

DISTRIBUCIÓN Y VENTA EN ESPAÑA DE PRODUCTOS FABRICADOS EN EL EXTRANJERO. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DISTRIBUTION AND SALE, IN SPAIN, OF PRODUCTS WHICH ARE MADE IN A FOREIGN COUNTRY. PRIVATE INTERNATIONAL LAW ISSUES

María Dolores Ortiz Vidal*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGULADOR DE LA INTRODUCCIÓN Y VENTA EN ESPAÑA DEL PRODUCTO FABRICADO EN UN TERCER ESTADO. III. LA POLÍTICA DE LOS CONSUMIDORES EN LA UE. IV. EL MERCADO ESPAÑOL COMO "MERCADO DE VENTA" DE PRODUCTOS FABRICADOS EN EL EXTRANJERO. V. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La distribución y comercialización en el mercado único europeo de un producto fabricado en un tercer Estado exige el ajuste del producto en cuestión a las normas de Derecho público y a las normas de Derecho privado del Derecho de la UE. Desde el punto de vista de Derecho público, el mercado CE opera como elemento necesario para poder comercializar, en óptimas condiciones de salud y de seguridad, determinados productos en el mercado único de la UE. Desde una perspectiva internacional privatista, las normas europeas aplicables a la posición jurídica del adquirente de un producto – fabricado en un Estado miembro de la UE o en un tercer Estado – que se distribuye y comercializa en el mercado único de la UE, le proporcionan un trato jurídico diferenciado en función de si dicho sujeto ostenta la cualidad de consumidor "activo" o "pasivo".

ABSTRACT: The distribution and sale, of a product manufactured in a third country, in the European single market, requires the adjustment of the product to the rules of public law and private law. From the point of view of public law, the Conformité Européenne operates as a necessary element in order to market for certain products in the EU single market. From an international private law perspective, European standards applicable to the legal position of the purchaser of a product - manufactured in a Member State of the EU or in a third country - which is distributed and commercialized in the EU single market, will provide a different legal treatment depending on whether the consumer is "active" or "passive".

PALABRAS CLAVE: mercado de fabricación, mercado de venta, consumidor en la UE, responsabilidad contractual y extracontractual.

KEYWORDS: *manufacturing market, sales market, EU consumer, contracts and torts.*

Fecha de recepción del original: 11 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de noviembre de 2013.

* María Dolores Ortiz Vidal, Becaria-contratada FPU-UMU de la Universidad de Murcia. E-mail: md.ortizvidal@um.es

I. INTRODUCCIÓN

1. En la actualidad, las personas, los bienes, los servicios y los capitales circulan por todo el planeta. En particular, estos factores productivos circulan en los territorios de los Estados miembros de la UE con la misma libertad que con la que lo hacen en el interior del país al que pertenecen, sin toparse con barreras nacionales. La UE eliminó barreras de Derecho público con el objetivo de crear un mercado único que potenciara el libre comercio y la libre circulación entre los países miembros. Se trata, sin duda, como ha subrayado A. YOKARIS, de una “seña de identidad cultural europea” reflejada en normas reguladoras del mercado¹. La regulación del mercado europeo por parte del Derecho de la UE ha producido, como indican H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, un efecto en doble dirección en las relaciones entre el mismo Derecho de la UE y el Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.)². En efecto, las técnicas propias del Derecho de la UE y en especial el principio del mutuo reconocimiento forjado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), han dinamizado el DIPr., pero también el DIPr. ha constituido y constituye la llave maestra para la eliminación de las barreras de Derecho privado a los intercambios comerciales en el mercado interior.

2. El concepto “mercado” en la UE tuvo su inicio en la firma del Tratado de Roma (1957) que estableció la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE), también conocida como Mercado Común, que favorecía la unión económica de los países europeos occidentales firmantes³. La realización del “mercado común” se llevaría a cabo durante un período transitorio de doce años (art. 8 TCEE). Los objetivos del Tratado de Roma podían concretarse, entre otros, en los siguientes (arts. 2 y 3 TCEE): la supresión de las barreras comerciales entre los países miembros y el establecimiento de una política comercial común con respecto a terceros países, no pertenecientes a la Comunidad Europea; la coordinación de las políticas agrícolas, económicas y de transportes; la eliminación de aquellas medidas, públicas o privadas, que restringieran la libre competencia y el aseguramiento de la libertad de movimiento de capitales, trabajo y mano de obra entre los países firmantes.

Con posterioridad, la década de 1980 tuvo por objeto la marcha hacia la puesta en práctica de un Mercado Único Europeo. La campaña para lograr este objetivo fue promovida por J. DELORS, antiguo ministro de Economía y Finanzas francés, que se convirtió en presidente de la Comisión Europea en 1985. Con ocasión de la celebración de la Cumbre de Milán en 1985 (Italia), la Comisión propuso un plazo de siete años para eliminar prácticamente todas las barreras comerciales que aún existían entre los Estados miembros.

¹ YOKARIS, A., "Le droit international face au défi de la diversité culturelle", *Revue hellénique de droit international*, 2009-I, pp. 695-704.

² MANSEL, H.-P. / THORN, K. / WAGNER, R., "Europäisches Kollisionsrecht 2010: -Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?", *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

³ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma firmado el 25 de marzo 1957. Los primeros países que participaron en la firma del Tratado de Roma (1957) fueron Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Italia y la República Federal de Alemania.

Ulteriormente, el Acta Única Europea (firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia⁴) transformó el Mercado Común en Mercado interior⁵. El Acta Única Europea revisó el Tratado de Roma para reactivar la integración europea y procurar la realización del mercado interior⁶. A tal efecto, modificó las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y amplió las competencias de la Comunidad Europea, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo, el medio ambiente y la política exterior común.

Desde enero de 1993, la UE forma un único territorio sin fronteras interiores a partir de la supresión de los aranceles aduaneros que tuvo por objeto la potenciación de las importaciones y exportaciones en el territorio de los Estados miembros de la UE⁷. Para ello, la UE pretende el establecimiento de una unión aduanera que tiene por objeto la supresión, entre los intercambios celebrados en los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y de exportación y de cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente⁸, así como la adopción de un arancel aduanero común⁹ y de una Política

⁴ El Acta Única Europea ha sido ratificada por España (BOE núm. 158 de 3 de julio de 1987).

⁵ LÓPEZ ESCUDERO, M., “El Derecho comunitario material: delimitación y características” en LÓPEZ ESCUDERO M. / MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (COORD.) *Derecho comunitario material*, Mc Graw Hill, Madrid, 2000, p. 6.

⁶ MURIEL PALOMINO, J.M., “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Ámsterdam y Niza: La libre circulación de personas y la integración de los Acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de derecho europeo*, nº 1, 2001, pp. 189-220; ORDOÑEZ SOLÍS, D., “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de estudios políticos*, nº 119, 2003, pp. 447-484.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo. El mercado interior de mercancías, pilar de la competitividad europea (COM (2007) 35 final), p.2 señala que “*El comercio entre los veintisiete Estados miembros de la UE supone dos tercios del comercio total y refleja la gran importancia del comercio entre los veintisiete Estados miembros en comparación con el comercio con el resto del mundo*”.

⁸ GARCÍA VIDAL, A., “El uso de la marca en el tráfico económico y los regímenes aduaneros de tránsito externo y de depósito: comentario a la sentencia del TJCE (gran sala) de 18 de octubre de 2005, asunto C-405/03, Class Internacional BV y Colgate-Palmolive Company, Unilever NV. Smithkline Beecham plc. Beecham Group plc. Rec. 2005, págs. I-8735 y ss.”, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas*, 2007, pp. 139-150

⁹ Arts. 31 y 32 TFUE: “*El Consejo, a propuesta de la Comisión, fijará los derechos del arancel aduanero común*”. “[...] *la Comisión se guiará por: a) la necesidad de promover los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países; b) la evolución de las condiciones de competencia dentro de la Unión, en la medida en que dicha evolución tenga por efecto el incremento de la capacidad competitiva de las empresas; c) las necesidades de abastecimiento de la Unión en materias primas y productos semielaborados, procurando que no se falseen, entre los Estados miembros, las condiciones de competencia de los productos acabados; d) la necesidad de evitar perturbaciones graves en la vida económica de los Estados miembros y garantizar un desarrollo racional de la producción y una expansión del consumo en la Unión*”. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., “El nuevo sistema de preferencias arancelarias generalizadas comunitario a la luz de los informes de la Organización Mundial del Comercio”, *Rev.Der.Com.Eur.*, nº 21, 2005, pp. 447-483.

Comercial Común¹⁰ en sus relaciones con terceros países (arts. 28-30 y arts. 206-207 Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE¹¹)).

Además, la UE dispone de competencia exclusiva en todo lo referente a la unión aduanera, las normas sobre competencia para el correcto funcionamiento del mercado interior y la política comercial común, mientras que, tiene atribuida una competencia compartida residual con los Estados miembros para todo lo relacionado con el mercado interior. Por esta razón, la UE prohíbe el establecimiento de nuevos derechos de aduana (*Standstill Clause*¹²).

3. En efecto, el término “mercado”, que suele presentar un marcado carácter económico, constituye un mecanismo de intercambio de bienes y servicios que funciona a través de la interacción de la oferta y la demanda¹³. En otras palabras, el mercado trata de conseguir que la producción y el intercambio se realicen como si se tratara de un mercado nacional, esto es, un mercado único común a todos los Estados miembros de la UE¹⁴. En este sentido, el concepto “mercado” hace referencia a un área geográfica determinada cuya actividad se rige por un conjunto único de normas y reglas de actuación y comportamiento de los operadores económicos. Tales reglas propias de un mercado incluyen, como señala J.P. SCHMIDT, normas de Derecho Privado y, también, normas de Derecho Público¹⁵.

En sintonía con lo anterior, el “mercado (único) europeo” no puede ser considerado un auténtico mercado, puesto que, aún cuando contiene numerosas reglas y normas jurídicas comunes a todo el territorio de la UE, la inmensa mayoría de los comportamientos de los operadores económicos carecen de regulación jurídica uniforme europea.

En particular, en el territorio de los Estados miembros de la UE, el “mercado común” no es sinónimo de “mercado interior”, aún cuando ambos conceptos puedan parecer, en principio, similares. Así, el “mercado común” (arts. 2 y 3 TCEE) constituía un espacio económico común a los Estados parte de la Comunidad Europea en el que el ciudadano podía actuar libremente en el ejercicio de los derechos que le fueran reconocidos en el Tratado y, en particular, respecto de las disposiciones previstas para el derecho

¹⁰ MÚGICA ARZAMENDI, M., “La libre circulación de mercancías: unión aduanera, cooperación aduanera y prohibición de restricciones cuantitativas”, en *Comentarios a la Constitución europea. Libro III*, 2004, pp. 237-268.

¹¹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 83/47 de fecha 30.03.2010).

¹² SMIT, D.S., “Capital movements and third countries: the significance of the standstill-clause ex-Article 57(1) of the EC Treaty in the field of direct taxation”, *EC Tax Review*, 15, 4, 2006, pp. 203-214.

¹³ VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, p. 55.

¹⁴ OLESTI RAYO, A., “La integración económica: el mercado común y la unión económica y monetaria” en ABELLÁN HONRUBIA, V. / VILÀ COSTA, B. (DIRS.) *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 2005, p. 238.

¹⁵ SCHMIDT, J.P., “Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht - Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse”, *RabelsZ*, 2013-I, pp. 1-30.

fundamental a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. A diferencia de ello, el “mercado interior” (art. 8A TCEE) correspondía a un espacio sin fronteras interiores en el que quedaba garantizada la libre circulación de factores productivos, incluida, la libre circulación de personas.

En consecuencia, el concepto “mercado interior” parece limitarse, con carácter exclusivo, al ejercicio de las cuatro libertades fundamentales contempladas en el TCEE, si bien, dicho carácter limitador desaparece desde el momento en el que éste se define como un “espacio sin fronteras interiores”. Esta afirmación pone de manifiesto que el “mercado común”, a diferencia del “mercado interior”, conservaba la presencia de las fronteras aduaneras internas¹⁶.

4. No obstante, los Estados miembros pueden restringir, en defecto de normativa europea armonizada, la libre circulación de mercancías en el caso de que éstas generen un riesgo para la salud pública o el medio ambiente. En particular, el Estado miembro importador puede adoptar una medida que restrinja la libre circulación de mercancías *por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial* (art. 36. TFUE). Estas medidas limitativas de la libre circulación de mercancías tienen que interpretarse restrictivamente y deben ser proporcionadas al objetivo legítimo que persiguen¹⁷. E incluso más, *tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros* (art. 36 *in fine* TFUE).

Por estas razones, el “mercado nacional” es el único que puede ser considerado un auténtico mercado, ya que, contiene un solo conjunto de normas y reglas jurídicas de actuación y comportamiento de los agentes económicos que se corresponde con el Derecho de ese Estado. En consecuencia, la norma de conflicto cuyo punto de conexión es la Ley reguladora del mercado afectado o la Ley del país en el que se desarrollan las

¹⁶ LINDE PANIAGUA, E., “El mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)” en LINDE PANIAGUA, E. (COORD.) *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, pp. 83-87; MATTERA, A., *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 41-45.

¹⁷ Sobre el concepto de proporcionalidad en función del objetivo que persigan las medidas: BOGLIONE, M., “Omologazione dei prodotti e restrizioni alle importazioni”, en *Casi scelti in tema di diritto privato europeo*, 2005, pp. 236-238; BOURGES, L.A., “España e Italia condenadas por obstaculizar la libre circulación de mercancías: ¿un final feliz para la ‘guerra del chocolate’?”, *Gac. Jur. UE*, nº 224, 2003, pp. 115-128; SPAGNUOLO F., “Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori”, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 13, 6, 2003, pp. 1544-1558; CARRETERO GARCÍA, A., “La protección de la salud de los consumidores: el principio de precaución en la Jurisprudencia del TJCE”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 16, 2005, pp. 547-592; SANTOS VARA, J., “Las restricciones nacionales en materia de publicidad y la libre circulación de mercancías (Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de marzo de 2001, Gourmet International Products)”, *Rev. Der. Com. Eur.*, 2002, 6, 11, pp. 193-208.

actividades económicas supone la aplicación de la “Ley de un Estado” (art. 6 Reg. Roma II¹⁸).

5. Ahora bien, la libertad para hacer negocios en el mercado único de la UE propicia que las empresas desarrollen sus actividades económicas en distintos países y alcancen un elevado nivel de competencia. Sin embargo, la facilidad con la que las empresas pueden trasladar su sede de un país a otro genera una consecuencia negativa: el fenómeno de la *deslocalización empresarial*. La incorporación de nuevos países a la UE – por ejemplo, Rumanía o Bulgaria – en los que los salarios que perciben los trabajadores son reducidos, parecen constituir el principal atractivo a la hora de reconstituir las empresas, con objeto de soportar mínimos costes de producción.

La *deslocalización empresarial* se desarrolla, principalmente, a través de cuatro vías¹⁹: la primera, consiste en cerrar el establecimiento comercial, puesto que, la empresa no tiene capacidad para resistir la presión de la competencia internacional. La segunda vía, se caracteriza por el traslado de los establecimientos comerciales, o bien, de las líneas de producción, o incluso, de la propia empresa hacia un país distinto. La tercera vía, consiste en potenciar la subcontratación internacional de partes que antes se contrataban a empresas ubicadas en el interior del país (*outsourcing internacional*). Y, finalmente, la cuarta vía se centra en la inversión directa en el extranjero (*offshoring*). En esta última vía, la producción empresarial se desplaza a un país distinto en el que se encuentra ubicada la empresa matriz, con la finalidad de sustituir la producción “doméstica” por la producción “extranjera”.

6. En efecto, las empresas que fabrican y comercializan sus productos en el mercado de la UE tienen acceso a cerca de quinientos millones de consumidores. Esta situación comporta para el consumidor, con frecuencia, un abaratamiento del precio del producto y una mayor oferta. No obstante, resulta necesario un control en las fronteras exteriores de la UE con la finalidad de evitar que empresas procedentes de terceros Estados se beneficien inadecuadamente del sistema (STJUE 15 abril 2010 Caso *Sandstrom* asunto C-433/05, STJCE 4 junio 2009 Caso *Aklagaren contra Percy Mikelsson* asunto C-142/05).

