residencia habitual), está sometido al régimen general aun cuando se desplace en el seno de la Unión Europea. Ello podría llevar a la aplicación de un Derecho de un Estado tercero menos protector que el Derecho del Estado de la UE al cual el consumidor se ha desplazado. De ahí que, a partir de la segunda generación de directivas comunitarias, el legislador europeo quisiera garantizar en estos casos la aplicación del nivel de protección europeo a través de normas unilaterales que impiden que el consumidor pierda la protección que le otorga la Directiva como consecuencia de la elección de la ley de un tercer país como *lex contractus*. Por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas contractuales abusivas establecía en su artículo 6, apartado 2, que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no pierda la protección que le otorga la presente Directiva como consecuencia de la elección de la ley de un tercer país como ley aplicable al contrato, si éste presenta un vínculo estrecho con el territorio del Estado miembro*”¹⁴. No obstante, estas loables intenciones tuitivas se vieron menoscabadas no sólo por

¹¹ Sobre el concepto de consumidor ver A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 12, 1, p. 86-96. Ver asimismo B. AÑO VEROS TERRADAS, “Article 6”, en P. FRANZINA (ed.), *The Rome I Regulation. Commentary. Elgar Commentaries in Private International Law series*, Edward Elgar (en prensa).

¹² B. AÑO VEROS TERRADAS, “E-commerce and Consumer Protection in Integrated Markets”, en V. RUIZ ABOU-NIGM y M. B. NOODT TAQUELA, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, 2019, p. 231.

¹³ Por su parte el art. 6 RRI contiene una lista más extensa de exclusiones: a) 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. Por ejemplo, los cursos de idiomas que se dan exclusivamente en el extranjero; b) contratos de transporte, a excepción de los de viaje combinado (transporte y alojamiento); c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Por ejemplo, contratos de hipoteca. Sí están cubiertos los contratos de multipropiedad; d) Los contratos financieros.

¹⁴ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95, de 21 de abril de 1993. 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, DO L 144/19 (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, DO L 171/12 (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 modifica la Directiva 90/619/CEE del Consejo, junto con las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DO L 271/16 (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, DO L133/66 (artículo 22, apartado 4). Además, dos directivas relativas a contratos específicos con consumidores (a saber, la Directiva 90/314, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, DO L 158 y la Directiva 2008/122/CE, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, los contratos de reventa y los contratos 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, DO L 33) contenían también 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 adopta un enfoque diferente, y da un paso atrás con respecto al método utilizado en la primera generación de Directivas, ya que, como explica, no pretende «establecer normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a los conflictos de leyes ni trata de la competencia de los Tribunales».

la difícil interacción entre el RRI y las normas nacionales de aplicación de las directivas europeas¹⁵, sino también por los inconvenientes inherentes a la directiva como instrumento unificador.

10. A partir de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores¹⁶, se abandona la armonización mínima en favor de la armonización máxima o plena. Ello significa que los Estados miembros no pueden introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva. Por tanto, cuando la armonización es plena, no hay diferencia entre las leyes de trasposición de los diferentes Estados miembros y la potencial comparación de leyes prevista en el art. 6 RRI en caso de elección por las partes deviene irrelevante¹⁷. El considerando 10 de la Directiva establece que «[L]a presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (CE) n° 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 «No debe privarse al consumidor de la protección que le otorga la presente Directiva. Cuando la ley aplicable al contrato sea la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) n° 593/2008, a fin de determinar si el consumidor conserva la protección concedida por la presente Directiva». Por lo tanto, cualquier cuestión de conflicto de leyes se resolverá mediante la aplicación del Reglamento Roma I¹⁸, i.e. mediante el art. 6 RRI si el contrato de consumo entra en su ámbito de aplicación y por las normas generales (art. 3 y 4 RRI) si está excluido (consumidor activo y exclusiones expresas). Ahora bien, a día de hoy no se ha alcanzado una armonización plena completa. Todavía quedan Directivas europeas de “armonización mínima” que permiten a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones, en sus legislaciones nacionales, más exigentes para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado.

