

Pre-print: Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 821-832.

De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: La normativa común de compraventa europea

Sixto A. Sánchez Lorenzo

(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada)

SUMARIO: I. Introducción. II. Paradojas en el marco de una teoría de las fuentes del Derecho, y del Derecho internacional privado en particular: 1. El concepto de “armonización”. 2. El concepto de “reglamento”. 3. La distinción entre normas conflictuales y materiales en el segundo escalón. 4. Un diálogo entre fuentes “peculiar”. 5. El acerbo acervo comunitario. III. Legislando para un consumidor hercúleo: 1. El consumidor ha de ser experto en geografía y tener nociones en investigación policíaca. 2. El consumidor ha de ser experto en Derecho internacional privado y en Derecho contractual comparado. IV. Conclusiones

I. Introducción

La dedicación de la profesora Alegría Borrás Rodríguez al Derecho internacional privado durante su dilatada carrera ha sido de tal intensidad que ha llegado al borde de la transustanciación. Podría decirse que la Dra. Borrás es en sí misma una situación transfronteriza. Pocos diplomáticos tendrán en su registro un número tal de millas recorridas a lo largo, sobre todo, del territorio europeo. De Bruselas a La Haya, en efecto, la Dra. Borrás ha sido la imagen de España en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y asimismo ante las instituciones europeas encargadas de la codificación del Derecho internacional privado europeo. Más allá, ha desempeñado un papel de indudable liderazgo en la actuación del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado y su presencia es asimismo constante y muy activa en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Nunca, sin embargo, la Dra. Borrás ha sufrido la fe del converso —por desgracia muy extendida entre algunos colegas con parecido perfil— y ha mantenido un talante crítico con muchas de las iniciativas cuyo desarrollo ha vivido en primera persona.

Para homenajear su trayectoria, tal vez sean propicias algunas reflexiones acerca del diálogo de las fuentes en el ámbito del Derecho internacional privado. La proliferación de foros de codificación internacional del Derecho internacional privado ha producido, desde luego, una inflación normativa y el desarrollo de técnicas de compatibilidad, de cláusulas de conexión y desconexión, de fórmulas de interacción y complementariedad. Pero el diálogo de fuentes no siempre ha sido fluido y productivo. A menudo se antoja un diálogo de sordos. Y, en todo caso, es evidente que la

proliferación de fuentes y de técnicas normativas ha provocado un incremento de la complejidad, que padecen no sólo los alumnos europeos que deban cursar la asignatura del Derecho internacional privado, sino —lo que es más grave— los propios operadores económicos.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011 (PCESL)¹ es un buen motivo para realizar algunas reflexiones sobre dicha complejidad. En otro lugar he analizado con más detalle los aspectos técnicos de esta regulación en relación con las reglas del Derecho internacional privado². No se trata ahora, pues, de profundizar en dicha relación, sino de extraer algunas enseñanzas acerca de las paradojas y los efectos que dicho texto proporciona en el marco general del diálogo de fuentes en el Derecho internacional privado.

II. Paradojas en el marco de una teoría de las fuentes del Derecho, y del Derecho internacional privado en particular

1. El concepto de “armonización”

La base legal de la PCESL es el artículo 114 TFUE, que, como se sabe, constituye la fórmula básica para la aproximación y armonización de legislaciones necesaria para el establecimiento del mercado interior. La mayoría de la doctrina se muestra reacia a admitir que un instrumento puramente facultativo pueda sustentarse en esta base legal. Por definición, las fórmulas del denominado Derecho privado facultativo se acomodan a lo dispuesto en el artículo 352 TFUE, y no ha faltado quien ve con buenos ojos un amparo en el propio artículo 81 TFUE, lo que no resulta descabellado, si se tiene presente que el objeto de la CESL son las transacciones exclusivamente transfronterizas y dada la propia incidencia que la CESL tiene en la aplicación de las reglas de los Reglamentos “Roma I” y “Roma II”³.

De cualquier forma, la facultatividad de la CESL implica una inclinación curiosa del legislador comunitario hacia un concepto *soft* de armonización, que tiene sus consecuencias, pues no puede olvidarse que los Derechos nacionales en materia de

¹ COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD).

² *Vid.* “La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, en prensa.