7. Por estas razones, innumerables establecimientos comerciales que se encuentran situados en el territorio de los Estados miembros de la UE ofrecen a sus clientes productos que han sido fabricados en otros Estados. En este sentido, los productos fabricados en la UE pueden comercializarse libremente, sin trabas, en el mercado europeo en virtud de la aplicación del principio de libre circulación de mercancías²⁰. Sin

¹⁸ Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”). [DOUE L núm. 199, de fecha 31 de julio de 2007].

¹⁹ FERNÁNDEZ OTHÉO, C. M. / LABRADOR, L. / MYRO, R. “Deslocalización de empresas y actividades productivas en España. Una primera aproximación” en *Nuevos enfoques de marketing y la creación de valor*, Colección Mediterráneo Económico, n° 11, Fundación Cajamar, 2007, p. 59.

²⁰ EZQUERRA UBERO, J.J., *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías: Estudio de Derecho internacional privado y Derecho comunitario*, Madrid, 2006; CAVALLINI, J., “Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – 1ère partie: Libre

embargo, los productos que no hayan sido fabricados en la UE, disfrutarán de la libre circulación, exclusivamente, a partir de su entrada en el mercado europeo. Para ello, el producto procedente de un tercer Estado debe cumplir las formalidades de importación y soportar los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente que resulten exigibles (art. 29 TFUE).

La libre circulación de mercancías es una de las libertades fundamentales que proporciona el mercado único de la UE (art. 26.2 TFUE). Significa que un producto legalmente fabricado en un Estado miembro de la UE puede distribuirse y comercializarse, sin obstáculos, en el territorio de los demás Estados miembros de la UE con independencia de las condiciones técnicas impuestas a los propios productos²¹. La libre circulación de mercancías beneficia tanto al ciudadano de la UE como a las empresas. De una parte, el cliente dispone de múltiples opciones de elección del producto en cuanto al cómo, dónde y cuándo lo adquirirá. De otra parte, las empresas soportan costes más reducidos en virtud de la armonización de las normas técnicas nacionales.

8. En definitiva, la fabricación, distribución y comercialización de un producto en el territorio de los Estados miembros de la UE, plantea numerosas cuestiones desde el punto de vista del Derecho público y desde la perspectiva internacional privatista. Por esta razón, el presente trabajo se estructura, fundamentalmente, en dos bloques:

En el primer bloque se examina el procedimiento administrativo por el que se introduce y se vende el producto en España. El presente trabajo puntualiza cuáles son los pasos que debe seguir la fabricación de un producto, en un Estado miembro de la UE o en un tercer Estado, para que dicho producto obtenga, en su caso, el “mercado CE” y pueda ser distribuido y comercializado en España, así como, las sanciones que la Administración pública puede imponer en el supuesto de que se realice un uso incorrecto del mercado CE.

En el segundo bloque se analiza cuestiones de Derecho Internacional Privado. El trabajo distingue dos tipos de consumidores: el consumidor “desplazado” – consumidor *activo* – y el consumidor “en casa” – consumidor *pasivo* –. Respecto de ellos, señala, con carácter previo, contra quién puede dirigirse cada consumidor y el tribunal del Estado ante el que pueden interponer la demanda en los casos de falta de conformidad con el producto y de los daños ocasionados por un defecto en el mismo. Y, con posterioridad, el presente trabajo indica el Derecho sustantivo estatal que va a aplicar el tribunal competente para conocer de estas situaciones privadas internacionales.

circulation des marchandises”, *Rev.M.C.*, 2005, pp. 534-544 ; COELLO MARTÍN, N. / GONZÁLEZ BOTIJA, F., “A vueltas con el envasado en la región de producción y el respeto a la libre circulación de mercancías: Comentario a las sentencias del TJCE sobre el queso ‘Grana Padano’ y el ‘Jamón de Parma’”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 9, 2004, pp. 139-168; ORLANDI, M., “Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 8, 4, 2003, pp. 903-916.

²¹ Comunicación interpretativa de la Comisión – Simplificación del acceso de los productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo (2003/C 265/02).

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGULADOR DE LA INTRODUCCIÓN Y VENTA EN ESPAÑA DEL PRODUCTO FABRICADO EN UN TERCER ESTADO

1. El procedimiento administrativo de introducción y venta del producto en España

9. El procedimiento administrativo de introducción y venta en España de un producto fabricado en el extranjero plantea, con frecuencia, distintas cuestiones que pueden concretarse, entre otras, en las siguientes: 1º) determinar el organismo resulta competente para acreditar al fabricante en la elaboración de un producto; 2º) fijar los supuestos y los criterios con arreglo a los cuales puede comercializarse un producto, correctamente, en el mercado de la UE; 3º) señalar cuales son las opciones de las que dispone el adquirente de un producto que no cumple los requisitos de conformidad y, aún así, dicho producto se distribuye en la UE.

10. El procedimiento administrativo que contempla la puesta del producto en el mercado de venta se contiene en el Reglamento 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia en el mercado relativos a la comercialización de los productos²² y, también, en la Decisión 768/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 sobre un marco común para la comercialización de los productos²³.

A) La acreditación de los organismos de evaluación de la conformidad

11. La acreditación consiste en una declaración oficial, objetiva e imparcial, que pone de manifiesto que los organismos de evaluación de la conformidad resultan competentes para ajustar el producto a los requisitos legalmente exigibles. Este proceso forma parte de un sistema que integra también la evaluación de la conformidad y la vigilancia en el mercado (cons. 8 y 9 Reg. 765/2008). Cada Estado miembro designará un único organismo nacional de acreditación (art. 1. Reg. 765/2008)²⁴ que, en ningún caso, tendrá fines lucrativos (art. 4.7 Reg. 765/2008). En España, el Consejo de Ministros aprobó el RD. 1750/2010 de 17 de diciembre por el que designó a ENAC como organismo nacional de acreditación y lo dotó de potestad pública para conceder acreditaciones. ENAC puede firmar con la Administración General del Estado y con la Administración de las Comunidades Autónomas los convenios de colaboración que estime pertinentes para el mejor desarrollo de sus actividades.

²² Reglamento 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia en el mercado relativos a la comercialización de los productos [DOUE L 218/30 de 13.08.2008].

²³ Decisión 768/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 sobre un marco común para la comercialización de los productos [DOUE L 218/82 de 13.08.2008].

²⁴ Si un Estado miembro no considera económicamente viable disponer de un organismo nacional de acreditación, éste deberá recurrir, en la medida de lo posible y previo informe a la Comisión y a los demás Estados miembros, al organismo nacional de acreditación de otro Estado miembro (arts. 4.2 y 4.3 Reg. 765/2008).

12. El funcionamiento del proceso de acreditación exige, en primer lugar, que el organismo nacional de acreditación evalúe, previa solicitud de un organismo de evaluación de la conformidad, si éste último resulta competente para realizar la actividad de evaluación de la conformidad. Con posterioridad, si el organismo nacional de acreditación considera que el organismo de evaluación de la conformidad es competente, le expedirá un certificado de acreditación a tal efecto (art. 5.1 Reg. 765/2008). En España, ENAC acredita, según lo estipulado en la normativa europea, a los organismos que lleven a cabo actividades de evaluación de la conformidad. Sin embargo, la misión del organismo nacional de acreditación consiste, no sólo en acreditar, sino también, en controlar a los organismos de evaluación de la conformidad a los que haya expedido certificados de acreditación (art. 5 Reg. 765/2008).

Esta situación posibilita la garantía de que el servicio de acreditación se preste en todos los Estados miembros de acuerdo con los mismos requisitos y conforme a unos principios de funcionamiento y organización comunes, con el fin de asegurar el máximo nivel de protección del interés público en ámbitos como la salud y la seguridad en general, la salud y seguridad en el trabajo, la protección de los consumidores y la protección del medio ambiente²⁵. E incluso más, garantiza que todos los Estados miembros confíen en los certificados de conformidad emitidos por los organismos acreditados en cualquier Estado miembro, reduciéndose así costes y obstáculos a la circulación de productos y servicios en Europa²⁶.

B) El procedimiento de evaluación de la conformidad

13. Las entidades de certificación ostentan personalidad jurídica propia, si bien, pueden presentar carácter público o privado, y su constitución encuentra razón de ser en el establecimiento de la conformidad, solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto o proceso, según lo estipulado en las normas técnicas. El procedimiento de evaluación de la conformidad pueden llevarlo a cabo los poderes públicos, los fabricantes o los organismos notificados y permite verificar que un producto ha sido fabricado de acuerdo con los requisitos de seguridad y de salud exigidos en las Directivas de la UE.

14. El procedimiento de evaluación de la conformidad viene marcado por la existencia de ocho módulos básicos que se refieren al diseño y a la producción del producto. Estos módulos tienen a su vez variantes que pueden combinarse entre sí con la finalidad de establecer un procedimiento de evaluación de la conformidad lo más completo posible. Ahora bien, cabe la posibilidad de que los organismos de evaluación de la conformidad subcontraten algunas de las actividades relacionadas con la evaluación de la conformidad. Pues bien, los subcontratistas que vayan a realizar estas tareas tienen que

²⁵ ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 2011, pp. 357-359 analiza el concepto de “riesgo” como elemento estructurante de la actividad de intervención administrativa por razones de seguridad en la sociedad postindustrial.

²⁶ GARCÍA-DENCHE NAVARRO, J.A., “Reconocimiento mutuo en el mercado interior europeo: nueva reglamentación comunitaria de aplicación”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, nº 2975, 2009, pp. 48-55.

cumplir los mismos requisitos que los organismos notificados (cons. 42 Decisión 768/2008).

C) Marcado ce: básico y obligatorio para comercializar en la ue

15. En la actualidad, el marcado CE constituye un elemento obligatorio para garantizar que el producto cumple los requisitos de seguridad y de salud europeos que se utiliza en múltiples sectores de la producción industrial, entre otros, juguetes, ascensores, máquinas o productos de la construcción. El marcado CE, que pone de relieve que el producto es conforme a la legislación europea de armonización, debe ser el único marcado de conformidad (art. 30.4 Reg. 765/2008).

a) Proceso para estampar el marcado CE

16. El primer paso para realizar el procedimiento para la obtención del marcado CE consiste en identificar cuál es la normativa aplicable al producto. Para ello, es preciso que el fabricante analice qué Directivas son aplicables al mismo. Una vez identificada la normativa aplicable al producto, el fabricante tiene que cumplir los requisitos esenciales de seguridad y de salud contenidos en la misma.

Pues bien, una vez efectuados los trámites señalados con anterioridad, el fabricante obtiene la declaración de conformidad CE. Este documento demuestra que el producto cumple con los requisitos exigidos en las Directivas que resulten de aplicación al producto. El fabricante está autorizado para estampar el marcado CE (STJCE 8 septiembre 2005 Caso *Proceso penal contra Syuichi Yonemoto*, asunto C-40/04). El marcado CE únicamente puede ser colocado por el fabricante, o en su caso, por un representante autorizado y, exclusivamente, en productos para los que su uso está contemplado en la legislación armonizada de la UE.

Ahora bien, el hecho de colocar el marcado CE solamente implica declarar que tal producto cumple todos los requisitos aplicables y que el fabricante asume la plena responsabilidad al respecto (art. 30 Reg. 765/2008).

b) Productos obligados a llevar el marcado CE

17. No todos los productos que se comercializan en el mundo tienen la obligación de llevar el marcado CE. Éste debe colocarse en aquellos productos cuyo ámbito de aplicación se encuentre recogido en una Directiva de la UE y éstos vayan a comercializarse, con posterioridad, en el mercado único europeo (STJCE 30 abril 2009 Caso *Lidl Magyarorszag Kereskedelmi* contra *Nemzeti Hirközlesi Hatosag Tanacsa*, asunto C-132/08; STJCE 14 junio 2007 Caso *Medipac-Kazantzidis* contra *Pananeio*, asunto C-06/05).

En este sentido, el marcado CE tiene que incorporarse a un producto cuyo destino sea su comercialización en el mercado interior de la UE con independencia de que tal producto haya sido fabricado en el territorio de un Estado miembro de la UE o en un tercer

Estado (STJCE 19 marzo 2009 Caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra Grecia*, asunto C-489/06). Con posterioridad, el fabricante tiene que comprobar que al producto resultan aplicables los requisitos exigibles en una o varias Directivas de la UE junto con los aspectos impuestos por el Derecho nacional de desarrollo.

18. Las áreas cubiertas por las Directivas de la UE que exigen la implantación del mercado CE pueden concretarse, fundamentalmente, en las siguientes: material eléctrico destinado a utilizarse con un determinado límite de tensión (Directiva 2006/95/CE de 12 diciembre 2006²⁷), juguetes (Directiva 2009/48/CE de 18 junio 2009²⁸), productos de la construcción (Directiva 89/106/CEE de 21 diciembre 1988²⁹), equipos y aparatos eléctricos y electrónicos que pueden generar perturbaciones electromagnéticas (Directiva 2004/108/CE de 15 diciembre 2004³⁰), equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación (Directiva 1999/5/CE de 9 marzo 1999³¹), equipos de protección individual (Directiva 89/686/CEE de 21 diciembre 1989³²), instrumentos de pesaje y funcionamiento no automático (Directiva 2009/23/CE de 23 abril 2009³³), productos sanitarios (Directiva 2007/47/CE de 5 septiembre 2007³⁴), aparatos de gas (Directiva 2009/142/CE de 30 noviembre 2009³⁵), calderas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos (Directiva 92/42/CEE de 21 mayo 1992³⁶), ascensores (Directiva 95/16/CE de 29 junio 1995³⁷), equipos a presión (Directiva 97/23/CE de 29 mayo 1997³⁸), máquinas (Directiva 2006/42/CE de 27 mayo 2006³⁹), etc.

c) El uso incorrecto del mercado CE: sanciones administrativas en caso de infracción

19. La Comisión, con la finalidad de poder evaluar mejor la eficacia del mercado CE, tiene la obligación de controlar la correcta aplicación del mismo e informar del uso incorrecto al Parlamento Europeo (cons. 32 Decisión 768/2008). Además, cada Estado miembro garantizará, en su territorio, que el régimen que regula el mercado CE ha sido aplicado correctamente. *A sensu contrario*, si el fabricante lleva a cabo un uso incorrecto del mercado CE, cada Estado miembro dispone de la posibilidad de establecer sanciones por infracciones, incluso sanciones penales por infracciones graves (art. 30.6 Reg. 765/2008).

²⁷ DOUE núm. 374, de fecha 27 de diciembre de 2006.

²⁸ DOUE núm. 64, de fecha 3 de marzo de 2012.

²⁹ DOUE núm. 114, de fecha 8 de mayo de 2003.

³⁰ DOUE núm. 390, de fecha 31 de diciembre de 2004.

³¹ DOCE L núm. 91, de fecha 7 de abril de 1999.

³² DOCE L núm. 399, de fecha 30 de diciembre de 1989.

³³ DOUE núm. 122, de fecha 16 de mayo de 2009.

³⁴ DOUE L núm. 247, de fecha 21 de septiembre de 2007.

³⁵ DOUE L núm. 330, de fecha 16 de diciembre de 2009.

³⁶ DOUE núm. 167, de fecha 22 de junio de 1992.

³⁷ DOCE L núm. 213, de fecha 7 de septiembre de 1995.

³⁸ DOCE L núm. 181, de fecha 9 de julio de 1997.

³⁹ DOUE núm. 157, de fecha 9 de junio de 2006.

20. Ahora bien, las sanciones administrativas que imponga cada Estado miembro en su territorio deben ser proporcionales a la gravedad de la infracción y tienen que dirigirse a eliminar, de manera eficaz, los comportamientos proclives a utilizar incorrectamente el mercado CE. En este sentido, en Derecho español, la instrucción de la causa penal ante los Tribunales de Justicia suspende la tramitación del expediente administrativo sancionador iniciado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos sancionadores.

En particular, en materia de consumidores y usuarios, la regla general pone de manifiesto que la Administración española que en su caso resulte competente podrá sancionar las infracciones, sin perjuicio de cuál sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar del establecimiento del agente económico responsable (art. 47.1 TRLGDCU 2007⁴⁰). La Administración pública competente para conocer del asunto puede calificar las infracciones como leves, graves y muy graves (art. 50 TRLGDCU 2007) en función, entre otros, de los criterios siguientes: el riesgo para la salud de los consumidores y usuarios, la cuantía del beneficio obtenido con la distribución y comercialización del producto, así como, el grado de intencionalidad con la que operaba el agente económico responsable.

Como consecuencia, la Administración pública puede imponer una sanción de multa, y también podrá acordar, sanciones accesorias que se concretan en el decomiso de la mercancía que pueda ocasionar riesgo y daño al consumidor y usuario, cuyos gastos correrán a cargo del infractor y la publicidad de las sanciones impuestas cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa (art. 52 TRLGDCU 2007).