11. Con la transformación del Convenio de Roma en Reglamento Roma I, se introdujo un apartado 4 en el artículo 3 según el cual “*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección estén localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley aplicable distinta de la de un Estado miembro no impedirá 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 perjudique al 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 aplicaban la necesidad de un vínculo de diferentes maneras. El apartado 4 del artículo 3 del Reglamento Roma I es claro: todos los elementos pertinentes de la situación deben estar situados en uno o varios Estados miembros. Esta restricción 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 artículo 6 RRI. En

¹⁵ En cuanto a la articulación entre el Reglamento Roma I y las Directivas, aunque el artículo 23 del Reglamento Roma I parece claro cuando establece que “*Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario que, en materias particulares, establezcan normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales*”, en el sentido de que las Directivas y las normas nacionales que las desarrollan prevalecen sobre el Reglamento como *lex specialis*, ha suscitado sin embargo un amplio y extenso debate doctrinal en el que no puedo profundizar.

¹⁶ Directiva 2011/83/UE, 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 (Directiva sobre derechos de los consumidores), DOUE L 304 de 22 noviembre, p. 64–88

¹⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, nota 7.

¹⁸ 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° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

esta situación, también la aplicación del criterio de vinculación objetiva del artículo 4 del Reglamento Roma I podría ser muy perjudicial para el consumidor, ya que la residencia habitual del profesional se encuentra en un Estado no miembro.

III. Incidencia de las normas de policía en la contratación de consumo

12. Mucho se ha discutido sobre la posible incidencia de normas internacionalmente imperativas en la contratación de consumo¹⁹. Como es bien sabido, el art. 9 RRI da entrada a este tipo de norma unilateral que define como, “[...] una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.” Dicho concepto se alinea con el dado por el TJUE en el asunto *Arblade*²⁰. En la medida en que dicho concepto se incluye en un instrumento europeo, a los efectos de aplicación de dicho instrumento el concepto de ley de policía es autónomo y debe ser objeto de una interpretación uniforme de modo que limita a los Estados miembros su libertad para establecer qué normas de su ordenamiento tienen ese carácter²¹.

13. Dos elementos caracterizan, por tanto, a las disposiciones 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 artículo 3, el apartado 2 del artículo 6 y el apartado 2 del artículo 8. Estas normas simplemente imperativas buscan generalmente garantizar “un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes indisponible”²². 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 pertenecen considera esenciales²³. 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

¹⁹ Ver entre otros, M. WILDERSPIN, ‘Article 6’ en U. MAGNUS y P. MANKOVSKI(ed.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Rome I Regulation*, vol 2, Otto Schmidt, 2017; Ch. BISPING, “Consumer protection and overriding mandatory rules in the Rome I Regulation”, en J. DEVENNEY (ed.), *European Consumer Protection. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2012, pp. 239-256; M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado europea y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil”, *REDI*, vol. 73, 2021, 1, pp. 74-79.

²⁰ Asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade* [1999] ECR I par. 30, “debe entenderse esta expresión [leyes de policía o de seguridad] en el sentido de que se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”.

²¹ C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “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.

²² Ídem.

²³ 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.”

largos debates doctrinales y los Estados difieren en su inclusión o no²⁴. A dicha calificación dedicamos el siguiente apartado (1). A partir de ahí se analiza la posible incompatibilidad entre el art. 6 RRI (norma de conflicto que regula determinados contratos de consumo) y el art. 9 RRI (2).

1. Calificación de las normas de protección del consumidor como normas de policía

14. El TJUE ha confirmado en el asunto *Ingmar*²⁵ que las normas de protección de las partes más débiles, como los artículos 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)²⁶. 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 artículos 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 interior²⁷. Es esta, además, la concepción mayoritaria actualmente. 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 público” y en “salvaguarda de la organización política, social o económica”²⁸. 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.