³ *Vid.* Por ejemplo J.J. Kuipers, “The Legal Basis for a European Optional Instrument”, *ERPL*, 2011/5, pp. 545-564. H.C. Grigoleit, “Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Funktionsbedingungen, EU-Kompetenz und Perspektiven”, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? (Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011)*, Remien/Herrler/Limmer Hrsg., Munich, C.H. Beck, 2012, pp. 67-85; G. Low, “A Numbers Game – The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract law”, *Maastricht European Private Law Institute (Working Paper No. 2012/2)*, 12 pp. <http://ssrn.com/abstract=1991070>; K. Riesenhuber, “Der Vorschlag für eine Verordnung über ein ‘Gemeinsames Europäisches Kaufrecht’ – Kompetenz, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit”, *EWS*, 2012/1-2, pp. 8-10; W-H. Roth, “Der ‘Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht’ (KOM (2011) 635 endg.)”, *EWS*, pp. 14-21.

compraventa permanecen intactos. Pero, además, el desplazamiento que provoca la CESL respecto el Derecho derivado comunitario, circunscrito a las situaciones puramente internas como luego veremos, fomenta un efecto pernicioso a todas luces: una armonización *hard* para unificar los Derechos nacionales aplicables a situaciones internas, y una armonización *soft* y, además, petrificada, para el régimen de armonización de las relaciones transfronterizas. Por definición, estas últimas son las que ponen en riesgo en realidad el buen funcionamiento del mercado interior, por lo que en último caso la tendencia inversa parecería tener más sentido.

Finalmente, la PCELS justificaría, además, una reflexión acerca del carácter *ultra vires* en muchas hipótesis de situaciones extracomunitarias que caen bajo su ámbito de aplicación y nada tienen que ver con el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, como se desprende de la propia justificación del legislador comunitario⁴; pero el cinismo competencial de la UE es sobradamente conocido para que perdamos más tiempo en los límites constitucionales del Derecho privado europeo.

2. El concepto de “reglamento”

Otra paradoja en el ámbito de la teoría de las fuentes del Derecho europeo tiene que ver con el propio concepto de “reglamento”. Según el artículo 288 del TFUE “[e]l reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Es cierto que existen fórmulas reglamentarias que definen un régimen facultativo de marcas, sociedades, etc., pero se supone que son alternativas jurídicas a las figuras jurídicas nacionales y, una vez, elegidas, la aplicación de la normativa comunitaria es obligatoria. No es el caso de la PCELS. Conviene notar que los contratos que regula no son alternativos, sino los mismos que contemplan las normativas nacionales y el propio Derecho derivado comunitario en muchos casos. Ciertamente sus normas son imperativas, pero siempre que las partes elijan la CESL y no la alternativa de aplicar el Derecho nacional sobre el mismo contrato. Luego su aplicación directa queda circunscrita a la necesidad de no transposición y su obligatoriedad relativizada, pues sus normas no son aplicables necesariamente a unos contratos que, si falta el *opting in*, se rigen por los Derechos nacionales.

3. La distinción entre normas conflictuales y materiales en el segundo escalón

Acercándonos algo más al Derecho internacional privado, la distinción clásica entre Derecho material y conflictual parece asimismo socavada. La opción por el legislador comunitario al diseñar la CESL es, aparentemente, una opción estrictamente material. En cierto modo, las normas contenidas en dicha reglamentación podrían muy bien calificarse como “normas materiales especiales dependientes”⁵. No sólo contienen una regulación sustantiva o material para determinados supuestos estrictamente

⁴ PCELS, p. 10.

⁵ Vid. P. Mankowski, “Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht”, *RIW*, 2012/3, pp. 98-99.

transfronterizos, sino que su aplicación se hace depender de que la ley nacional aplicable al contrato, según las normas de conflicto (en particular las contenidas en el Reglamento “Roma I”) sea la de un Estado miembro⁶. Más concretamente, se trata de normas materiales cuya aplicación se define en el “segundo escalón”. Una vez que la norma de conflicto ha determinado la ley nacional aplicable, y advertida la circunstancia de que se trata de un Estado miembro, sus normas materiales internas quedan absolutamente desplazadas si las partes han elegido la CESL, cuyas normas materiales especiales serán entonces las únicas aplicables. Consecuentemente, la PCESEL no pone en práctica la posibilidad abierta por el considerando 19º del Reglamento “Roma I”, según el cual: “En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas de Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas”, al menos en términos “conflictuales” (el llamado “régimen 28º”). En cierto modo, pues, la elección de la CESL no sólo es independiente de la elección de la ley aplicable, sino que requiere venir acompañada de una elección de la ley aplicable, especialmente si, en defecto de dicha elección, las normas del Reglamento “Roma I” designan la aplicación de la ley de un tercer Estado.