21. La Administración pública considera que, en el procedimiento sancionador, también pueden imponerse sanciones civiles derivadas de la falta de observancia de las normas de Derecho administrativo. La responsabilidad administrativa es compatible con el hecho de que el infractor tenga la obligación de reponer la situación alterada a su estado originario acompañada, en su caso, de la indemnización por los daños y perjuicios (art. 130 LRJAPAC⁴¹).

2. Las normas europeas y las normas nacionales: transposición de las Directivas de la UE

22. La competencia para establecer las condiciones de fabricación, distribución y puesta en el mercado de los productos en los diferentes Estados miembros se encuentra compartida entre estos y la UE. En consecuencia, resulta posible diferenciar los sectores regulados por normas de Derecho de la UE que comprenden la fabricación y la comercialización de determinados productos y los sectores que quedan fuera de este

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (BOE núm. 287, de fecha 30 de noviembre de 2007).

⁴¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de fecha 27 de noviembre de 1992).

marco⁴². Ciertos Reglamentos⁴³ y Directivas de la UE⁴⁴ fijan, de modo uniforme para toda la UE, algunos aspectos para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en las condiciones de fabricación y comercialización de las mercancías (art. 115 TFUE). Por esta razón, la normativa aplicable es siempre la misma: la normativa europea o la normativa nacional armonizada por la Directiva. La presencia de normativa europea armonizada hace inaplicable la legislación nacional de cada Estado miembro (STJUE 30 abril 2009).

23. El Comité Europeo de Normalización (CEN) es el único organismo apto para la planificación, la redacción y la adopción de normas europeas en todos los ámbitos de la actividad económica con excepción de la electrotécnica (CENELEC) y las telecomunicaciones (ETSI)⁴⁵. Estas normas europeas (EN) son de voluntario cumplimiento y, además, presentan un carácter único: las EN son también normas nacionales en cada uno de los treinta y tres países miembros del CEN⁴⁶. Por esta razón, la EN adquiere el rango de norma nacional en cada uno de los países que formen parte del CEN y su aceptación implica excluir la aplicación de las normas nacionales que entren en conflicto con la EN.

Una vez aprobada la norma europea, cada uno de los Estados miembros del CEN tiene que incorporarla a su ordenamiento jurídico y procederá a la derogación de todas aquellas normas que resulten contrarias a la misma (STJCE 25 abril 2002, Caso *Comunidades Europeas contra Grecia*, STJCE 25 abril 2002 Caso *Comunidades*

⁴² CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Mercado único europeo y libertades comunitarias” en CALVO CARAVACA, A.L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Eds.) *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 9-146.

⁴³ Por ejemplo y, entre otros, Reglamento (CE) N° 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión n° 3052/95/CE [*DOUE* L núm. 218 de fecha 13 agosto 2008]; Reglamento (CE) N° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93 [*DOUE* L núm. 218 de fecha 13 agosto 2008]; Reglamento (CE) N° 766/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria [*DOUE* L núm. 218 de fecha 13 agosto 2008].

⁴⁴ Por ejemplo y, entre otras, Directiva del Consejo de 25 julio 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE) [*DOCE* L núm. 210 de fecha 7 agosto 1985]; Directiva 2012/9/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo 2012 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco [*DOUE* núm. 69 de fecha 8 marzo 2012].

⁴⁵ Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas [*DOCE* L núm. 217, de fecha 5 de agosto de 1998].

⁴⁶ Los miembros del CEN son: los organismos nacionales de normalización de los veintisiete países de la UE y Croacia, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Turquía, Islandia, Noruega y Suiza.

Europeas contra Francia). En España, la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) realiza las actividades de normalización.

24. Las Directivas de la UE que exigen que determinados productos contengan el marcado CE presentan un doble objeto: de un lado, pretenden armonizar la seguridad del producto en los Estados miembros de la UE y eliminar las barreras comerciales en territorio intra-UE con la finalidad de garantizar la libre circulación y la competencia leal de las empresas dentro del mercado europeo. De otro lado, estas Directivas tratan de proteger, también, el interés público, la salud y la seguridad de los consumidores.

25. La tabla siguiente contiene algunas Directivas de la UE y su posterior transposición a España en la figura del Real Decreto:

Directiva de la UE	Transposición a España
Directiva 2009/48/CE de 18 de junio de 2009 sobre la seguridad de los juguetes	RD 1205/2011 de 26 de agosto de 2011 sobre la seguridad de los juguetes
Directiva 95/16/CE de 29 de junio de 1995 sobre ascensores	RD 57/2005 de 21 de enero de 2005 sobre ascensores
Directiva 2006/42/CE de 17 de mayo de 2006 sobre máquinas	RD 1644/2008 de 10 de octubre de 2008 sobre máquinas
Directiva 2007/23/CE de 23 de mayo de 2007 sobre artículos pirotécnicos	RD 563/2010 de 7 de mayo de 2010 sobre artículos pirotécnicos
Directiva 94/25 de 16 de junio de 1994 sobre embarcaciones de recreo	RD 1434/1999 de 10 de septiembre de 1999 sobre embarcaciones de recreo
Directiva 93/42/CEE de 14 de junio de 1993 sobre productos sanitarios	RD 1143/2007 de 31 de agosto de 2007 sobre productos sanitarios

26. En España, el Consejo de Estado señala que la norma de incorporación tiene que tener el mismo rango que las normas internas que regulan la materia que debe adaptarse a la Directiva. No obstante, el problema puede surgir respecto de aquellas materias que, en Derecho español, quedan bajo el principio de reserva de Ley. La lentitud del proceso legislativo ordinario dificulta respetar los plazos establecidos en las normas europeas. Por esta razón, España utiliza la figura del Real Decreto para transponer la Directiva de la UE⁴⁷.

27. En definitiva, en ausencia de normas de Derecho de la UE, las condiciones de comercialización y puesta en el mercado europeo, se regulan por el Derecho nacional del Estado miembro de destino del producto⁴⁸. La aplicación de dicha Ley será válida en la medida en que ésta afecte a todo operador económico que se encuentre en el país de destino, independientemente de la normativa sobre comercialización de los productos del Estado importador. Ahora bien, desde una perspectiva económica – empresarial, la adaptación de la comercialización de los productos a las condiciones establecidas en la Ley del Estado de destino del producto genera un coste notable⁴⁹. Las empresas que

⁴⁷ PACHECO GALLARDO, M., “Proceso de transposición de Directivas”, *Noticias Jurídicas*, 2008.

⁴⁸ LÓPEZ ESCUDERO, M., “La protección de las denominaciones geográficas en la UE: nuevas perspectivas tras la adopción del Reglamento 510/2006”, *Rev.Der.Com.Eur.*, 10, 24, 2006, pp. 355-400;

⁴⁹ *Ob.cit.* CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Mercado único europeo y libertades comunitarias”... pp. 9-146.

realicen actividades económicas en distintos Estados miembros de la UE tendrán que informarse y adaptar su comportamiento a las condiciones de comercialización establecidas por las distintas leyes de cada uno de los Estados miembros de destino de sus productos.

III. LA POLÍTICA DE LOS CONSUMIDORES EN LA UE

28. Los productos se fabrican y se distribuyen para su venta a otros comerciantes y, también, a los consumidores. Ahora bien, la necesidad de proteger al consumidor surge, de manera más evidente, a partir de los años sesenta del siglo XX⁵⁰. En consecuencia, el Tratado de Roma de 1957 nace en un tiempo anterior a la defensa efectiva de los derechos de los consumidores. Por esta razón, no contiene ninguna consideración respecto de la protección de los consumidores en forma específica, si bien, puede observarse alguna referencia general en torno a la armonización de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que incidan en la política agrícola común, el establecimiento de precios razonables o la prohibición de acuerdos entre empresas que perjudiquen al consumidor⁵¹.

En este sentido, con anterioridad a la década de los setenta, la protección de los consumidores era considerada una mera política de acompañamiento que potenciaba el buen funcionamiento del mercado común, si bien, desde esa fecha, la protección de los consumidores se ha convertido en una preocupación constante para las instituciones de la UE⁵². En otras palabras, desde la perspectiva de DIPr., el tribunal competente para entrar a conocer de los litigios derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual, así como, la fijación de la Ley aplicable varía según el sujeto adquirente sea considerado, o no, consumidor.

En la actualidad, el consumidor no siempre se queda “en casa”, sino que, participa de una economía europea en la que, cada vez con mayor frecuencia, “cruza la frontera” con objeto de adquirir determinados productos o realiza sus compras o la solicitud de prestación de un servicio a través de Internet.

29. Por esta razón, la UE elabora “políticas de protección del consumidor” por las que trata de protegerlo en el mercado único. Las “políticas de protección al consumidor” son

⁵⁰ BERCOVITZ, A., *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, p. 18. El autor expone como hitos importantes en el movimiento de la defensa del consumidor, entre otros, el mensaje al Congreso del Presidente Kennedy de 15 de marzo de 1962 y el *Molony Report* que se publica el mismo año en Inglaterra. En la misma línea, la Ley japonesa de 30 de mayo de 1968, la *Consumer Protection Act* de 1961 y la *Trade Descriptions Act* de 1968, ambas, en Reino Unido, las Leyes suecas sobre actuación en el mercado de 29 de junio de 1970 o la Ley belga sobre prácticas comerciales de 14 de julio de 1971.

⁵¹ LORA-TAMAYO VALLBÉ, M., “Capítulo XV: Consumidores” en LINDE PANIAGUA, E. (COORD.). *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, p. 485.

⁵² REQUEJO ISIDRO, M., “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, 2005, pp. 275-288, esp. p. 260.

un conjunto de derechos que asisten al consumidor que circula libremente en el mercado único de la UE. Por ejemplo, cualquier ciudadano de la UE tiene derecho a comprar, importar o exportar a otro Estado miembro de la UE sin tener que pagar derechos de aduana o un IVA adicional en el momento en que regrese al Estado miembro de la UE al que pertenece. Si el producto que adquiere no es conforme con lo estipulado en el contrato, puede solicitar su devolución, sustitución o cambio, o incluso, una reducción del precio o un reembolso del dinero. E incluso más, los productos fabricados y comercializados en la UE son, en principio, productos seguros. La UE cuenta con normas de seguridad de los productos muy exigentes. Y si ello no fuera así, si el producto fuera defectuoso y, por esta razón, causara un daño al usuario, la UE garantiza al consumidor la posibilidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En particular, la UE protege los intereses generales del consumidor en áreas, tales como, entre otras: prácticas empresariales leales, publicidad engañosa y comparativa, indicación y etiquetado de precios, cláusulas contractuales abusivas, venta a distancia y a domicilio, multipropiedad y vacaciones combinadas, derechos de los viajeros, declaraciones nutricionales y de propiedades saludables, nuevos productos alimenticios, ingredientes y envases alimentarios, etc. (art. 169 TFUE⁵³).

30. Así las cosas, resulta necesario precisar qué aspectos concretos forman parte de la política de los consumidores. Pues bien, en la actualidad, la UE cuenta con un programa de acción *comunitaria* en el ámbito de la política de los consumidores que estará vigente hasta el año 2013⁵⁴. La finalidad de este programa consiste en garantizar al consumidor un elevado grado de protección de su salud, su seguridad y sus intereses económicos y jurídicos a través de una aplicación cierta y efectiva, en cada Estado miembro de la UE, de sus políticas de consumidores.

31. Para ello, la UE trata de adoptar medidas dirigidas a potenciar la representación de los intereses de los consumidores⁵⁵.

De una parte, la UE favorece la cooperación entre las autoridades nacionales que se encargan de aplicar la legislación en materia de protección de los consumidores y

⁵³ Art. 169 TFUE *Protección de los consumidores*: “1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. 2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2. 4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión”.

⁵⁴ Decisión nº 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre 2006 por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) [DOUE L 404/39, de fecha 30 de diciembre de 2006].

⁵⁵ GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor*, Civitas, Madrid, 2002.

usuarios⁵⁶. La cooperación en materia de protección de consumidores en la UE se inspira en el principio de asistencia mutua. Cuando una autoridad es consciente de que se ha producido una infracción en materia de consumidores y usuarios en la UE, tiene la obligación de notificarlo a la Comisión y a las demás autoridades competentes de otros Estados miembros. En este sentido, las autoridades competentes informan a la Comisión de la existencia de una infracción, de las medidas aplicadas y de su resultado, así como de la coordinación de sus actividades. Posteriormente, la Comisión registra dicha información recibida en una base de datos electrónica.

De otra parte, la UE facilita la creación de asociaciones de consumidores que puedan resolver los problemas que se les plantean a los usuarios en el ejercicio de sus funciones en cada Estado miembro⁵⁷. En sintonía con ello, la UE también crea la *Red de Centros Europeos del Consumidor* que proporciona información al consumidor que haya realizado cualquier transacción en un Estado miembro de la UE distinto al que pertenece.

32. En efecto, el consumidor debe disponer de la opción de recurrir en caso de que las normas europeas de protección de consumidores resulten aplicadas de manera incorrecta. Sin embargo, un proceso judicial celebrado en un país distinto de aquél al que pertenece el consumidor puede ser largo y costoso. Por ello, la UE potencia los acuerdos extrajudiciales como medida para resolver los litigios, si bien, las normas europeas sobre protección de consumidores garantizan al consumidor la misma protección en una práctica comercial “en casa” que en un negocio “en el extranjero”.

IV. EL MERCADO ESPAÑOL COMO “MERCADO DE VENTA” DE PRODUCTOS FABRICADOS EN EL EXTRANJERO

1. La fabricación de un producto en un mercado extranjero y su venta en el mercado español

33. Es usual que un producto se fabrique en un determinado país y, con frecuencia, dicho producto se distribuya y se comercialice en un país distinto de aquél en el que se ha fabricado. En otras palabras, desde que el producto comienza a fabricarse hasta que el adquirente hace uso del mismo, dicho producto atraviesa tres mercados distintos: mercado de fabricación, de publicidad y de venta.

⁵⁶ Reglamento (CE) n° 954/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2011 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de consumidores [DOUE L 259/2011 de fecha 4 de octubre de 2011].

⁵⁷ La Decisión 2009/705/CE de la Comisión de 14 septiembre de 2009 [DOUE L 244/21, de fecha 16.9.2009] permite la creación de un *Grupo Consultivo Europeo de los Consumidores*. El *Grupo Consultivo Europeo* asesora, mediante dictamen, a la Comisión. En este sentido, la Comisión tiene la obligación de consultar a las Asociaciones de Consumidores antes de tomar cualquier decisión que pueda poner en peligro al consumidor.

34. La empresa fabricante de un determinado producto tiene, normalmente, su sede social en el Estado en el que desarrolla la elaboración del mismo – mercado de fabricación –. Una vez creado el producto, la empresa fabricante procede a la distribución de éste. Pues bien, la empresa fabricante dispone, fundamentalmente, de tres opciones: puede dirigir la distribución de su producto al mercado del país de fabricación del mismo, o bien, puede enfocar la distribución a uno o varios Estados distintos del país en el que el producto se ha fabricado, o incluso, puede distribuir el producto en ambos.

Situado el producto en el mercado del país en el que se va a proceder a su distribución, resulta conveniente publicitar el producto con objeto de potenciar el consumo del mismo – mercado de publicidad –. Una vez que el producto es dado a conocer en los Estados en los que se pretende su comercialización, la empresa procede a su venta – mercado de venta –. Finalmente, el sujeto, que puede ser calificado como consumidor o como profesional, adquiere el producto en el mercado de venta.

2. El sujeto adquirente del producto: la calificación del consumidor en el Derecho de la UE y en el Derecho español

35. El sujeto que adquiere el producto puede ser calificado como consumidor o como profesional. El sujeto adquirente del producto, con independencia de cuál sea su calificación, mantiene una relación contractual con el vendedor de la que deriva una responsabilidad jurídica contractual y, también, una relación extracontractual con el fabricante del producto de la que se desprende una responsabilidad jurídica extracontractual. Pues bien, el tratamiento jurídico que recibe el sujeto adquirente del producto es distinto en función de si dicho sujeto ostenta, o no, la cualidad de consumidor.

En el Derecho de la UE, la regulación jurídica de la figura del consumidor se encuentra en el Reglamento “Bruselas I” relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵⁸ y, también, en el Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁹. El Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma I” consideran que el consumidor es la parte débil en la relación jurídica contractual. Por esta razón, ambos instrumentos legales la protegen mediante el establecimiento de reglas de competencia y normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales (cons. 23 Reg. Roma I)⁶⁰.