15. 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 general²⁹. 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 subsidiario³⁰. En cualquier caso, esta disociación de intereses no siempre es fácil³¹ 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”³². Además, en el caso de las Directivas de protección del consumidor contratante todas

²⁴ M. CAMPO COMBA, *The Law applicable...*, *op. cit.*, nota 9, p. 145. Ver E. TORRALBA, “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.

²⁵ STJUE de 9 noviembre de 2000, C-381/98, *Ingmar GB*, EU:C:2000:605 (sentencia *Ingmar*).

²⁶ E. TORRALBA, *op. cit.*, nota 24.

²⁷ Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, EU:C:2000:605, ap. 23-24.

²⁸ C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “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.

²⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “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.

³⁰ M. CAMPO COMBA, *The Law applicable...*, *op. cit.*, nota 9, p. 97; G. RÜHL, *op. cit.*, nota 9, p. 569.

³¹ Sobre las dificultades de dicha disociación S. FRANQ, “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 270-273.

³² E. RODRÍGUEZ PINEAU, *op. cit.*, nota 29, pp. 253-268.

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.

16. La calificación o identificación de una determinada norma como norma de policía viene a veces establecida por la propia norma o por una regla que extiende su aplicación a situaciones internacionales³³. En principio y como se ha dicho las normas de policía se aplican a toda situación sea interna o internacional que entre dentro del ámbito de aplicación de la norma. La determinación del ámbito de aplicación de la norma en cuestión deviene, por tanto, elemento clave para determinar qué situaciones internacionales se ven afectadas por la misma. Ahora bien, muchas veces esta caracterización no la realiza la norma de forma expresa ni determina su ámbito espacial de aplicación. En tal caso es necesario, como ha afirmado el TJUE en el asunto *Unamar*, una valoración *ad casum* teniendo en cuenta no sólo los términos exactos de la norma en cuestión sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate³⁴. Además, en atención a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Unamar*³⁵, nada impide a un Estado miembro, en un ámbito armonizado, adoptar normas internacionalmente imperativas. Como ya se ha visto la segunda generación de directivas de protección del consumidor incorporaron una norma unilateral que buscaba garantizar el nivel de protección europeo en determinadas situaciones vinculadas a la UE. La determinación o delimitación de ese ámbito de aplicación variaba de una Directiva a otra y de una norma de transposición a otra. Algunas de ellas solo extendían la aplicación del derecho sustantivo armonizado cuando las partes habían elegido la ley de un Estado tercero, pero no eran aplicable independientemente de la ley objetivamente aplicable (art. 6.2. Directiva Cláusulas Abusivas).

2. Normas de policía y norma de conflicto materialmente orientada: su posible aplicación cumulativa

17. ¿Puede esta doctrina extenderse a los contratos de consumo que cumplen las condiciones de aplicabilidad de la norma de conflicto materialmente orientada del art. 6 RIR? O, dicho de otra forma, la *lex contractus* que rige un contrato de consumo determinada de conformidad con el art. 6 RRI ¿puede verse desplazada por la aplicación de una norma internacionalmente imperativa más protectora del consumidor de otro país? Y en ese caso ¿Qué normas de policía pueden o deben aplicarse?

18. Un ejemplo de la situación que planteamos se ha puesto de manifiesto recientemente en el asunto *Diamonds Resorts*³⁶. Es, además, un caso que nos permite distinguir la situación en la que hay un Estado tercero involucrado y en la que no (pues el Reino Unido era Estado miembro en el momento en que se celebra el contrato pero ya no lo es el momento actual). En dicho asunto los demandantes, consumidores británicos con domicilio en el Reino Unido, celebraron en 2010 un contrato de aprovechamiento por turno de un inmueble sito en España, en su modalidad de suscripción de puntos de club³⁷,

³³ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882.

³⁴ Valoración defendida por el TJUE en el As. *Unamar*, ap. 50 (STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar*, EU:C:2013:663).