Sin embargo, esta distinción entre normas de alcance conflictual y material y la aparente estancamiento entre la CESL y el Reglamento “Roma I” se difumina a partir de la propia interpretación del legislador comunitario acerca de los efectos de la elección de la CESL, que se sitúan de hecho en el primer escalón. Por un lado, se afirma con rotundidad el desarme de la regla de protección del consumidor contenida en el artículo 6.2º del Reglamento “Roma I”, cuando las partes han elegido la CESL y resulta aplicable la ley de un Estado miembro porque las partes así lo han elegido conforme a la regla del art. 6.1º⁷. Se supone que, en tal caso, no tiene sentido la aplicación de las reglas más tuitivas de la residencia habitual del consumidor si éste se encuentra en un Estado miembro, porque al fin y al cabo es parte de la PCESEL, y ello con independencia de que dichas reglas más tuitivas puedan existir en el Derecho interno de tal Estado⁸. Obviamente, el resultado es el mismo si la ley aplicable es la de un Estado miembro, en defecto de elección, donde reside habitualmente el consumidor. Por otro lado, el legislador comunitario desarma también la corrección que pudieran hacer a la remisión conflictual las normas internacionalmente imperativas a que se refiere el art. 9 del Reglamento “Roma I”, de forma plenamente consecuente, en apariencia, pues se entiende que no pueden existir normas más tuitivas del consumidor en cuestiones ya reguladas por un Reglamento comunitario investido de primacía y efecto directo, y ello aunque esas normas imperativas respondan a exigencias de las directivas comunitarias en materias de protección del consumidor. La doctrina ha justificado la exclusión de

⁶ Considerando 10º PCESEL.

⁷ PCESEL, p. 7 y considerando 12º. *Vid.* C. Castronovo, “Sulla Proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita”, *Europa e diritto privato*, núm. 2, 2012, pp. 296-297.

⁸ Hecho que acredita una finalidad de favorecer claramente a los comerciantes frente a los consumidores (*vid.* M. Kenny, L. Gillis y J. Devenney, “The EU Optional Instrument: Absorbing the Private International Law Implications of a Common European Sales Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 342.

estas normas en la necesidad de utilizar un concepto estricto de norma internacionalmente imperativa que no contradiga el efecto útil y la primacía del Derecho armonizado⁹. Más que evitar teóricamente su consideración, la pretensión del carácter “completo” y “europeo” de la CESL elegida por las partes impediría por parte de los Tribunales de los Estados miembros la aplicación de cualquier norma imperativa restrictiva de la ley aplicable (necesariamente de un Estado miembro)¹⁰. En consecuencia, una doble elección de la ley de un Estado miembro y de la CESL facilitaría sortear las reglas imperativas del Estado del foro o del país de ejecución del contrato. En suma, los recortes al Reglamento “Roma I” son más notables de lo que en apariencia denota la calificación de simples “normas materiales especiales”.

Por último, el carácter pretendidamente completo de la CESL (art. 4) implica que en los aspectos no excluidos de su ámbito de aplicación las lagunas (internas) se resolverán conforme a sus propios principios. Sólo para las lagunas externas, esto es, derivadas de su limitación material o de la existencia de algunos aspectos excluidos —como la propia licitud del contrato— tendrá sentido recurrir a las normas materiales internas de la *lex contractus*. Este planteamiento pone en tela de juicio las funciones que tradicionalmente atribuía K. Zweigert al Derecho aplicable en virtud de la norma de conflicto en sus relaciones con el Derecho uniforme: La referencia residual a un Derecho estatal no juega un papel complementario para integrar las lagunas del Derecho uniforme¹¹, o para determinar la interpretación a seguir en caso de duda sobre el alcance del texto uniforme¹². Aunque la pretensión es lógica para garantizar la máxima uniformidad, dista mucho de ser realista, como ha advertido B. Fauvarque-Cosson¹³, teniendo en cuenta que el texto europeo no ha incidido ni desarrollado convenientemente un catálogo de principios básicos del Derecho contractual, del que se sirve cualquier sistema jurídico para integrar las lagunas y merecer, precisamente, el nombre de “sistema”. Pero incluso en materias claramente incluidas en su ámbito de aplicación, como la propia validez del contrato celebrado por medios electrónicos, el carácter autónomo y completo del CESL es negado por el propio Proyecto, en la