⁵⁸ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Reglamento “Bruselas I”) [DOUE L núm. 12, de fecha 16 de enero de 2001].

⁵⁹ 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”) [DOUE L núm. 177, de fecha 4 de julio de 2008].

⁶⁰ AÑOVEROS TERRADAS, B., “Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”, (Seminario Internacional Complutense: “El Derecho Internacional Privado en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: balnace de una década”, Madrid, 8 y 9 marzo 2007), *AEDIPR*, t. VI, 2006, Iprolex, Madrid, 2007, pp.

El Reglamento “Bruselas I” proporciona una definición autónoma de consumidor. Por ello, no resulta necesario acudir al concepto de consumidor propio de cada Estado miembro de la UE. El consumidor, según lo dispuesto en el Reglamento “Bruselas I”, es la persona que adquiere bienes o servicios “*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*” (art. 15.1 Reg. Bruselas I). El Reglamento “Bruselas I” únicamente emplea el término “persona”, si bien, no precisa si el consumidor puede ser persona física o jurídica.

El consumidor, para disfrutar de foros de competencia judicial internacional más favorables a sus intereses, tiene que intervenir en el procedimiento de manera personal e individual, sin que sea posible que las asociaciones de consumidores puedan activar tales foros de competencia judicial internacional para ejercitar acciones colectivas. Además, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor resulta necesario hacer referencia a la posición en la que se encuentra el sujeto en el contrato que celebra y no a la situación subjetiva de dicha persona⁶¹.

En este sentido, las normas recogidas en el Reglamento “Bruselas I” sobre protección de consumidores únicamente pueden aplicarse si el adquirente opera en el mercado con “apariencia externa” de consumidor⁶². En otras palabras, en la celebración de un contrato internacional de consumo, el adquirente tiene que presentar una apariencia real de consumidor frente a la otra parte contratante, con la finalidad de que el profesional no pueda verse sorprendido y perjudicado por la aplicación, a dicho contrato, de las normas de protección de consumidores.

En el ámbito de la Ley aplicable, el Reglamento “Roma I” debe interpretarse en consonancia con lo establecido para la competencia judicial internacional en el Reglamento “Bruselas I”. Por esta razón, el término “consumidor” debe ser objeto de una interpretación armoniosa en ambos instrumentos legales internacionales (cons. 24 Reg. Roma I).

El Reglamento “Roma I” proporciona una definición propia de “contrato de consumo”⁶³ en la que exige que éste haya sido celebrado entre un consumidor y un profesional⁶⁴. El

379-402 realiza un análisis comparativo del art. 5 CR y del art. 5 Propuesta Reglamento Roma I sobre la figura del consumidor activo y del consumidor pasivo.

⁶¹ Un análisis del consumidor como “sujeto protegido” es realizado, entre otros, por ZABALO ESCUDERO, E., “Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, pp. 109-126; FERNÁNDEZ MASÍA, E., “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001”, *Estudios de consumo*, nº 63, 2002, pp. 10-37, esp. pp. 14-16.

⁶² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 276.

⁶³ El art. 6.4 Reg. Roma I excluye los contratos siguientes del término “contrato de consumo”: 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; b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; 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

Reglamento “Roma I” proporciona la siguiente definición de “contrato de consumo”: es el contrato “celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional con otra persona que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o, por cualquier medio, dirija estas actividades a ese país” (art. 6 Reg. Roma I). En consecuencia, el consumidor, de conformidad con lo establecido en el Reglamento “Roma I”, no puede ser una persona jurídica.

En efecto, el art. 6 Reg. Roma I protege, exclusivamente, al consumidor persona física que no provoca la internacionalidad del contrato, puesto que, no se desplaza a un país distinto al que pertenece con objeto de adquirir un producto determinado, sino que, recibe ofertas en el Estado al que pertenece, procedentes de empresas ubicadas en el extranjero, y puede, o no, aceptarlas⁶⁵.

No obstante, en el ámbito de la Ley aplicable, el consumidor debe quedar protegido por las disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo, siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales ejercidas por el profesional en el país de su residencia habitual. E incluso más, debe garantizarse la misma protección en caso de que el profesional, a pesar de que no ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor, dirija por cualquier medio sus actividades hacia este país o hacia varios países, incluido el del consumidor, siempre que el contrato se celebrara en el marco de estas actividades (cons. 25 Reg. Roma I).

En definitiva, el consumidor es la persona física que celebra un contrato para un uso ajeno a su actividad comercial, mientras que, el profesional es la otra parte contratante. En sintonía con ello, de la interpretación de los preceptos del Reglamento “Bruselas I” y del Reglamento “Roma I” resulta posible diferenciar dos tipos de consumidores: el consumidor activo y el pasivo. En particular, el consumidor activo es la persona que se desplaza en busca del profesional que le otorgue el producto que trata de conseguir, mientras que, el consumidor pasivo es la persona que se encuentra a la espera, en casa, de que le ofrezcan los productos y servicios. Además, para que el contrato sea calificado como “contrato de consumo”, el profesional tiene que ejercer sus actividades

utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE; d) derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero; e) los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h).

⁶⁴ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 94-98.

⁶⁵ RADICATI DI BROZOLO, L. / SALERNO, F., «Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa», en FRANZINA, P. (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 de marzo de 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8, esp. p. 6.

comerciales en el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, o bien, que por cualquier medio dirija estas actividades profesionales a ese país⁶⁶.

El Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma I” solamente aplican reglas de competencia y normas de conflicto de leyes más favorables que las generales al sujeto adquirente que ostente la cualidad de consumidor pasivo. Por esta razón, es posible adoptar la idea de que el consumidor activo queda desprotegido en la celebración del contrato.

Sin embargo, la realidad es bien distinta. El consumidor activo se encuentra protegido por lo establecido en las Directivas UE de consumidores – si el supuesto contractual se halla vinculado con la UE – y por las leyes de transposición de dichas Directivas en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales (art. 23 Reg. Roma I). El principal objetivo que presentan estas Directivas UE de consumidores puede concretarse en el siguiente: la protección del consumidor “desplazado” en el territorio de los Estados miembros de la UE⁶⁷.

36. La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores⁶⁸ establece normas relativas a la información que es preciso facilitar en los contratos, el derecho de desistimiento en los mismos y armoniza determinadas disposiciones que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores (Cons. 9 Dir. 2011/83/UE).

Ahora bien, la Directiva se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶⁹. Así las cosas, la Directiva establece que si el contrato de consumo se rige por la Ley de un tercer Estado, el Reglamento “Roma I” resulta aplicable a dicho contrato con la finalidad de establecer si el consumidor conserva, o no, la protección que ofrece la Directiva UE de consumidores (cons. 10 y 58 Dir. 2011/83/UE). Sin embargo, si tal contrato se regula por la Ley de un Estado miembro de la UE, el consumidor no puede renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva (art. 25 Dir. 2011/83/UE).

⁶⁶ *Ob. cit.* FERNÁNDEZ MASÍA, E., “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001”,... p. 24 considera que la repercusión del contrato en el mercado del consumidor puede darse en dos casos: si el empresario o profesional ejerce sus actividades, de forma habitual, en el Estado del domicilio del consumidor – “*mercado natural del empresario*” – o bien, si el empresario o profesional dirige sus actividades al Estado del domicilio del consumidor tratando de penetrar en el mismo – “*mercado de conquista del empresario*” –.

⁶⁷ QUIÑONES, A., “Nota a la STJCE 9 septiembre 2004”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, pp. 938-944.

⁶⁸ La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores [DOUE L núm. 304, de fecha 22 de noviembre de 2011].

⁶⁹ En particular, la Directiva 2011/83/UE debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones de la UE relativas a sectores específicos, tales como, los medicamentos para uso humano, los productos sanitarios, la intimidad y las comunicaciones electrónicas, los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, el etiquetado de los alimentos y el mercado interior de la electricidad y el gas natural (cons. 11 Dir. 2011/83/UE).

37. En Derecho español, la transposición de las Directivas de consumo se realiza a través del art. 67 TRLGDCU⁷⁰ que se corresponde con una norma de *extensión* y con una norma *pro lex fori*⁷¹. Esta afirmación pone de relieve que los contratos internacionales de consumo quedan sujetos al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Si el tribunal español resulta competente para conocer del litigio derivado de un contrato internacional de consumo, éste se regula, según lo estipulado en el art. 67 TRLGDCU, por el Derecho sustantivo español. En particular, el art. 67 TRLGDCU resultará aplicable a un contrato internacional de consumo siempre que dicho contrato mantenga una estrecha vinculación con el “espacio económico europeo” y cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contrato.

De una parte, el contrato se encuentra estrechamente vinculado con la UE en el supuesto de que el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros de la UE, o bien, si dicho profesional dirige sus actividades a uno o varios Estados miembros por cualquier medio de publicidad, o incluso, si se trata de un contrato sobre un bien inmueble, en el caso de que éste se encuentre situado en el territorio de un Estado miembro de la UE. En ausencia de vínculo con la UE, el contrato de consumo se rige por la Ley del país que designe el Reglamento “Roma I”.

De otra parte, el art. 67 TRLGDCU exige, para su aplicación, la existencia de una segunda condición: las partes contratantes tienen que haber elegido la Ley de un Estado no miembro, como Ley estatal aplicable al contrato internacional de consumo.

38. En resumen, la regla general pone de manifiesto que, si el contrato internacional de consumo puede regularse por la normativa contenida en el Reglamento “Roma I” y, también, por el art. 67 TRLGDCU, el Reglamento “Roma I” es de aplicación preferente al TRLGDCU. No obstante, las relaciones entre las Leyes de transposición de las Directivas UE de consumidores y el Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, también pueden inspirarse en el *principio de especialidad*⁷².

39. El art. 67 TRLGDCU no resulta aplicable al contrato internacional de consumo en el supuesto de que los particulares implicados en la celebración de dicho contrato hayan elegido la Ley de un Estado miembro de la UE. *A sensu contrario*, sólo puede aplicarse el art. 67 TRLGDCU si la Ley estatal elegida por las partes se corresponde con la Ley de un tercer Estado.

⁷⁰ El art. 67 TRLGDCU regulan los supuestos en los que, con independencia de la Ley elegida por las partes para regir el contrato de consumo, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas (arts. 82-91 TRLGDCU), las normas de protección en materia de contratos a distancia (arts. 92-106 TRLGDCU) y los contratos de garantía (arts. 114-126 TRLGDCU), son siempre aplicables.

⁷¹ CASTELLANOS RUIZ, E. “Aspectos de Derecho Internacional Privado en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007): nuevos modelos de análisis”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 722, 2010, pp. 2723-2772, esp. pp. 2737-2738.

⁷² *Ob. cit.* CASTELLANOS RUIZ, E. “Aspectos de Derecho Internacional Privado en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007): nuevos modelos de análisis”,... pp. 2759 y ss.

Sin embargo, el art. 6 Reg. Roma I protege, exclusivamente, al consumidor pasivo. Por esta razón, en el caso de que el contrato internacional de consumo no se encuentre protegido por el Reglamento “Roma I”, la elección de Ley por las partes contratantes puede verse limitada por lo establecido en el art. 67 TRLGDCU en dos supuestos: si el Reglamento “Roma I” remite al Derecho sustantivo material español (arts. 3 y 4 Reg. Roma I), o bien, si las partes eligen la Ley de un tercer Estado, pero la situación presenta una vinculación estrecha con la UE.

V. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. El sujeto adquirente del producto y la responsabilidad jurídica – contractual y/o extracontractual – derivada de su relación con el vendedor y con el fabricante

40. Cualquier persona tiene derecho a solicitar a los tribunales de un Estado una determinada pretensión frente al demandado, que también dispone del derecho a defenderse ante dichos tribunales. En efecto, toda persona dispone de un derecho a la acción, esto es, de la posibilidad de instar a los tribunales de un Estado para que ejerciten una tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las personas. La pretensión del demandante y este derecho a la acción están regulados por normas procesales (en Derecho español, art. 3 LEC: *Lex Fori Regit Processum*).

No obstante, el demandante dispone también de un derecho subjetivo recogido en la Ley sustantiva aplicable y, por ello, puede acudir ante un Juez que le permita hacer valer tal derecho subjetivo. La Ley que determina los derechos subjetivos de los que disponen actor y demandado son los que establece la Ley reguladora del fondo del asunto, que puede ser una Ley extranjera (*Lex Causae*).

41. En el Derecho de la UE, el sujeto adquirente de un producto puede ser calificado como “consumidor activo”, o bien, como “consumidor pasivo” o “simple consumidor”. Pues bien, cualquiera de ellos – consumidor activo o consumidor pasivo – establece dos tipos de relaciones jurídicas: una relación contractual con el vendedor y una relación extracontractual con el fabricante del producto. Desde la perspectiva internacional privatista, la determinación de la competencia judicial internacional y la fijación de la Ley aplicable son distintas en función del tipo de sujeto adquirente del producto – consumidor activo o consumidor pasivo – y/o de la relación jurídica – contractual o extracontractual – que dicho sujeto mantenga con la otra parte.

En un litigio internacional, para determinar qué concreta norma de competencia judicial internacional va a regular el asunto, es necesario calificar la pretensión del demandante. En el presente trabajo, el objeto sobre el que versa el proceso puede referirse a una materia relativa a las “obligaciones contractuales” o a una materia propia de las “obligaciones extracontractuales”. En consecuencia, si la pretensión del actor es relativa a una materia derivada de la contratación, se aplicarán las normas de competencia judicial internacional españolas en esa materia. De la misma manera, en el caso de que la pretensión del actor esté referida a una materia relativa a las “obligaciones

extracontractuales”, las normas de competencia judicial españolas en dicha materia resultarán aplicables.

Ahora bien, la calificación que el demandante otorgue a su pretensión no vincula al Juez. El tribunal es el que tiene la obligación de calificar, de manera definitiva, la pretensión del actor como materia “contractual” o materia “extracontractual” o cualquier otra materia que proceda. La calificación que lleva a cabo el Juez sobre la pretensión del demandante, le permitirá acreditar si puede declararse competente para conocer del asunto en virtud del foro exigido por el legislador en las normas de competencia judicial internacional.

A) Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de obligaciones contractuales

42. En el sector de la competencia judicial internacional, el Reglamento “Bruselas I” constituye el instrumento internacional que determina, en qué supuestos y con arreglo a qué criterios, los tribunales españoles son internacionalmente competentes para entrar a conocer de los litigios derivados de obligaciones jurídicas contractuales y extracontractuales. En otras palabras, el Reglamento “Bruselas I” regula la relación jurídica contractual que el consumidor (activo o pasivo) mantenga con el vendedor, así como también, la relación jurídica extracontractual que el consumidor (activo o pasivo) sostenga con el fabricante del producto.

Así las cosas, el Reglamento “Bruselas I” resulta aplicable respecto de los litigios internacionales que surjan entre personas o sujetos que actúan a título particular para con materias concernientes a la actividad económica. No obstante, este Reglamento se aplica, exclusivamente, a las situaciones jurídicas privadas internacionales conectadas con la UE. Por esta razón, si el domicilio del demandado se encuentra en un Estado no participante en el Reglamento “Bruselas I”, la determinación del tribunal internacional y territorialmente competente para entrar a conocer del litigio, se realiza de conformidad con lo estipulado en las normas de producción interna del país ante cuyos tribunales se presente la demanda (cons. 9 y art. 4.1 Reg. Bruselas I). Sin embargo, algunas normas contenidas en el Reglamento “Bruselas I” resultan aplicables, tales como, los foros exclusivos por razón de la materia (art. 22 Reg. Bruselas I) y el foro de sumisión tácita a favor del tribunal de un Estado miembro (art. 24 Reg. Bruselas I)⁷³.

43. El Reglamento “Bruselas I” señala, respecto de los litigios derivados de un contrato, un tribunal internacionalmente competente distinto en función de que el adquirente del producto ostente la cualidad, o no, de consumidor pasivo.

Si la persona que interviene en la celebración de un contrato internacional es conceptualizado como consumidor activo, no puede disfrutar de las reglas de competencia favorables que proporciona el Reglamento “Bruselas I” a los sujetos adquirentes que

⁷³ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 162-163.

sean, además, consumidores pasivos. Así las cosas, el consumidor activo se somete a las normas generales de competencia judicial internacional. En este sentido, el consumidor activo puede interponer su demanda contra el vendedor por incumplimiento de contrato ante el tribunal del Estado miembro en el que el demandado tenga su domicilio (art. 2 Reg. Bruselas I), o bien, ante el tribunal del Estado miembro en el que se hubiere cumplido o hubiere debido ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1 Reg. Bruselas I).