³⁵ STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar*, EU:C:2013:663.

³⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2023, *Diamond Resorts*, C-632/21, ECLI:EU:C:2023:671. Ver también STJUE, de 14 de septiembre de 2023, *Club La Costa*, C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672. Ver los comentarios de B. AÑOEROS TERRADAS, “Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española”, *La Ley Unión Europea*, 2024, vol. 122, Febrero, pp. 1-19; P. DE MIGUEL ASENSIO, “Precisiones sobre la aplicación del Reglamento Roma I y las normas sobre contratos internacionales de consumo”, *La Ley Unión Europea*, 2024, vol. 1122, Febrero, pp. 1-7.

³⁷ En el apartado 26 de la sentencia se aclara el contrato en cuestión preveía el otorgamiento de una cantidad de puntos que permitía a los demandantes en el litigio principal disfrutar, durante un tiempo determinado, de una serie de alojamientos en difer-

con Diamond Resorts Europe, sociedad inglesa que actuaba como sucursal en España del grupo Diamond Resorts³⁸. Dicho contrato se celebró a través de la sucursal en España de dicha empresa británica. Posteriormente, los consumidores británicos deciden demandar ante los tribunales españoles (Tribunal de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Granadilla de Abona, Santa Cruz de Tenerife) a la sociedad británica y a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, con las que el consumidor estaba vinculado a través de otros contratos, pero no en el contrato objeto del litigio³⁹. Las sociedades demandadas estaban todas domiciliadas en el Reino Unido salvo la empresa Diamond Resorts Europe, domiciliada en España. A través de la demanda el consumidor pide la nulidad del contrato por no cumplir los requisitos establecidos en las Leyes 42/1998 y 4/2012, que exigen, en particular, la inscripción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad español, la determinación concreta de los alojamientos que se adjudican a los consumidores y la especificación del tiempo de duración de los contratos. El contrato contenía una cláusula de sometimiento a ley inglesa.

19. El TJUE entiende que este tipo de contratos entran en el ámbito de aplicación del art. 6 RRI que en su apartado segundo admite que las partes elijan la ley aplicable al contrato, sin que tal elección pueda, sin embargo, 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 objetivamente aplicable, i.e. ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.1 RRI). Una de las preguntas que formula el tribunal español es si la aplicación del art. 6 RRI cuando se cumple su ámbito de aplicación es obligatoria o puede recurrirse a las normas generales cuando ello beneficie al consumidor. Es decir, si es posible recurrir al art. 4 RRI y en consecuencia aplicar la ley del lugar de situación del bien inmueble (España), supuestamente más favorable para el consumidor, en lugar de la ley de la residencia habitual del consumidor (y elegida por las partes) (Reino Unido, en ese momento Estado miembro). El TJUE responde, como no podía ser de otra forma, alegando el carácter específico, pero también exhaustivo del art. 6 RRI, de modo que las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en dicho Reglamento, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas⁴⁰. A continuación, y a propósito de la cuarta cuestión que plantea el tribunal español y que el TJUE declara inadmisibile⁴¹, se le pregunta precisamente sobre la potencial aplicación de una ley de policía (la española, en su caso) a un contrato de consumo cubierto por el art. 6 y sometido al Derecho inglés (ley objetivamente aplicable según el art. 6 RRI. El TJUE se limita a recordar que el art. 9 del RRI da entrada a este tipo de normas, pero en ningún momento entra a admitir, como han visto algunos, ni a examinar la compatibilidad entre el art. 9 y el art. 6 RRI⁴².

20. Esa compatibilidad ha sido muy discutida por la doctrina⁴³. Para algunos la compatibilidad es posible porque los objetivos que persiguen dichos preceptos no son los mismos⁴⁴. El art. 6 RRI pro-

entes países de Europa, entre ellos España. En virtud de dicho contrato, no se adjudicaban a los demandantes en el litigio principal alojamientos concretos, ni un período específico cada año, sino que se les ofrecía un catálogo de alojamientos, debiendo los demandantes preguntar con antelación acerca de la disponibilidad para poder disfrutar de esos alojamientos en el momento deseado.