⁹ Vid. M. Fornasier, “28. versus 2. Regime –Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrecht”, *Rabels Z.*, 2012., pp. 439-440. S. Leible, “Der räumliche-persönliche Anwendungsbereich des gemeinsamen Europäischen Kaufrechts”, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? (Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011)*, Remien/Herrler/Limmer Hrsg., Munich, C.H. Beck, 2012, p. 26; P. Mankowski, *loc.cit.*, p. 102; C. Busch, “Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht”, *EuZW*, 2011/17, pp. 659-660.

¹⁰ M. Schmidt-Kessel, “Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung”, *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (Eine Analyse des Vorschlags der Kommission)*, Munich, Sellier, 2012, p. 39.

¹¹ *Anwendungsergänzende Funktion* en la terminología de J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, 1975, pp. 197-204.

¹² *Anwendungsbestimmende Funktion*, *ibid.*, pp. 184-197.

¹³ Vid. “A Step Further in a Long and Incremental Process: The Feasibility Study if the Expert Group on European Contract Law”, *Towards a European Contract Law* (R. Schulze y J. Stuyck eds.), Munich, Sellier, 2011, pp. 173, 175. Vid. también las reservas de H.W. Micklitz, *op.cit.*, pp. 181, 185.

medida en que afirma la concurrencia con las normas de origen comunitario que regulan el comercio electrónico¹⁴. En efecto, el CESL es parte del acervo comunitario¹⁵, e interactúa con el Derecho derivado en el ámbito interpretativo reclamando una interpretación conforme, pero lo cierto es que no se ha diseñado con claridad las relaciones o compatibilidad de la CESL con el Derecho derivado comunitario en materia de protección de consumidores, como luego precisaremos. Por lo demás, la falta de coherencia conceptual y formal entre la CESL y el acervo comunitario, especialmente en materia de protección de consumidores, hace muy complicado el recurso al Derecho derivado comunitario en su función interpretativa¹⁶.

4. Un diálogo entre fuentes “peculiar”

Como hemos visto, el diálogo más fluido se produce, sin duda, entre la CESL y el Reglamento “Roma I”. *A priori* podría pensarse que la suerte de la CESL depende del Reglamento “Roma I”, pues requiere que la *lex causae* determinada por sus normas de conflicto se la ley de un Estado miembro, pero ya hemos visto que esta relación es de sacrificio mutuo, pues la CESL una vez que se encarna tras la determinación de la ley aplicable va devorando algunas de las disposiciones del Reglamento “Roma I”, como el artículo 9 o el artículo 6.2º.

La CESL también dialoga, o al menos lo intenta, con el Reglamento “Roma II”. El capítulo 2 de la Parte II (arts. 13-29) se refiere a la información precontractual que el comerciante debe facilitar al consumidor y a la responsabilidad por incumplir estas exigencias en los tratos o negociaciones previas a la celebración del contrato. Se trata de una cuestión sujeta a la regla del artículo 12 del Reglamento “Roma II”. La remisión por el artículo 12.1 del Reglamento Roma II a la ley del contrato minimiza los problemas, en la medida en que la sujeción del contrato a la ley de un Estado miembro y la opción por el régimen de la CESL implicaría la aplicación directa de estas normas. Sin embargo, la propia reglamentación de la CESL (art. 11 PCESL) autolimita la aplicación de los arts 13 a 29 CESL al hecho de que el contrato se haya celebrado efectivamente, mientras que el art. 12 del Reglamento Roma II rige independientemente de que el contrato llegue o no a perfeccionarse. En consecuencia, la responsabilidad precontractual si el contrato no llega a celebrarse derivada del incumplimiento de los arts. 13 a 29 CESL quedaría regida por el Derecho nacional aplicable en virtud del artículo 12 del reglamento Roma II, lo que podría suscitar la duda de si el art. 11 PCESL supone una limitación del ámbito de aplicación de la CESL o una mera delimitación de los supuestos de aplicación de los arts. 13 a 29; en este último caso, la cuestión controvertida estaría sujeta al ámbito de aplicación de la CESL, pero no regulada, y conforme a la regla de interpretación del art. 4 dicha laguna

¹⁴ Pág. 6.