A diferencia de lo anterior, en el caso de que el sujeto que participe en el contrato adquiera la cualidad de consumidor pasivo, éste disfrutará de reglas de competencia más favorables que las generales. Ahora bien, las normas sobre protección de los consumidores a la hora de determinar el tribunal competente en la celebración de un contrato de consumo, sólo resultarán aplicables si dicho contrato está cubierto por el Reglamento “Bruselas I”⁷⁴.

En efecto, en el sector de la competencia judicial internacional, la acción que inicie el consumidor pasivo frente a la otra parte contratante puede interponerse ante los tribunales del Estado miembro de la UE en el que dicha parte tuviera su domicilio, o bien, ante el tribunal del Estado miembro de la UE en el que el consumidor pasivo tenga su domicilio (art. 16.1 Reg. Bruselas I). No obstante, si la acción la inicia el profesional frente al consumidor pasivo, aquél únicamente podrá presentar su demanda ante el tribunal del Estado de la UE del domicilio del consumidor pasivo (art. 16.2 Reg. Bruselas I).

44. En el supuesto de que ningún instrumento legal internacional resulte aplicable en la fijación del tribunal competente para entrar a conocer de un contrato internacional de consumo, el tribunal español podría declararse competente para conocer de un litigio de consumo si las partes han decidido someterse, expresa o tácitamente, a favor de los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ), o si el demandado tiene su domicilio en territorio español (art. 22.2 LOPJ).

45. Así las cosas, una misma pretensión puede recibir distintas calificaciones en función del Derecho estatal que resulte aplicable. Por esta razón, la calificación de la pretensión para determinar la norma española de competencia judicial internacional aplicable se

⁷⁴ Los contratos de consumo cubiertos por el Reglamento “Bruselas I” pueden concretarse en los siguientes: venta a plazos de mercaderías (art. 15.1.a) Reg. Bruselas I), préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes (art. 15.1.b) Reg. Bruselas I) y cualquier otro contrato concluido por consumidores siempre que la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades (art. 15.1.c) Reg. Bruselas I). El Reglamento “Bruselas I” también, indica los contratos de consumo no cubiertos por el Reglamento “Bruselas I”: contratos de transporte, con la excepción de los que proporcionan una combinación de viaje y alojamiento por un precio global (art. 15.3 Reg. Bruselas I).

realiza de conformidad con lo establecido en el Derecho español (art. 12.1 CC)⁷⁵. Sin embargo, el Juez español, a la hora de calificar la pretensión judicial, no tiene que señalar cuál es la Ley sustantiva reguladora del fondo del asunto.

Después de la calificación de la pretensión del actor y una vez asegurada la competencia internacional de los tribunales de un Estado, dicha pretensión puede requerir calificaciones muy distintas, en el ámbito de la Ley aplicable, para precisar la Ley reguladora de las mismas. En este sentido, respecto de un mismo litigio se aplica un solo foro de competencia judicial internacional, mientras que, varias normas de conflicto y Leyes sustantivas pueden regular el asunto.

46. En el ámbito de la Ley aplicable, el contrato internacional celebrado entre el consumidor, independientemente de que sea calificado como consumidor activo o pasivo, y el vendedor se rige por lo establecido en el Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ahora bien, la norma de conflicto de leyes aplicable al contrato será distinta en función de que el sujeto contratante presente, o no, la cualidad de consumidor pasivo.

En el supuesto de que el adquirente ostente la cualidad de consumidor activo, el Reglamento “Roma I” establece que, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato por las partes (art. 3 Reg. Roma I), éste se regulará, según el tipo de contrato, por la Ley designada por el punto de conexión empleado por la norma de conflicto (art. 4 Reg. Roma I).

A diferencia de lo anterior, si en la celebración del contrato internacional una de las partes ostenta la categoría de consumidor pasivo, el contrato de consumo se rige, en primer lugar, por la Ley del país elegida por las partes, siempre que dicha elección no perjudique los beneficios que la Ley concede al sujeto por ostentar la cualidad de consumidor pasivo (art. 3 Reg. Roma I)⁷⁶. No obstante, si las partes contratantes no han elegido la Ley aplicable al contrato, éste se rige por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor⁷⁷ (art. 6 Reg. Roma I). En consecuencia, en el ámbito de la Ley aplicable, si el sujeto que interviene en el contrato internacional es un consumidor activo, éste no queda protegido por lo dispuesto en el art. 6 Reg. Roma I⁷⁸.

⁷⁵ Art. 12.1 CC “La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará con arreglo a la Ley española”. Por analogía, debe procederse del mismo modo cuando se trate de fijar la norma de competencia judicial internacional aplicable.

⁷⁶ SYNAY-CYTERMANN, A., “Nota a Cass. 23 marzo 2006 Francia sobre contratos internacionales de consumo”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 537-543.

⁷⁷ KENFACK, H., “Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 136,1, 2009, p. 33.

⁷⁸ *Ob. cit.* REQUEJO ISIDRO, M., “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”,... pp. 270-273; *ob.cit.* AÑOVEROS TERRADAS, B., “Consumidor residente en la Unión Europeo vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”,... pp. 379-402 estima que el consumidor activo extracomunitario que contrata con una empresa comunitaria se encuentra protegido por el Derecho comunitario y por la cláusula que evita el fraude de Ley, mientras que, el consumidor activo extracomunitario que contrata con una empresa también extracomunitaria no puede encontrar protección

B) Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales

47. El Reglamento “Bruselas I” también indica el tribunal internacionalmente competente para los litigios derivados de una relación jurídica extracontractual en la que no distingue entre consumidor activo y pasivo. Así las cosas, el sujeto que adquiera el producto, con independencia de la calificación de consumidor que reciba, puede interponer su demanda frente al fabricante en el Estado miembro del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I) o, alternativamente, ante el tribunal del Estado en el que se hubiera producido o hubiera debido producirse el hecho dañoso (art. 5.3 Reg. Bruselas I).

En defecto de instrumento internacional aplicable, el tribunal español puede declararse competente para conocer de un asunto en materia de “obligaciones extracontractuales” si el hecho del que derivan ha ocurrido en territorio español o si el autor del daño y la víctima tienen su residencia habitual en territorio español (art. 22.3 LOPJ).

48. En el ámbito de la Ley aplicable, la posibilidad de que el consumidor solicite al fabricante una indemnización por los daños causados por su producto se regula, en Derecho español, según lo dispuesto en el Convenio de la Haya sobre responsabilidad por productos de fecha 2 de octubre de 1973.

C) Tabla de acciones

49. La tabla siguiente pone de relieve el tipo de relación jurídica – contractual o extracontractual – que el consumidor (activo o pasivo) mantiene con el vendedor y con el fabricante del producto, así como, la determinación del tribunal competente y la fijación de la Ley aplicable respecto a la acción que el consumidor (activo o pasivo) puede ejercitar contra cada uno de ellos.

en el Derecho comunitario porque no tendría sentido. A diferencia de ello, constituiría una garantía, para ambas partes contratantes, que el consumidor pasivo extracomunitario que contrate con una empresa comunitaria se viera amparado por la Ley del país de su residencia habitual en aquellos casos en los que las normas de Derecho Internacional Privado de dicho Estado ofrecieran una solución parecida a los consumidores europeos.

Sujeto	Acción	Calificación de la pretensión	Competencia judicial internacional	Ley aplicable
Consumidor activo vs. vendedor	Conformidad entre el producto y el contrato	En materia de obligaciones contractuales	Arts. 2 y 5.1 Reg. Bruselas I	Arts. 3 y 4 Reg. Roma I
Consumidor activo vs. garante	Cumplimiento de lo establecido en la garantía adicional	En materia de obligaciones contractuales	Arts. 2 y 5.1 Reg. Bruselas I	Arts. 3 y 4 Reg. Roma I
Consumidor activo vs. fabricante	Indemnización por el daño causado por el producto	En materia de obligaciones extracontractuales	Arts. 2 y 5.3 Reg. Bruselas I	Convenio de La Haya (1973)
Consumidor pasivo vs. vendedor	Conformidad entre el producto y el contrato	En materia de obligaciones contractuales	Arts. 15-17 Reg. Bruselas I	Arts. 3 y 6 Reg. Roma I
Consumidor pasivo vs. garante	Cumplimiento de lo establecido en la garantía adicional	En materia de obligaciones contractuales	Arts. 15-17 Reg. Bruselas I	Arts. 3 y 6 Reg. Roma I
Consumidor pasivo vs. fabricante	Indemnización por el daño causado por el producto	En materia de obligaciones extracontractuales	Arts. 2 y 5.3 Reg. Bruselas I	Convenio de La Haya (1973)

2. Determinación de la competencia judicial internacional y fijación de la Ley aplicable respecto a la falta de conformidad entre el contrato y el producto

A) La falta de conformidad entre el producto y lo establecido en el contrato: el consumidor vs. el vendedor

50. Respecto de las cuestiones derivadas de la falta de conformidad entre el contrato y el producto, la determinación del tribunal estatal que va a resultar competente para entrar a conocer del asunto, así como la precisión de la Ley del país que va a aplicar el tribunal competente, varía en función del tipo de consumidor que celebre el contrato internacional de consumo: consumidor activo o consumidor pasivo.

a) El consumidor activo vs. el vendedor

51. El vendedor tiene la obligación de entregar al adquirente los productos que sean conformes en virtud de lo estipulado en el contrato de compraventa de productos o de suministro de los productos que hayan de producirse o fabricarse. La obligación de entrega del vendedor comprende que el objeto que da al adquirente sea adecuado respecto del fin establecido contractualmente. Por esta razón, el vendedor se compromete a responder de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.

Ahora bien, el vendedor responde de la falta de conformidad del producto previa a la entrega del mismo, mientras que, queda exonerado respecto a la falta de conformidad

que se produzca en éste de manera sobrevenida y que no forman parte de la esfera de control del vendedor, tales como, el deterioro normal del producto o el uso indebido que el adquirente haga del mismo⁷⁹. Se trata de una responsabilidad independiente de la culpa.

En sintonía con ello, el producto es conforme con el contrato siempre que se ajuste a la descripción que realice el vendedor y, además, debe ser apto tanto para el uso a que ordinariamente se destine el mismo, así como también, para cualquier uso específico requerido por el adquirente siempre que éste haya puesto en conocimiento del vendedor dicha circunstancia y el vendedor haya admitido que el producto es apto para tal utilización especial. *A sensu contrario*, el producto adquirido no es conforme con el contrato de compraventa si tal producto presenta, por ejemplo, una calidad distinta de la que el consumidor esperaba o le entregan una cosa diferente de la que pretendía adquirir.

52. Por ejemplo, un ciudadano portugués se desplaza a Francia con la intención de adquirir un lienzo vanguardista de Henri Matisse. El ciudadano portugués y la empresa francesa acuerdan que la entrega del producto tendrá lugar en Madrid (España) y el pago del precio se efectuará, también, en dicho lugar. En el momento de la entrega de la cosa, el lienzo no era de Henri Matisse sino del pintor francés André Derain. Por esta razón, el ciudadano portugués está interesado en demandar por falta de conformidad entre el producto y el contrato a la empresa francesa. Para ello, resulta necesario señalar ante los tribunales de qué Estado miembro – Portugal, Francia, España u otro – puede interponer su acción y cuál es el Derecho estatal que regula este asunto.

53. En el sector de la competencia judicial internacional, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en el país en el que el demandado tuviera su domicilio (art. 2 Reg. Bruselas I), o alternativamente, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1. Reg. Bruselas I).

En el ejemplo propuesto, el ciudadano portugués puede interponer la demanda por falta de conformidad entre el producto y el contrato ante los tribunales franceses, en virtud del foro del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I). El domicilio del demandado se encuentra en Francia porque éste es el Estado en el que la empresa tiene su sede estatutaria (art. 60.1 Reg. Bruselas I). O bien, alternativamente, el ciudadano portugués puede, según lo dispuesto en el foro contenido en el art. 5.1.a) Reg. Bruselas I, presentar la demanda ante el tribunal español. En el contrato de compraventa de mercaderías, la obligación que sirve de base a la demanda, se corresponde con el Estado en el que, según lo dispuesto en el contrato de compraventa, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías (art. 5.1.b) Reg. Bruselas I). La entrega de la mercancía tiene lugar en Madrid (España).

⁷⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentarios a los arts. 114 a 127 y DT 1ª TR-LGDCU” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (COORD.) *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Mayor, 2009, pp. 1412-1413.

54. La Ley aplicable a las cuestiones litigiosas que surgen de los contratos es la misma con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del asunto. En efecto, tanto si el ciudadano portugués elige interponer su demanda por falta de conformidad entre el producto y el contrato ante el tribunal francés (art. 2 Reg. Bruselas I) como si decide presentarla ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid (art. 5.1.b) Reg. Bruselas I), el instrumento internacional aplicable al litigio es el mismo: el Reglamento “Roma I”. El Reglamento “Roma I” indica que, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato (art. 3 Reg. Roma I), este contrato de compraventa de mercaderías se rige por la Ley del país en el que el vendedor tenga su residencia habitual (art. 4.1.a) Reg. Roma I). En consecuencia, el tribunal competente – francés o español – aplicará al litigio la Ley sustantiva francesa.

b) El consumidor pasivo vs. el vendedor

55. Una empresa holandesa “AMST” con sede social en Ámsterdam, dirige expresamente la venta de su producto al público español, a través de su página *web*. La empresa holandesa “AMST” se dedica a la venta de pantallas de ordenador. Pues bien, el consumidor español adquiere dicho producto a la empresa holandesa a través de su página *web*. En el momento en el que el ciudadano español recibe la mercancía, observa que dicho producto no se ajusta a las calidades que ofrecía la página *web* de la empresa “AMST”. El consumidor, descontento con el trato recibido, está dispuesto a interponer una demanda contra la empresa holandesa.

56. El ejemplo propuesto hace referencia a la celebración de un contrato internacional de consumo entre consumidor pasivo español y empresa holandesa. En el sector de la competencia judicial internacional, las partes contratantes pueden elegir la Ley aplicable al contrato internacional de consumo. Ahora bien, el Reglamento “Bruselas I” establece que la autonomía de la voluntad de la que disponen las partes contratantes, para el caso de que una de ellas alcance la cualidad de consumidor, es limitada (cons. 14 Reg. Bruselas I)⁸⁰. Por esta razón, los foros de competencia judicial previstos para los contratos de consumo tienen por objeto proteger a la parte más débil de la relación jurídica – el consumidor – a través de la elaboración de reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales (cons. 13 Reg. Bruselas I).

En el caso de que las partes contratantes no hayan acordado tribunal competente para conocer los posibles litigios que pudieran suscitarse de dicho contrato, el consumidor dispone de dos opciones: si el consumidor inicia la acción por falta de conformidad entre el contrato y el producto contra la otra parte contratante, puede interponer su demanda

⁸⁰ Por esta razón, los acuerdos atributivos de competencia resultarán preferentes respecto a las normas generales de competencia en el supuesto de que sean posteriores al nacimiento del litigio, o bien, le concedan al consumidor la posibilidad de formular demanda ante un tribunal distinto del establecido en las normas generales sobre competencia, o incluso, para el caso de que el consumidor y su co-contratante, con domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro, decidan en el momento de la celebración del contrato, atribuir competencia a un concreto tribunal de un Estado miembro (art. 17 Reg. Bruselas I).

ante los tribunales del Estado miembro en el que él, consumidor, tiene su domicilio, o bien, en el Estado en el que la otra parte contratante tenga su domicilio (art. 16.1 Reg. Bruselas I). En otras palabras, si el consumidor pasivo comienza la acción contra la otra parte contratante, puede presentar su demanda ante el tribunal del Estado en el que cualquiera de ellos – consumidor o profesional – tenga su domicilio. A diferencia de lo anterior, si la acción la dirige la parte contratante frente al consumidor, el profesional únicamente puede interponer la demanda ante el tribunal del Estado miembro del lugar en el que el consumidor tiene su domicilio (art. 16.2 Reg. Bruselas I).