³⁸ En realidad, se firmaron dos contratos. Uno en 2008 y otro en 2010. Dado que al que de 2008 se le aplica *ratione temporis* el CR y no RRI he preferido a efectos de simplicidad centrarme en el 2010.

³⁹ Se plantearon varias preguntas en materia de competencia judicial internacional. Ver B. AÑOEROS TERRADAS, “Contratos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, nota 36.

⁴⁰ Véase la STJUE de 20 de octubre de 2022, ROI Land Investments, C-604/20, EU:C:2022:807, apartados 40 y 41.

⁴¹ El TJUE inadmite por considerar que el tribunal remitente no le da suficientes datos sobre las disposiciones pertinentes de la normativa española controvertida ni sobre las circunstancias excepcionales que justificarían tener en cuenta consideraciones de interés público que tales disposiciones pretenden salvaguardar.

⁴² En contra Pedro de Miguel para quien el TJUE en su sentencia pone de relieve que lo anterior no excluye que determinadas normas del foro puedan tener la condición de leyes de policía a los efectos del art. 9 RRI y de este modo prevalecer sobre la ley aplicable al contrato en virtud de las normas de conflicto del RRI (ap. 79 de la sentencia), pero no realiza ninguna aportación sobre la interpretación del mencionado art. 9

⁴³ En contra, M. CAMPO COMBA, *op. cit.*, nota 9, p. 145.

⁴⁴ A. BONOMI, “Article 9” en U. MAGNUS y P. MANKOVSKI(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.

tege 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.

21. Además, no debemos olvidar que en el caso de los contratos de consumo cubiertos por el art. 6 RRI, a diferencia de los contratos de agencia, por ejemplo, éste prevé una norma de conflicto materialmente orientada, 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 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.

22. Además, aunque pudiera discutirse el razonamiento anterior y se afirmara la compatibilidad entre el art. 6 y 9 RRI, todavía quedaría por examinar si la norma en cuestión determina su ámbito de aplicación y qué situaciones estarían cubiertas por la misma. Examinemos, por ejemplo, el caso de las leyes españolas cuya aplicación imperativa se planteaba en el asunto *Diamond Resorts*.

En materia de derechos de aprovechamiento por turnos, en Derecho español hay que referirse a dos leyes promulgadas para dar cumplimiento a sendas directivas comunitarias. Por un lado, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de transposición de la Directiva 94/47/CE y, por otro, la Ley 4/2012 de 6 de julio, de transposición de la Directiva 2008/122/CE. La segunda derogó la primera, pero la primera continúa aplicándose a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la segunda (Disposición transitoria única Ley 4/2012). A pesar de que el contrato de aprovechamiento por turno objeto del asunto *Diamonds* se celebró en 2010, nos referiremos a ambas leyes.

23. La Directiva 94/47/CE en su art. 9 establecía que “[L]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en territorio comunitario”. Y la Ley 42/1998 lo transpuso en su Disposición adicional segunda estableciendo que “*Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.*” Para analizar ambos preceptos es importante tener en cuenta que art. 5 del Convenio de Roma (norma de conflicto en materia de contratos celebrados por consumidores) no era aplicable a los contratos de aprovechamiento por turnos. De ahí que el legislador europeo quisiera en ese momento proteger al consumidor cuando el inmueble se encontrara en un Estado miembro. Era uno de los supuestos no protegidos por la norma de conflicto materialmente orientada y de ahí que la Directiva extendiera su aplicación a situaciones internacionales en las que el inmueble se encontraba en un Estado miembro. Lo que se buscaba era garantizar el nivel de protección europeo. En este caso no estamos ante una situación en la que se produzca una aplicación cumulativa de normas protectoras (art. 5 y 7 CR) por lo que no se plantea propiamente el conflicto o dilema del que partimos.