¹⁵ *Vid.* en este sentido las reflexiones de M. Schmidt-Kessel, “Der Vorschlag...”, *loc.cit., op.cit.*, pp. 15-21.

¹⁶ *Vid.* en este sentido B. Gsell, “Der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und die Problematik seiner Lücken”, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? (Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011)*, Remien/Herrler/Limmer Hrsg., Munich, C.H. Beck, 2012, pp. 151- 153.

debería resolverse conforme a los propios principios de la CESL sin referencia a los Derechos nacionales¹⁷.

En las relaciones B2B se plantea asimismo un diálogo curioso con el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CESL) con resbalones en la torre de Babel. Conviene recordar que sólo cuatro Estados miembros (Reino Unido, Irlanda, Portugal y Malta) no son parte en el CISG. Existen diferencias relevantes entre ambas reglamentaciones, por lo que la aplicación de una u otra no es asunto baladí. La cuestión crucial es si un *opting in* por la CESL implica un *opting out* por el CISG. Parece que lo más lógico es interpretar que así es, y de esta forma lo sugiere, aunque en condicional, el considerando 25º PCESL en sus distintas versiones lingüísticas, con excepción del español¹⁸. Sin embargo, el Convenio de Viena requiere un *opting out* explícito en aquellos Estados que hayan limitado la eficacia del artículo 11 CISG en virtud de la reserva diseñada en los artículos 12 y 96 CISG, circunstancia que suele olvidarse. Por lo demás, como avanzábamos, la versión en español del considerando 25º PCESL dice justamente lo contrario que el resto: “[C]uando sea aplicable a un contrato la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la elección de la normativa común de compraventa europea debe requerir un acuerdo de las partes contratantes para excluir la aplicación de dicha Convención”. Sea como fuere, si la elección de la CESL implica una exclusión del CISG no es algo que pueda decidir el legislador europeo, pues finalmente es una cuestión de interpretación del art. 6 CISG¹⁹ que debe realizarse de conformidad con sus propios mecanismos, sobre la que, por cierto, suelen discrepar los tribunales norteamericanos.

No se agotan aquí los diálogos posibles de la CESL con otros instrumentos. En el ámbito de la ley aplicable, en algunos Estados miembros la determinación de su aplicación no sólo va a depender de que la *lex contractus* sea la de un Estado miembro de conformidad con el Reglamento “Roma I”. La compatibilidad garantizada por el art. 25.1 del Reglamento “Roma I” con el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, en vigor en Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Suecia y otros Estados no miembros, exige en tales países tener en cuenta sus normas de conflicto para determinar si la ley aplicable es la de un Estado miembro y, en consecuencia, la elección de la ley aplicable es

¹⁷ Vid. M. Schmidt-Kessel, “Anwendungsbereich...”, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 38; S. Whittaker, “The Optional Instrument of European Contract law”, *ERCL*, 2011/3, pp. 396-397; C. Wendehorst, “Article 11 RegCESL”, *Common European Sales Law (Commentary CESL)*, ed. por R. Schulze, Ch. Beck/Hart/Nomos, 2012, pp. 71-72.

¹⁸ Lo que induce comprensiblemente al riesgo interpretaciones incorrectas: *vid.* E. Fernández Masiá, “Optando por la Normativa Común de Compraventa Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, junio 2012, p. 17.

¹⁹ Vid. M. Hesselink, “How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation”, *ERPL*, 2012/1, pp. 201-202; N. Kornet, “The Common European Sales Law and the CISG – Complicating or Simplifying the Legal Environment?”, *Maastricht European Private Law Institute (Working Paper No. 2012/4)*, <<http://ssrn.com/abstract=2012310>>, p. 7.

efectiva. Los resultados pueden ser casi cómicos: un vendedor situado en Noruega puede vender un producto a un comprador situado en España y someter dicho contrato a las reglas CESL, lo cual a los ojos de un tribunal español será inefectivo, pues en defecto de elección, la ley aplicable sería la noruega [art. 4.1 a) Reglamento “Roma I”]. En ese mismo caso —pongamos que el comprador resida en Francia—, para un juez francés la ley aplicable sería la ley del comprador, si el encargo se hizo por él en el país de su residencia, en Francia (art. 3.II del Convenio de La Haya), y en consecuencia la ley aplicable sería la de un Estado miembro y la elección de la CESL plenamente eficaz. Desde luego, es una forma muy original de armonizar para conseguir un funcionamiento armónico del mercado interior, con grandes dosis de previsibilidad y seguridad jurídica.