De conformidad con el ejemplo propuesto, el consumidor español puede presentar su demanda por falta de conformidad entre el contrato y el producto contra el vendedor holandés ante el tribunal holandés, ya que, Holanda se corresponde con el Estado miembro de la UE en el que la persona jurídica tiene su sede estatutaria (art. 16.1 y 60 Reg. Bruselas I). Alternativamente, el consumidor español también puede interponer la misma demanda ante el tribunal del Estado de su domicilio (art. 16.1 Reg. Bruselas I).

El Reglamento “Bruselas I” a la hora de fijar el domicilio de una persona física distingue si ésta tiene, o no, su domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Para determinar si una parte, persona física, se encuentra domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal competente aplicará su Ley interna (art. 59 Reg. Bruselas I). En Derecho español, el tribunal español tiene que comprobar, de conformidad con lo establecido en las normas españolas, si la persona física demandada tiene su domicilio en España. El tribunal español considera que la persona física tiene su domicilio en España si reside habitualmente en dicho país (art. 40 CC).

En consecuencia, el consumidor español dispone de la opción de interponer la demanda por falta de conformidad entre el contrato y el producto ante el tribunal holandés, o bien, ante el tribunal español. En el caso particular que se ha diseñado como ejemplo, es muy probable que el consumidor español de preferencia a la presentación de la demanda ante el tribunal español, ya que, le comporta costes menores de litigación internacional. Si el consumidor español decidiera interponer la demanda ante el tribunal holandés, tendría que soportar el coste de desplazarse a Holanda, contratar un abogado holandés, asumir el coste del proceso holandés, etc. Por esta razón, si el coste de litigación internacional que tiene que sufragar el consumidor es muy alto, será posible que, con frecuencia, abandone su pretensión y deje de pedir aquello que, en principio, le corresponde.

57. En el ámbito de la Ley aplicable, las partes implicadas en la celebración de un contrato internacional de consumo podrán elegir la Ley estatal aplicable al mismo (art. 3 Reg. Roma I). Ahora bien, la elección de Ley no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le conceden las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la Ley que hubiera sido aplicable al contrato en defecto de elección (cons. 25 Reg. Roma I y art. 6.2 Reg. Roma I). El consumidor pasivo no

puede ser privado de la protección que le asegure la norma imperativa de la Ley del país que resulte aplicable al contrato⁸¹.

En defecto de elección de Ley aplicable al contrato internacional de consumo, éste se registrará por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor para el supuesto de que el profesional realice, alternativamente, cualquiera de las dos condiciones siguientes (art. 6.1 Reg. Roma I): el profesional tiene que ejercer sus actividades comerciales en el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, o bien, que por cualquier medio dirija estas actividades profesionales a ese país⁸². La norma de conflicto de leyes relativa a los consumidores debe procurar localizar dicho contrato en un país cuya Ley aplicable posibilite la minoración de los costes de resolución de las controversias derivadas del litigio que, con frecuencia, son de escasa cuantía (cons. 24 Reg. Roma I).

En el ejemplo propuesto, el tribunal competente para conocer de la falta de conformidad entre el producto y el contrato tiene que aplicar la Ley del país de la residencia habitual del consumidor que se corresponde con la Ley española. El profesional holandés, aunque no ejerce sus actividades comerciales en España, sí dirige su actividad profesional a nuestro país a través de su página *web* (art. 6 Reg. Roma I).

3. Demanda por defecto en la garantía adicional y servicio de post-venta: competencia judicial internacional y ley aplicable

58. La garantía adicional constituye un mecanismo por el que las empresas tratan de atraer un mayor número de clientes, puesto que, ofrecen a los consumidores amplias

⁸¹ BONOMI, A., “Le régime des règles impératives et des lois de police” en BONOMI, A., / CASHIN RITAINE, E., (DIRS.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, esp. pp. 228-229; POCAR, F., “La protection de la partie faible en droit international privé”, *RCADI*, nº 188, 1984, pp. 339-418; FRANZINA, P. « Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del mercato interno », *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pp. 122-129, esp. p. 125; *ob.cit.* QUIÑONES, A., « Nota a la STJCE 9 septiembre 2004 »,... pp. 940-941; *ob. cit.* SYNAY-CYTERMANN, A., « Nota a Cass. 23 marzo 2006 Francia sobre contratos internacionales de consumo »,... pp. 537-543.

⁸² La Ley del país de la residencia habitual del consumidor no se aplicará en los supuestos siguientes (art. 6.4 Reg. Roma I): a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en el que el mismo tenga su residencia habitual; b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 de junio de 1990; 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 con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE; d) derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables y la suscripción y reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero; e) los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h).

ventajas. En principio, un producto que tiene un largo plazo de garantía inspira al consumidor la sensación de mejor calidad⁸³.

59. Por ejemplo, un ciudadano español, con nacionalidad y residencia habitual en España, recibe una oferta de una empresa portuguesa que se dedica a la venta de televisores a muy buen precio. El ciudadano español compra un televisor, fabricado en Taiwán, a dicho establecimiento portugués. En el plazo de tres meses a contar desde la fecha en la que finaliza la garantía legal, el televisor se avería y deja de funcionar. El consumidor español se persona en el establecimiento portugués, con su justificante de compra y el documento en el que constan todos los datos de la garantía. Sin embargo, el vendedor portugués considera que el ciudadano español no tiene derecho a solicitar la reparación del ordenador. Pues bien, es necesario indicar qué tribunal de qué Estado miembro va a resultar competente para resolver el cumplimiento de la garantía y cuál va a ser la Ley estatal aplicable a este asunto.

60. La competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales celebrados por consumidores se determinará por la Ley del país del domicilio de cualquiera de las partes contratantes para el caso de que el profesional realizara actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro (art. 15.c) Reg. Bruselas I).

En el ejemplo propuesto, la acción de cumplimiento de garantía que dirige el consumidor frente al garante puede interponerse ante los tribunales del Estado miembro en el que dicha parte tiene su domicilio, o bien, ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado el consumidor (art. 16.1 Reg. Bruselas I). No obstante, la acción que, en su caso, pueda dirigir el garante frente al consumidor puede interponerse, exclusivamente, ante el tribunal del Estado miembro donde el consumidor tiene su domicilio (art. 16.2 Reg. Bruselas I).

El consumidor español puede elegir entre presentar la demanda ante el tribunal portugués, ya que, es el tribunal del país en el que el garante tiene su domicilio (art. 60 Reg. Bruselas I), o bien, ante el tribunal español, puesto que, es el tribunal del país de su domicilio (art. 59 Reg. Bruselas I). Sin embargo, en el caso de que el garante considere que el consumidor no cumple los presupuestos de la garantía y quiera iniciar acción contra él, puede hacerlo, únicamente, ante el tribunal español porque España se corresponde con el Estado en el que el consumidor tiene su residencia habitual (art. 16.2 Reg. Bruselas I y art. 40 CC).

61. La Ley aplicable al contrato internacional de consumo es la misma con independencia de que el tribunal portugués o el tribunal español entren a conocer del asunto. En el ámbito de la Ley aplicable, las partes implicadas en la celebración de un contrato de consumo podrán elegir la Ley estatal aplicable al mismo (art. 3 Reg. Roma I). En ausencia de elección de Ley aplicable al contrato consumo, éste se regirá por la

⁸³ GÓMEZ POMAR, F., “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, *InDret*, Barcelona, octubre 2001, p. 6.

Ley del país de la residencia habitual del consumidor para el supuesto de que el profesional realice, alternativamente, cualquiera de las dos condiciones siguientes (art. 6.1 Reg. Roma I): el profesional tiene que ejercer sus actividades comerciales en el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, o bien, que por cualquier medio dirija estas actividades profesionales a ese país. Por esta razón y según lo establecido en el ejemplo anterior, el tribunal portugués o el tribunal español tendrán que aplicar a la controversia la Ley española, ya que, España es el país en el que el consumidor tiene su residencia habitual.

62. En Derecho español, este tipo de garantía debe formalizarse por escrito, al menos, en castellano, y en cualquier soporte duradero que resulte accesible al consumidor (art. 125.2 TRLGDCU 2007). La garantía adicional presenta un carácter voluntario y vincula a quien figure como garante – el vendedor, el productor, o incluso, un tercer garante – según lo estipulado en las condiciones fijadas en el documento de garantía, con la única exigencia implícita de proporcionar al consumidor alguna ventaja adicional. Por esta razón, la garantía no afecta a los derechos legales de los que dispone el consumidor ante la falta de conformidad de los productos con el contrato.

El consumidor dispone de derechos, adicionales a los legales, que se le conceden por el mero hecho de ser titular de la garantía (art. 125 TRLGDCU 2007). El sujeto que presta una garantía adicional no está obligado en virtud de la celebración del contrato de compraventa, sino que, responde por el mismo contrato de garantía. E incluso más, el garante está obligado a responder de la publicidad y de las declaraciones públicas que un tercero haya hecho acerca de las prestaciones del producto⁸⁴. Sin embargo, si no se establece una cosa distinta, la carga de la prueba para obtener los beneficios derivados de la garantía adicional recae sobre el consumidor⁸⁵.

Además, la acción para reclamar el cumplimiento de lo fijado en la garantía comercial adicional prescribe a los seis meses desde que termine el plazo de garantía (art. 125. 4 TRLGDCU 2007). En este sentido, mientras la garantía del producto dispone de un plazo de prescripción de tres años, la garantía adicional ofrece al consumidor seis meses más de protección, por lo que la diferencia entre ambas es de seis meses⁸⁶.

63. Respecto del servicio de post-venta, la regla general pone de manifiesto que la reparación del producto durante el período de garantía se realice en el servicio de asistencia técnica. En los productos de naturaleza duradera, el consumidor tiene derecho a un servicio técnico adecuado y a la existencia de repuesto durante el plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en la que el producto dejara de fabricarse. En el caso

⁸⁴ TORRELLES TORREA, E., “Garantías y servicios post-venta” en CÁMARA LAPUENTE, S., (DIR.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, p. 1129.

⁸⁵ AVILÉS GARCÍA, J., “Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo: garantía leal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos” en DE LEÓN ARCE, A., (DIR) *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 940-1151, esp. p. 1147.

⁸⁶ *Ob. cit.* TORRELLES TORREA, E., “Garantías y servicios post-venta”... pp. 1133-1139; *Ob. cit.* MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentarios a los arts. 114 a 127 y DT 1ª TR-LGDCU”... p. 1605.

de que el plazo de garantía hubiere concluido, el consumidor queda vinculado al pago del precio estipulado por el servicio técnico⁸⁷.

4. Precisión de la competencia judicial internacional y de la Ley aplicable para con los litigios derivados de los daños causados por los productos

64. La persona que adquiere un determinado producto, con independencia de que sea calificada como consumidor activo o pasivo, es susceptible de sufrir un daño causado por tal producto. El sujeto perjudicado tiene derecho a solicitar al vendedor del producto y, en su caso, también al fabricante del mismo, una indemnización por los daños y perjuicios que el producto le causó.

No obstante, el tribunal competente para conocer de la demanda relativa a la indemnización por los daños y perjuicios soportados por el adquirente y la Ley sustantiva aplicable al caso es distinta, en función de que la persona que adquiere el producto ostente los caracteres de consumidor activo o pasivo.

A) Consumidor activo vs. vendedor y fabricante: responsabilidad contractual y extracontractual

65. Un fabricante alemán de coches de alta gama, cuya sede principal se encuentra en Alemania, distribuye su producto en establecimientos filiales que se hallan en territorio francés, belga y polaco. En Francia, tuvo lugar la celebración de una feria internacional del automóvil. Pues bien, con motivo de dicha feria, el empresario alemán promociona sus coches y el consumidor activo español se desplaza a Francia con la intención de adquirir uno de estos automóviles para uso personal. En consecuencia, el sujeto español contrata con la filial francesa de la sociedad matriz alemana. Ambas partes celebran un contrato de compraventa. En dicho contrato pactan que el lugar de entrega del vehículo será Madrid (España) y que, en el mismo momento de la recepción, se pagará el precio. Pues bien, el sujeto español recibe el coche, paga su precio y, pasado sólo un mes desde su puesta en funcionamiento, el sistema de seguridad *airbag* se acciona indebidamente y le ocasiona un daño. La cuestión que se plantea consiste en determinar cuáles son las opciones de las que dispone el consumidor activo español, en el sector de la competencia judicial internacional y en el ámbito de la Ley aplicable, para dirigirse por el daño causado por el producto frente al vendedor francés y frente al fabricante alemán.

a) Consumidor activo vs. vendedor: responsabilidad contractual.

66. En el sector de la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I permite que el consumidor activo español pueda interponer su demanda de indemnización por daños y perjuicios frente al vendedor, alternativamente, ante dos tribunales distintos.

⁸⁷ *Ob. cit.* TORRELLES TORREA, E., “Garantías y servicios post-venta”... p. 1139.

En el ejemplo propuesto, el vendedor del automóvil se corresponde con una persona jurídica. En general, las sociedades pueden ser demandadas ante los tribunales del Estado miembro en el que tienen su domicilio (art. 2 Reg. Bruselas I). Se entiende que el país donde la empresa tiene su domicilio es el país donde tenga su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal (art. 60 Reg. Bruselas I⁸⁸). Sin embargo, en este supuesto, la empresa desarrolla su actividad en el territorio de la UE y ni el tribunal del Estado de la sede estatutaria de la sociedad, ni el de su administración central, ni tampoco el del país en el que desarrolle su actividad principal, pueden declararse competentes para conocer del asunto. Ahora bien, el sujeto español puede interponer su demanda ante el tribunal francés, puesto que, se corresponde con el tribunal del Estado en el que la persona jurídica desarrolla su actividad, aun cuando no sea la actividad principal, y por lo tanto, puede declararse competente para conocer del litigio⁸⁹.

No obstante, el foro del “domicilio del demandado” (art. 2 Reg. Bruselas I) puede generar injusticias en ciertos supuestos. En el ejemplo señalado, el consumidor activo español puede presentar su demanda de indemnización por daños y perjuicios causados por un producto ante el tribunal francés. Ahora bien, la entrega del coche, el pago de su precio y el hecho dañoso han tenido lugar en España. Sin embargo, el adquirente español tiene que trasladarse a Francia para interponer su demanda, contratar un abogado francés y averiguar el contenido del Derecho procesal y del Derecho sustantivo francés. El consumidor activo español tendrá que soportar costes de litigación internacional muy elevados en el caso de que decida interponer su demanda de indemnización por daños y perjuicios causados por el producto ante el tribunal francés.

En este sentido, algún autor⁹⁰ considera que el foro del “domicilio del demandado” puede producir elevados costes de litigación internacional, fundamentalmente, por dos razones: la primera consiste en que el demandante, en un primer momento, tiene que identificar e informarse de cuál es el Estado en el que el demandado tiene su domicilio. La segunda razón pone de manifiesto que, en un momento ulterior, el demandante también deberá asumir costes de información acerca del contenido del Derecho interno del Estado en el que el demandado esté domiciliado para poder determinar quién es el concreto órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer del asunto.

A sensu contrario, otro sector de la doctrina sostiene que el foro del “domicilio del demandado” presenta ventajas tanto para el demandado como para el demandante y, además, distribuye las cargas procesales entre ambos de manera equitativa. Por una

⁸⁸ Art. 60.2 Reg. Bruselas I “Para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión «sede estatutaria» se equipará al *registered office* y, en caso de que en ningún lugar exista una *registered office* al *place of incorporation* (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica”.

Art. 60.3 Reg. Bruselas I “Para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado”.

⁸⁹ CASTELLANOS RUIZ, E., *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, p. 14. Es lo que se conoce como la regla *Doing Business Rule*.

⁹⁰ *Ob. cit.* CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*,... pp. 197-198.

parte, el vendedor francés puede llevar a cabo una efectiva defensa procesal en su país a un coste muy reducido. Por otra parte, el consumidor activo español decide cuándo presentar la demanda y, también, dispone de la posibilidad de asegurarse una ejecución rápida y efectiva en la medida en que el patrimonio del demandado se encuentre en el Estado en el que tiene su domicilio.

No obstante, si el demandado tuviera su domicilio en un país distinto de aquél en el que ostenta el grueso de su patrimonio, desaparecen las ventajas de las que disponía el consumidor activo español por aplicación de este foro. El demandante queda obligado a presentar demanda ante los tribunales del país en el que el demandado tiene su domicilio, si bien, podrá decidir en qué momento desea interponer la demanda aun cuando sea siempre ante los tribunales del país del domicilio del demandado.