24. Por su parte, la Directiva 2008/122/CE modifica en este punto lo previsto en el mentado art. 9 de la Directiva 94/47 y prevé en su art. 12 una norma mucho más restrictiva que complementa al art. 6 RRI y que establece el carácter internacionalmente imperativo de la Directiva cuando la ley aplicable al contrato sea la de un Estado no miembro, siempre que alguno de los bienes inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro, o en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades. El objetivo de dicho precepto es garantizar la protección que da la Directiva cuando el derecho aplicable al contrato sea, en aplicación del art. 6 RRI, la ley de un Estado tercero pues en tal caso no queda garantizado el nivel de protección marcado por la Directiva europea. Considera, por tanto, la Directiva como norma de policía que desplaza la *lex contractus* extranjera.

25. Si la ley aplicable al contrato es la de un Estado miembro los derechos del adquirente serán los derechos recogidos en la Directiva europea, tal y como haya sido transpuesta al derecho nacional regulador del contrato. Téngase en cuenta que dicha Directiva ya aboga por el principio de armonización plena⁴⁵. Para todos aquellos contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del RRI (17 diciembre de 2009) y, por tanto, cubiertos por el art. 6 RRI, no tendría sentido aplicar la Ley española como norma internacionalmente imperativa siempre que el inmueble se encontrara en España cuando la *lex contractus* fuera la de un Estado miembro. Siguiendo lo marcado por la Directiva, el art. 17 de la Ley 42/1998 determina su aplicación en los siguientes supuestos “*En el caso de que la ley aplicable al contrato entre un empresario y el consumidor adquirente de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio, sea, con arreglo al 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), la ley de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la presente Ley, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. b) Cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro.*” En cambio, cuando el art. 6 RRI lleve a la aplicación de la ley de un Estado tercero, la aplicación del nivel de protección del derecho europeo no queda garantizado y de ahí que la Directiva extienda ese nivel y le otorgue el carácter de ley internacionalmente imperativa.

26. Lo paradójico de las situaciones producida en el asunto Diamonds es que el Estado miembro cuya ley rige el contrato en cuestión (Reino Unido) en aplicación del art. 6 RRI, ha dejado de ser Estado miembro, pero su ley interna trae causa de la misma Directiva europea y, por tanto, garantiza el nivel de protección buscado por el legislador europeo. La ratio y función perseguida por el art. 17 Ley 42/1998 deja de tener sentido si el Estado no miembro cuyo derecho es aplicable al contrato por el art. 6 RRI es el Reino Unido.

3. La solución al dilema del consumidor europeo: situaciones intra-europeas v. extra-europeas

27. 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*. En el ejemplo, la directiva europea era de máximos lo que significa que las leyes de transposición garantizan todas el mismo nivel de protección. Ahora bien, considero que la no aplicación de normas internacionalmente imperativas de una ley distinta de la *lex contractus* debe extenderse a situaciones en las que la directiva en cuestión sea de mínimos, en contra de lo que *a priori* pudiera pare-

⁴⁵ Ver considerando 3 de la Directiva. M. EBERS, “De la armonización mínima a la armonización plena
¹a propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret* 2/2010, pp. 1-47, p. 8.

cer que se desprende de la sentencia *Unamar*. Esta 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 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 (predictabilidad y seguridad)⁴⁶. 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 I⁴⁷.

28. 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 (extra-europeas) debería, como mantuve en mi tesis doctoral, constituir la base del sistema conflictual en materia de protección del consumidor e incorporarse en el propio art. 6 RRI.

⁴⁶ Para un análisis crítico de esa seguridad y predictabilidad que proporciona el art. 6 RRI, principalmente por la dificultad en la comparación de leyes, ver B. SCHMITZ, “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

⁴⁷ En el mismo sentido M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado...”, *op. cit.*, nota 18, p. 79.