5. El acervo comunitario

Como señalamos, la relación de la CESL con el acervo comunitario es controvertida y áspera²⁰. La Comunicación de la Comisión parece querer delimitar la cuestión sobre la base de reservar el acervo comunitario a las situaciones puramente internas y contemplar la CESL como un texto separado circunscrito a las situaciones transfronterizas²¹. La realidad, sin embargo, es más tozuda: por definición (art. 4 PCESL) la CESL se aplica a supuestos transfronterizos que caen con facilidad dentro del ámbito de aplicación espacial de las directivas comunitarias, conforme a las reglas jurisprudenciales y legales existentes, por concurrir una conexión estrecha con el territorio comunitario²². Es más, si se toma en consideración, por ejemplo, el párrafo primero del artículo 25 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, resulta clara la prevalencia de la aplicación de las reglas del acervo comunitario sobre las normas de la CESL. Dicho precepto, cuyo epígrafe es “*carácter imperativo de la Directiva*” advierte que “[s]i la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva”. En consecuencia, la elección por el consumidor de la CESL no podría excluir por completo el Derecho autónomo o nacional alternativo, por cuanto sus normas de transposición de la Directiva son irrenunciables. Sin embargo, al igual que ocurre con el juego de las normas imperativas, la doctrina insiste en que en el caso de la CESL se trata de disposiciones legales en materia de consumidores que emanan de un reglamento comunitario y se amparan en el criterio de la primacía y el carácter legal de sus disposiciones, que desplazarían las normas imperativas de protección del consumidor emanadas de las directivas de igual forma

²⁰ Vid. las reflexiones al respecto de M. Stürner, “Das Verhältnis...”, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 72-74; y de C Herresthal, “Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach der Vorschlag der Kaufrechts-Verordnung”, *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2012, pp. 88-90.

²¹ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Normativa Común de Compraventa Europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el Mercado Único”, COM 2001, 636 final.

²² Vid. K. Riesenhuber, “Des Vorschlag...”, p. 11.

que si fueran de fuente interna²³. Como gráficamente refiere C. Busch, un *opt-in* relativo a la CESL implica un *opt-out* acerca de las normas protectoras tanto internas como europeas vigentes en los Estados miembros²⁴, y debe tenerse en cuenta que existen supuestos en que el acervo es más tuitivo que la CESL, y nada impide que pueda serlo aún más en el futuro²⁵. Sin embargo, es posible anticipar una bifurcación en la tendencia de política legislativa que habilitaría una creciente protección en el ámbito interno y una protección congelada en el ámbito transfronterizo, diversidad que difícilmente cabe encajar en una política cabal de armonización de legislaciones mediatizada por las exigencias del Mercado Único, cuya natural tendencia es justamente la contraria, es decir, procurar tendencialmente el mismo grado de protección del consumidor en los supuestos internos y transfronterizos.

III. Legislando para un consumidor hercúleo

1. El consumidor ha de ser experto en geografía y tener nociones en investigación policíaca

Dejando un poco de lado las relaciones B2B, con un fin puramente ejemplificativo, podríamos detenernos en las cualidades que debería tener un consumidor residente en la UE²⁶ que se encuentra en la tesitura de confirmar que acepta la sujeción de su contrato a la CESL —cosa que por su marchamo “europeo” seguramente le produce cierta confianza—, a menudo en la soledad ante la pantalla del ordenador, mientras su dedo vacila en activar el “click” del ratón. Debe, en primer lugar, hacerse una serie de preguntas muy sencillas de índole geográfica, a fin de evaluar si ese gesto tiene o no alguna relevancia, a saber:

- a) ¿Este es un supuesto puramente interno? Porque si lo es, la sujeción a la CESL sólo es efectiva si mi país ha hecho la extensión a que se refiere el artículo 13 a). En otro caso, no tiene más valor que una incorporación por referencia y puede ser contradicha por las normas internas de mi desgraciado país.

²³ Vid. por ejemplo las reflexiones de J. Basedow para impugnar los argumentos de S. Whittaker (*loc.cit., passim.*) que mantienen la contradicción de la CESL con la Directiva 93/13 en relación con la licitud de la propia cláusula de *opting in*, sobre la base del carácter legal y no contractual de la regulación de la cláusula: “The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms – A Reply to Simon Whittaker”, *ERCL*, 2012/1, pp. 82-87.