Por esta razón, las normas reguladoras de la competencia judicial se inspiran, fundamentalmente, en el domicilio del demandado (cons. 8 y art. 4 Reg. Bruselas I), con la salvedad de que las cuestiones controvertidas derivadas del litigio requieran un criterio competencial distinto (cons. 11 Reg. Bruselas I). El foro del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I) convive con los foros especiales por razón de la materia (arts. 5-21 Reg. Bruselas I).

En este sentido, las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas en otro Estado miembro, en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1.a) Reg. Bruselas I). En un contrato de compraventa de mercancía dicho lugar se corresponde con el Estado miembro en el que, según lo previsto en el contrato de compraventa, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías (art. 5.1.b) Reg. Bruselas I). En efecto, el consumidor activo español también puede presentar su demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados por un producto contra la filial francesa ante el tribunal español, puesto que, el contrato de compraventa de mercadería celebrado entre ambos contiene una cláusula en la que indica que España es el Estado miembro en el que se entrega el automóvil.

67. Una vez determinado quién es el tribunal competente para entrar a conocer del litigio suscitado por la celebración de dicho contrato, resulta necesario precisar qué Ley estatal va a aplicar el tribunal para resolver la cuestión controvertida. Pues bien, tanto si se declara competente el tribunal francés, en virtud del foro del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I) como si, el tribunal que entra a conocer del asunto se corresponde con el tribunal español, según el foro de competencia judicial previsto en el art. 5.1.b) Reg. Bruselas I, la Ley aplicable al contrato es la misma. Cualquiera de los dos tribunales aplicará el Reglamento “Roma I” relativo a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales para resolver el litigio. En este sentido, la Ley aplicable a la controversia contractual es la misma con independencia del tribunal del Estado miembro que entre a conocer del asunto.

En consecuencia, el tribunal que conozca del caso – tribunal francés o español – aplicará al litigio la Ley del país en el que el vendedor tenga su residencia habitual (art.

4.1.a) Reg. Roma I). En el ejemplo propuesto, la filial francesa de la empresa matriz con sede social en Alemania es quien vende el vehículo al consumidor activo español. En el contrato celebrado con una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considera residencia habitual, el lugar en el que se encuentre situada dicha sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento (art. 19.2 Reg. Roma I). La residencia habitual del vendedor coincide con la que tenga en el momento de la celebración del contrato de compraventa (art. 19.3 Reg. Roma I). Por esta razón, el contrato de compraventa celebrado, en Francia, entre filial francesa y consumidor activo español se rige por la Ley francesa.

b) Consumidor activo vs. fabricante: responsabilidad extracontractual.

68. El consumidor activo español también dispone de la opción de iniciar acción legal de indemnización por los daños y perjuicios causados por el sistema de seguridad del coche contra el fabricante alemán. En este caso, el consumidor activo español puede, de nuevo, interponer su demanda frente al fabricante alemán ante dos tribunales de dos Estados miembros distintos:

Por un lado, el consumidor activo español puede presentar su demanda contra el fabricante alemán por el daño causado por el producto ante el tribunal alemán, puesto que, la sociedad alemana tiene su domicilio en Alemania (art. 2 y 60 Reg. Bruselas I). En este caso, el consumidor activo español asumirá costes jurisdiccionales muy elevados respecto de la información que tiene que obtener acerca de cuál es el Estado en el que se encuentra el domicilio social de la empresa fabricante de automóviles. Una vez que identifique que la empresa tiene su sede social en Alemania, también debe sufragar costes de información sobre quién es y dónde se encuentra el concreto órgano jurisdiccional territorialmente competente y, además, tiene que soportar el coste de contratar un abogado alemán y el coste del proceso judicial en Alemania.

Por otro lado, el consumidor activo español también puede interponer su demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados por el vehículo ante el tribunal del Estado miembro en el que se hubiere producido el hecho dañoso, siempre que dicho lugar resulte *previsible* para los particulares implicados (art. 5.3 Reg. Bruselas I).

69. La interpretación del foro de competencia judicial internacional contenido en el art. 5.3 Reg. Bruselas I requiere el análisis de dos elementos: el hecho dañoso y el concepto de *previsibilidad*.

Pues bien, el lugar en el que se produce el hecho dañoso se corresponde con el país en el que se genera un perjuicio concreto para la víctima que ha adquirido el producto (STJCE 16 julio 2009 Caso *Zuid-Chemie BV contra Philipppo's Mineralenfabriek*). En el ejemplo propuesto, el hecho dañoso se produce en España. El consumidor activo español sufre en España un daño ocasionado por el automóvil que adquirió en Francia.

En sintonía con ello, el foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial “lugar donde se hubiera producido o debiera producirse el hecho dañoso” (art.

5.3 Reg. Bruselas I) posibilita, en este caso, que la parte demandante, consumidor activo español, interponga su demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados por el vehículo ante el tribunal de un Estado miembro que comporta costes de litigación internacional reducidos para ambas partes. Esta afirmación encuentra su razón en que este foro ni favorece ni perjudica a ninguna de las partes implicadas en el litigio, ni a la presunta víctima del daño, ni tampoco al presunto causante y/o responsable del mismo⁹¹.

En relación con el término *previsibilidad*, el TJUE pone de manifiesto que el tribunal del Estado miembro del lugar en el que se produce el hecho dañoso resulta competente, en virtud del foro establecido en el art. 5.3 Reg. Bruselas I, siempre que, dicho lugar sea *previsible* para las partes implicadas (STJCE 19 septiembre 1995)⁹². La *previsibilidad* en este foro de competencia judicial resulta imprescindible para el cumplimiento de su objetivo que puede concretarse en el siguiente: proporcionar un foro en el que tanto el actor como el demandado puedan litigar a un coste reducido⁹³.

En sintonía con ello, la noción de *previsibilidad* se encuentra asociada al grado de consciencia del fabricante alemán respecto de la probabilidad de que el producto genere un daño en España. Según el TJUE (STJCE 20 febrero 1979 Asunto *Cassis de Dijon*), la mercancía legalmente fabricada en un Estado miembro puede ser introducida y comercializada en el territorio de los demás Estados miembros de la UE (*principio de mutuo reconocimiento*). Esta regla simplifica el comercio internacional y reduce costes, puesto que, el fabricante de la UE no tiene la obligación de ajustar su producto a las leyes nacionales de los países a los que su producto vaya dirigido. El fabricante alemán tiene que ser consciente de que distribuye un producto en un mercado único. Por esta razón, el fabricante alemán es responsable de los daños derivados de su producto con independencia del Estado miembro de la UE en el que éstos se produzcan.

Un sector de la doctrina⁹⁴ considera que, la noción de *previsibilidad* debe constituir un elemento *objetivo* de valoración de la realidad. Por ello, únicamente puede tomarse en consideración la *previsibilidad razonable*, que es la que se produce cuando el producto se comercializa en un Estado por los cauces habituales, sin necesidad de que exista un consentimiento específico de comercialización en un Estado determinado. Otro sector

⁹¹ En este sentido, AAP León (Sección Primera), núm. 474/2009 de 8 de octubre de 2009 “...el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007 carece de un fuero imperativo que garantice al consumidor la cercanía al Tribunal que haya de decidir sus reclamaciones, esencial para asegurar que las mismas se abandonen por el coste que supone litigar en sede diferente. Sin embargo, era previsible la elaboración jurisprudencial de alguna construcción que permitiera una solución y un fuero favorable combinando otras normas aplicables. Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo”.

⁹² CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Comares, Granada, 2008, p. 25.

⁹³ HAY, P., “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law”, *RCADI*, vol. 226, 1991, p. 332.

⁹⁴ TORRALBA MENDIOLA, E., “El proyecto de Reglamento Roma II y la Ley aplicable a la responsabilidad por productos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2007, pp. 253-270.

de la doctrina⁹⁵ considera que si el tribunal que designa el foro contenido en el art. 5.3 Reg. Bruselas I genera elevados costes de litigación internacional para ambas partes, el art. 5.3 Reg. Bruselas I debe reducirse teleológicamente y no se aplicará.

No obstante lo anterior, en el ejemplo propuesto, la empresa matriz alemana exportadora de coches localiza su actividad empresarial, en exclusiva, en Francia, Polonia y Bélgica. Sin embargo, la empresa filial francesa vende uno de esos vehículos a un comprador español. El automóvil es re-exportado desde Francia a España sin que exista un consentimiento expreso por parte de la empresa fabricante alemana. Pues bien, la empresa alemana obtiene un beneficio económico de la venta que su empresa filial domiciliada en Francia realiza a favor de un sujeto español. Por esta razón, la empresa fabricante alemana es consciente de que el coche legalmente fabricado en Alemania puede ser introducido y comercializado en Francia, Bélgica y Polonia y, además, re-exportado al resto de los Estados miembros de la UE. La empresa fabricante alemana puede prever ser demandada en cualquier Estado miembro de la UE en el que su producto ocasione un daño, puesto que, el vehículo se distribuye en el mercado único de la UE, lo que le genera un mayor riesgo pero también una mayor ganancia económica⁹⁶.

Ahora bien, el foro de competencia judicial “lugar en el que se hubiere producido o hubiere debido producirse el hecho dañoso” (art. 5.3 Reg. Bruselas I) puede resultar imprevisible en el caso de que el fabricante pueda demostrar que su producto no circula en el mercado único europeo, sino que, opera exclusivamente en un mercado nacional. En el ejemplo propuesto, el fabricante alemán puede acreditar la imprevisibilidad del foro de competencia judicial si logra probar que la distribución y comercialización de su producto se limita a Francia, Bélgica y Polonia y que éstos tienen prohibida la re-exportación de tal producto a un Estado distinto de Francia, Bélgica o Polonia.

70. En el ámbito de la Ley aplicable, las obligaciones extracontractuales derivadas de los daños causados por un producto se rigen, según el Derecho español, por el Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos hecho en La Haya de fecha 2 de octubre de 1973 y que se encuentra en vigor para España desde el día 1 de febrero de 1989⁹⁷. Este Convenio presenta un carácter *erga omnes*. Se aplica con independencia de cuál sea la nacionalidad o la residencia habitual de las partes implicadas y cualquiera

⁹⁵ *Ob. cit.* CALVO CARAVACA A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*,... pp. 25-26; *Ob. cit.* HAY, P., “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law”,... p. 332 considera que un sujeto únicamente puede ser demandado por un daño derivado de obligaciones no contractuales en un círculo concreto de países.

⁹⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004.

⁹⁷ Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 [BOE núm. 114/2005, de 20 de junio de 2005]. Las cuestiones suscitadas por las obligaciones extracontractuales derivadas de los daños causados por los productos no se regulan, en España, ni por el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) [DOUE L 199/40 de 31.7.2007], ni tampoco por el art. 10.9 CC: “Las obligaciones no contractuales se regirán por la Ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”.

que sea el lugar en el que se verifique el daño o el país en el que se adquiriera el producto (art. 11 CH 1973).

El Convenio de La Haya proporciona, además, un concepto autónomo de la palabra “persona” que incluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas (art. 2 CH 1973). En consecuencia, el Convenio de La Haya se aplicará a la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por el producto, con independencia de que el sujeto adquirente del producto sea un consumidor activo o pasivo.

La regla general contenida en el Convenio de La Haya establece que la responsabilidad derivada del daño ocasionado por el producto se rige por el derecho interno del Estado en cuyo territorio se ha producido el daño, siempre que dicho Estado coincida con el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o bien, con el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o bien, con el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada (art. 4 CH 1973).

En el ejemplo propuesto, el consumidor activo español, nacional español y con residencia habitual en España, se desplaza a Francia con la intención de comprar, en dicho país, un automóvil. Ahora bien, el daño que sufre el adquirente español se produce en España. En consecuencia, según la normativa contenida en el Convenio de La Haya, la Ley reguladora del litigio derivado de un daño causado por un producto entre consumidor activo español y fabricante alemán se corresponde con la Ley española. España es el país en cuyo territorio se ha producido el daño y, además, dicho Estado coincide con el lugar en el que la víctima directa – consumidor activo español – tiene su residencia habitual *ex art. 4 CH 1973*.

No obstante lo anterior, no será aplicable la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño (art. 4 CH 1973), si el imputado no pudo razonablemente prever la comercialización del producto en dicho Estado (art. 7 CH 1973). Es lo que se conoce como la “cláusula de comercialización”⁹⁸. Así las cosas, en el ejemplo propuesto, si se considera que el imputado alemán no pudo prever, razonablemente, la comercialización de su producto en España, la responsabilidad de los daños derivados de su producto se regula, no por la Ley española, sino por la Ley alemana, puesto que, Alemania es el Estado en el que se encuentra el establecimiento del imputado *ex art. 7 CH 1973*.

71. En resumen, según los datos que proporcionaba el ejemplo inicial, el consumidor activo español que adquiere, en Francia, un coche cuya vendedora es una filial francesa que pertenece a una sociedad matriz alemana, puede interponer su demanda, frente al vendedor del producto, ante el tribunal del lugar en el que el demandado tenga su domicilio (art. 2 Reg. Bruselas I), o bien, de manera alternativa, ante el tribunal del

⁹⁸ ZABALO ESCUDERO, M.E., “La Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en Derecho Internacional Privado español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 1991, pp. 75-106, esp. p. 96; TORRALBA MENDIOLA, E., *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Estado miembro en el que se hubiere cumplido o debiere cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1 Reg. Bruselas I).

En este sentido, el consumidor activo español dispone de la posibilidad de interponer su demanda de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el sistema de seguridad del vehículo frente al vendedor, ante el tribunal francés (*ex art. 2 Reg. Bruselas I*), o bien, ante el tribunal español (*ex art. 5.1 Reg. Bruselas I*).

Cualquiera de estos dos tribunales, el tribunal francés o el tribunal español, aplicará al contrato internacional de compraventa de mercancía lo establecido en el Reglamento “Roma I” para fijar la Ley reguladora de las obligaciones contractuales (arts. 3 ó 4 Reg. Roma I). En defecto de elección de Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías, éste se rige por la Ley del país en el que el vendedor tenga su residencia habitual, que se corresponde con la Ley sustantiva francesa (art. 4.1.a) Reg. Roma I).

Además, el consumidor activo español también puede dirigirse frente al fabricante del producto por los daños causados por el mismo. El sujeto español puede presentar su demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el fabricante alemán ante el tribunal del Estado miembro del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I), o alternativamente, ante el tribunal del Estado en el que se hubiere producido o debiere producirse el hecho dañoso siempre que dicho lugar resulte *previsible* para ambas partes (art. 5.3 Reg. Bruselas I).

En sintonía con ello, el mismo consumidor activo español puede interponer su demanda, frente al fabricante alemán, ante el tribunal del Estado alemán (*ex art. 2 Reg. Bruselas I*), o bien, ante el tribunal español (*ex art. 5.3 Reg. Bruselas I*) siempre que se considere que el lugar en el que se produce el hecho dañoso posibilita a ambas partes litigar a un coste reducido. En caso contrario, esto es, si no se cumple la condición de *previsibilidad* contenida en el foro del art. 5.3 Reg. Bruselas I, el profesional español únicamente podrá interponer su demanda ante el tribunal del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I).

Pues bien, fijado el tribunal competente para conocer del asunto, éste aplicará al litigio el Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973. La regla general contenida en este Convenio indica que la Ley aplicable a este litigio derivado de un daño causado por un producto se corresponde con la Ley española. España es el país en cuyo territorio se ha producido el daño y, además, dicho Estado coincide con el lugar en el que la víctima directa tiene su residencia habitual (art. 4 CH 1973). Así las cosas, la Ley española regulará este caso, a menos que el fabricante alemán demuestre que no pudo prever, de manera razonable, la comercialización del automóvil en España (art. 7 CH 1973).

B) Consumidor pasivo vs. vendedor y fabricante: responsabilidad contractual y extracontractual

72. Un ciudadano de nacionalidad española y con residencia habitual en España, recibe por correo ordinario un catálogo de una empresa holandesa que se dedica a la venta, a través de Internet, de pequeños electrodomésticos a muy buen precio. El ciudadano español tiene la intención de comprar, a través de Internet, una máquina de afeitar a la empresa vendedora holandesa. La máquina de afeitar, según la descripción que figura en el catálogo, ha sido fabricada por una empresa finlandesa, si bien, contiene el marcado CE y se vende y comercializa en territorio español. La empresa holandesa envía por correo certificado la máquina de afeitar al domicilio del sujeto español y éste, en el mismo momento de la entrega, hace efectivo el pago del precio. Una semana después, el ciudadano español se desplaza a Sicilia (Italia) para disfrutar de sus vacaciones. El sujeto español sufre, en Sicilia, un daño causado por la máquina de afeitar y tiene que ser hospitalizado en Italia. La cuestión que se plantea consiste en determinar ante los tribunales de qué Estado miembro puede interponer el ciudadano español su demanda por los daños causados por el producto y cuál va a ser la Ley estatal que aplicará el tribunal competente para resolver el caso.

a) El consumidor pasivo vs. vendedor: responsabilidad contractual

73. En el supuesto de que la acción en materia de “obligaciones contractuales” la inicie el consumidor pasivo frente a la otra parte contratante, éste dispone de dos opciones: la primera opción consiste en presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro en el que el consumidor tenga su domicilio. La segunda opción le permite interponer su demanda ante el tribunal en el que esté domiciliada la otra parte contratante (art. 16.1 Reg. Bruselas I).

En el ejemplo indicado, el consumidor pasivo español es quien inicia la acción de indemnización de daños y perjuicios contra la parte vendedora. Por ello, el sujeto español puede elegir ante los tribunales de que Estado miembro desea interponer la demanda: el tribunal del Estado miembro en el que cualquiera de las partes, consumidor pasivo o vendedor, tengan su domicilio. En particular, el consumidor pasivo español tiene su domicilio en territorio español, puesto que, su residencia habitual se encuentra en España (art. 59 Reg. Bruselas I y art. 40 CC). A diferencia de ello, el establecimiento comercial holandés que le vende la máquina de afeitar tiene su domicilio en Holanda, ya que, su sede estatutaria se encuentra en dicho Estado (art. 60 Reg. Bruselas I). En consecuencia, el demandante español puede presentar su demanda de indemnización por los daños ocasionados por el producto frente al vendedor ante el tribunal español o ante el tribunal holandés *ex art. 16.1 Reg. Bruselas I*.

74. El tribunal que conozca del litigio contractual entre el consumidor pasivo español y la empresa holandesa, con independencia de que sea el tribunal español o el tribunal holandés, aplicará para resolver el fondo del asunto lo dispuesto en el Reglamento “Roma I”. La normativa contenida en el Reglamento “Roma I” posibilita que las partes implicadas en la celebración de un contrato internacional de consumo elijan la Ley

reguladora del mismo (art. 3 Reg. Roma I). Sin embargo, la elección de Ley no podrá suponer, para el consumidor pasivo, la pérdida de la protección que le otorgan las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo (cons. 25 y art. 6.2 Reg. Roma I). En ausencia de elección de Ley aplicable al contrato internacional de consumo, éste se rige por la Ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual siempre que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades (art. 6 Reg. Roma I).

En el ejemplo propuesto, este contrato internacional de consumo celebrado entre consumidor pasivo español y empresa holandesa se regula por la Ley española (*ex art. 6 Reg. Roma I*). España es el Estado en el que el consumidor pasivo tiene su residencia habitual y, además, es también el país al que la empresa holandesa dirige sus actividades publicitarias y comerciales.

b) El consumidor pasivo vs. el fabricante: responsabilidad extracontractual

75. El consumidor pasivo español, además de poder iniciar acción de indemnización por los daños y perjuicios soportados contra el vendedor de la máquina de afeitar, también puede dirigirse contra el fabricante del producto. La normativa contenida en el Reglamento “Bruselas I” permite que el sujeto español pueda interponer su demanda en materia de obligaciones extrancontractuales frente al fabricante de la máquina de afeitar ante el tribunal del domicilio del demandado (art. 2 Reg. Bruselas I), o bien, de manera alternativa, ante el tribunal del Estado miembro en el que se hubiere producido o debiere producirse el hecho dañoso, siempre que, dicho lugar resulte *previsible* para ambas partes (art. 5.3 Reg. Bruselas I).

En consecuencia, el consumidor pasivo español puede interponer su demanda de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la máquina de afeitar contra el fabricante finlandés en Finlandia. El demandado – la empresa finlandesa que se dedica a la fabricación de máquinas de afeitar – ostenta su domicilio en Finlandia porque éste es el Estado en el que tiene su sede estatutaria (art. 2 y 60 Reg. Bruselas I). Alternativamente, el consumidor pasivo español también puede presentar su demanda contra el fabricante finlandés ante el tribunal italiano, puesto que, Italia se corresponde con el Estado en el que ha sufrido directamente el perjuicio (art. 5.3 Reg. Bruselas I).

76. Una vez determinada la competencia internacional del tribunal finlandés (art. 2 Reg. Bruselas I), o bien, del tribunal italiano (art. 5.3 Reg. Bruselas I) para conocer de la demanda de indemnización de daños y perjuicios que interpone el consumidor pasivo español contra el fabricante del producto, resulta necesario precisar la Ley aplicable al ejemplo propuesto.

77. En el caso de que el consumidor pasivo español decida iniciar la acción ante el tribunal finlandés (art. 2 Reg. Bruselas I), éste aplicará la normativa contenida en el

Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos de 2 de octubre de 1973.

La regla general contenida en este Convenio señala que la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también el Estado de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada (art. 4 CH 1973).

En el ejemplo propuesto, la Ley del Estado en cuyo territorio se ha producido el daño – Italia – no coincide ni con el Estado de la residencia habitual del perjudicado – España – , ni con el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad – Finlandia –, ni tampoco con el Estado en el que el perjudicado adquirió el producto – Holanda –.

En defecto de aplicación del art. 4 CH 1973, la legislación aplicable al litigio es el Derecho interno del Estado de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada si dicho Estado es también el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o el Estado en cuyo territorio ha sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada (art. 5 CH 1973).

En el caso planteado, la Ley del país de la residencia habitual del perjudicado – España – no se corresponde con el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal del presunto responsable – Finlandia –, ni tampoco con el Estado en el que la víctima adquirió el producto – Holanda –.

Pues bien, si no resulta aplicable lo dispuesto en los arts. 4 y 5 CH 1973, la responsabilidad por los daños ocasionados por los productos se rige por el Derecho interno del Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, con la salvedad de que el demandante base su reclamación en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño (art. 6 CH 1973).

Así las cosas, en el caso de que el consumidor pasivo español decida interponer su demanda de indemnización por los daños y perjuicios causados por la máquina de afeitar ante el tribunal finlandés, éste aplicará al fondo del litigio la Ley sustantiva finlandesa, puesto que, Finlandia es el país en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad. No obstante, el tribunal finlandés tendrá que aplicar al mismo supuesto la Ley material italiana si el consumidor español ha basado su reclamación en el Derecho interno del Estado en el que se ha producido el daño.

78. El consumidor pasivo español también puede presentar su demanda ante el tribunal italiano (art. 5.3 Reg. Bruselas I). Italia no es Estado parte en el Convenio de La Haya

sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos de fecha 2 de octubre de 1973. En consecuencia, el tribunal italiano aplicará lo dispuesto en el Reglamento “Roma II” sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales⁹⁹. La Ley designada por el Reglamento “Roma II” se aplicará con independencia de que sea la Ley sustantiva de un Estado miembro o de un tercer Estado (art. 3 Reg. Roma II).

El Reglamento “Roma II” señala que la Ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño causado por un producto es la Ley del país de la residencia habitual de la víctima siempre que el producto se comercializara en dicho Estado (art. 5.1.a) Reg. Roma II). En el ejemplo planteado, el tribunal italiano aplicará la Ley sustantiva española porque España es el Estado en el que el consumidor pasivo tiene su residencia habitual y, además, la máquina de afeitar se comercializa en dicho Estado.

79. En resumen, el consumidor pasivo español que ha sufrido, en Sicilia, un daño ocasionado por una máquina de afeitar fabricada en Finlandia que compró, a través de Internet, a una empresa con sede estatutaria en Holanda, puede iniciar acción de indemnización por los daños y perjuicios soportados frente al vendedor ante el tribunal holandés (art. 2 Reg. Bruselas I) o, alternativamente, ante el tribunal español (art. 5.1 Reg. Bruselas I). El tribunal holandés o el tribunal español aplicarán al fondo del litigio, en ausencia de elección de Ley por las partes contratantes (art. 3 Reg. Roma I), la Ley sustantiva española (art. 6 Reg. Roma I).

El consumidor pasivo español también puede dirigirse frente al fabricante finlandés de la máquina de afeitar ante el tribunal finlandés (art. 2 Reg. Bruselas I), o bien, ante el tribunal italiano (art. 5.3 Reg. Bruselas I). Si el sujeto español interpone su demanda de indemnización ante el tribunal finlandés, éste aplica la Ley sustantiva finlandesa, a menos que, el consumidor pasivo español haya basado su reclamación en el Derecho italiano (art. 6 CH 1973). En el caso de que el ciudadano español decida presentar su demanda ante el tribunal italiano, éste aplicará la Ley material española (art. 5.1.a) Reg. Roma II).

80. Ahora bien, siguiendo el mismo ejemplo, la determinación de la competencia judicial internacional y la fijación de la Ley aplicable siguen una normativa distinta de la indicada con anterioridad en el supuesto de que el fabricante de la máquina de afeitar no fuera finlandés sino coreano. Así las cosas, el consumidor pasivo español adquiere a través de Internet, después de recibir un catálogo en casa procedente de una empresa holandesa que se dedica a la venta de pequeños electrodomésticos, una máquina de afeitar. La máquina de afeitar, fabricada por una empresa coreana, cumple todos los requisitos de seguridad y de salud que son exigibles en la UE y lleva también estampado el marcado CE. El sujeto español sufre un daño ocasionado por la máquina de afeitar durante sus vacaciones en Sicilia.

⁹⁹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) [DOUE L 199/40 de fecha 31.07.2007].

81. En el sector de la competencia judicial internacional, no puede operar el Reglamento Bruselas I para el caso de que el consumidor pasivo español pretenda interponer demanda de indemnización por los daños ocasionados por el producto contra el fabricante coreano. El demandado, la empresa fabricante coreana, tiene su domicilio en Corea y no en un Estado miembro de la UE. Por lo tanto, la competencia judicial se rige en cada Estado miembro por la Ley de dicho Estado miembro (art. 4 Reg. Bruselas I).

Así las cosas, el tribunal español podrá declararse competente para conocer de este asunto sólo si el daño ocasionado por el producto ha ocurrido en territorio español o si el autor y la víctima del daño tienen su residencia habitual en España (art. 22.3 LOPJ). En el ejemplo propuesto, el tribunal español no puede entrar a conocer del fondo del asunto porque el daño no se produce en España, sino en Italia, y además, sólo la víctima del daño ostenta su residencia habitual en territorio español.

No obstante, según el Derecho sustantivo italiano, el consumidor pasivo español puede presentar su demanda frente al fabricante coreano ante el tribunal italiano si el daño se ha producido en Italia (art. 3 *Legge* 218/1995 de 31 *maggio*). En consecuencia, el tribunal italiano puede declararse competente para entrar a conocer de la demanda que interponga el consumidor pasivo español frente al fabricante coreano por el daño causado, en Italia, por la máquina de afeitar.

82. En el ámbito de la Ley aplicable, el tribunal italiano aplicará la normativa contenida en el Reglamento “Roma II”. El Reglamento “Roma II” establece que la Ley aplicable a la obligación extracontractual que derive de un daño ocasionado por un producto es la Ley del país de la residencia habitual del perjudicado en el momento de producirse el daño, siempre que el producto se comercializara en este Estado (art. 5.1.a) Reg. Roma II).

Por tanto, si el fabricante coreano estampa el marcado CE en la máquina de afeitar y distribuye y comercializa su producto en el mercado único europeo, la Ley aplicable a la demanda iniciada por el consumidor pasivo español por el daño que la máquina de afeitar le produjo en Italia, es la Ley española.

VI. CONCLUSIONES

83. Desde la perspectiva de Derecho público, un producto fabricado en un Estado miembro de la UE tiene que ajustarse a la normativa del Estado de fabricación, con independencia de que posteriormente dicho producto se distribuya y comercialice en otros Estados miembros de la UE. En particular, el fabricante que pretenda la distribución y venta de su producto en distintos países tiene que verificar que su producto ha sido fabricado de acuerdo con los requisitos de seguridad y de salud exigidos en las Directivas de la UE.

En este sentido, según el principio de mutuo reconocimiento, la mercancía legalmente fabricada en un Estado miembro de la UE puede ser introducida y comercializada en los

demás Estados miembros de la UE. Por esta razón, no es necesario ajustar el producto a las leyes nacionales de los países a los que vaya dirigido. No obstante, la distribución y comercialización en el mercado único europeo de un producto fabricado en un tercer Estado exige que éste se ajuste a las reglas de mercado de la UE.

Pues bien, el mercado CE opera como elemento necesario para la comercialización de determinados productos en el mercado único de la UE. El hecho de que un producto lleve estampado el marcado CE implica la supresión de las barreras comerciales en el territorio intra-UE con la finalidad de garantizar la libre circulación y la competencia leal de las empresas dentro del mercado europeo. Ahora bien, si el fabricante lleva a cabo un uso incorrecto del marcado CE, cada Estado miembro dispone de la posibilidad de fijar sanciones de Derecho público y también de Derecho privado.

84. Desde el punto de vista internacional privatista, el producto fabricado en un Estado miembro de la UE o en un tercer Estado que se distribuye y comercializa en el mercado único de la UE otorga beneficios al fabricante. El fabricante incrementará su nivel de producción, aumentará el número de ventas y su ganancia económica si dirige su producto hacia el mercado único de la UE. No obstante, el fabricante también tiene que ser consciente de que el hecho de que el producto circule libremente en el territorio de los Estados miembros de la UE puede generarle un riesgo. El riesgo que asume el fabricante que comercializa su producto en el mercado único de la UE consiste en que éste pueda ser demandado ante los tribunales del Estado miembro en el que la víctima haya sufrido un daño ocasionado por su producto siempre que este foro resulte *previsible* para ambos litigantes.

Pues bien, el Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma I” solamente proporcionan, en el sector de la competencia judicial internacional y en el ámbito de la Ley aplicable, reglas más favorables al adquirente que recibe la oferta en el país al que pertenece (consumidor pasivo). Por el contrario, el sujeto que cruza la frontera con la finalidad de adquirir un determinado producto y obtener buenas condiciones en el mercado (consumidor activo), únicamente queda protegido por lo establecido en las Directivas UE de protección de consumidores y por las Leyes de transposición de dichas Directivas en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales para el caso de que la situación privada internacional se encuentre vinculada con la UE.

En consecuencia, el Reglamento “Bruselas I” y el Reglamento “Roma I” presentan un marcado carácter tradicional en lo que respecta a la protección de los consumidores. Ambos instrumentos legales proporcionan un elevado nivel de protección al consumidor que se queda “en casa” pero no al que se desplaza en busca de óptimas condiciones de contratación, cuya protección queda relegada a lo establecido en las Directivas de la UE sobre protección de los consumidores.

Sin embargo, “consumidor” es la persona que compra productos de consumo, con independencia de que se desplace para adquirirlos o de que reciba la oferta en casa. Por esta razón, no está justificada la diferenciación que el DIPr. de la UE realiza entre consumidor activo y pasivo. En este sentido, tienen razón los autores como M.-P.

WELLER, que han destacado que la protección del consumidor constituye un importante objetivo material de la política legislativa europea que las normas de DIPr. europeo deben garantizar siempre que el consumidor opere en el mercado europeo y con independencia de la cualidad de “pasivo” o “activo” del mismo¹⁰⁰.

El art. 67 TRLGDCU no unifica criterios de competencia judicial internacional ni tampoco de Ley aplicable en materia de protección de los consumidores. El consumidor, activo o pasivo, entabla una relación jurídica contractual con el vendedor del producto y con el titular de la garantía. Asimismo, el consumidor, activo o pasivo, también puede establecer una relación jurídica extracontractual con el fabricante del producto.

El consumidor, activo o pasivo, puede ejercitar contra cada uno de ellos (vendedor, titular de la garantía y fabricante) una acción distinta: la falta de conformidad entre el contrato y el producto, el cumplimiento de lo establecido en la garantía o la solicitud de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el producto. Pues bien, los criterios de competencia judicial internacional y de Ley aplicable son distintos en función del tipo de relación jurídica que el consumidor mantenga con la otra parte litigante y según el tipo de acción que pretenda ejercitar contra ella. Así las cosas, el consumidor, activo o pasivo, asume un coste de litigación internacional y un coste conflictual muy elevado porque tiene que informarse acerca de que tribunal estatal va a resultar competente para conocer del asunto y del contenido de la Ley material reguladora del caso.

¹⁰⁰ WELLER, M.-P. "Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?", *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.