²⁴ *Loc.cit.*, p. 660.

²⁵ Así, R. Feltkamp y F. Vanbosselle ponen en entredicho que la CESL suponga en todo caso una mejora de los remedios por incumplimiento de que disponer el consumidor, en particular por la imprecisión de algunos conceptos y cláusulas generales de las que abusa la CESL, la limitación de algunos derechos en caso de no conformidad con la mercancía y las lagunas acerca de los mecanismos de prueba, queja y reparación (*vid. “The Optional Common European Sales Law: Better Buyer’s Remedies for Seller’s Non-performance in Sales of Goods?”*. *ERPL*, 2011/6, pp. 873-905). Otro ejemplo podría ser la reducción generalizada al plazo de dos años de la prescripción, que conforme al Derecho derivado comunitario puede ser más generosa en cierto tipo de acciones: *vid.* H.W. Micklitz y N. Reich, *loc.cit.*, p. 84.

²⁶ Esto no quiere decir que los consumidores ubicados fuera de la UE no puedan “beneficiarse” de estos bellos ejercicios intelectuales, puesto que la CESL les puede ser asimismo aplicable, pero como ni siquiera lo sospechan, parece más conveniente dejarlos en paz.

- b) ¿El vendedor o proveedor tiene su residencia en un país distinto al mío, sea o no miembro de la UE? En realidad basta con que la residencia del comerciante difiera de la indicada por el consumidor, de la dirección de entrega o de facturación, y que cualquiera de ellas se encuentre en un Estado miembro. La elección de la CESL será efectiva. Otra cosa es que la averiguación de la “administración central” o lugar de ejercicio de la “actividad principal” del comerciante (art. 4 PCESL), no ya por la indefinición del concepto, sino por la dificultad de precisarlo en operaciones, por ejemplo, de comercio electrónico, pero acaso no debamos minusvalorar las dotes policiales del consumidor.

2. El consumidor ha de ser experto en Derecho internacional privado y en Derecho contractual comparado

Cuando el consumidor acepta elegir la normativa CESL, y quiere saber si en verdad esa elección es efectiva, debe analizar, en primer lugar, si su contrato de consumo está incluido en el artículo 6 o, como si fuera una PYME, cae bajo las normas de conflicto generales del Reglamento “Roma I”.

En el primer caso, el consumidor tiene que buscar si hay una norma de elección de ley aplicable (art. 6.1º). Si esta norma designa la ley de un tercer Estado, en principio la elección de la CESL sería inefectiva, aunque si él reside en un Estado miembro, podría muy razonablemente preguntarse si dicha elección no estaría limitada por la CESL como norma más tuitiva de su residencia habitual e, incluso, si al haber elegido la CESL no ha coartado la posibilidad de que fueran aplicables normas internas más tuitivas de la ley de su residencia habitual. Esperemos que este embrollado supuesto no sea el caso, y encuentre una cláusula de elección de la ley de un Estado miembro. En tal caso la elección de la CESL sería efectiva, pero puede lamentarse de que no le asistan cualesquiera normas más tuitivas contenidas en la legislación interna de su residencia habitual. Algunos lo lamentarán²⁷. Si no encuentra ninguna norma de elección de la ley aplicable, el consumidor comunitario sabe que la ley aplicable en defecto de elección será la de su residencia habitual que, al estar en un Estado miembro, implica la plena

²⁷ Semejante “*social dumping*” ya había sido advertido por algunos autores: H. Muir Watt y R. Sefton-Green, “Fitting the Frame: an Optional Instrument, Party Choice and Mandatory/Default Rules”, *European Contract Law after the Common Frame of Reference* (ed. H.-W. Micklitz y F. Cafaggi), Northampton, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 210; J. W. Rutgers, “An Optional Instrument and Social Dumping”, *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 210-211. J. W. Rutgers, “An Optional Instrument and Social Dumping Revisited”, *European Review of Contract*, 2011, pp. 350-359. De hecho, como confiesa la Comisión, el objetivo de la CESL era evitar los costes que supone para los comerciantes la protección brindada por el art. 6.2º del Reglamento “Roma I”, a cambio de una información diligente al consumidor: *Vid.* “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Normativa Común de Compraventa Europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el Mercado Único”, COM 2001, 636 final, p. 5. Este deber de información, concebido como contrapartida del levantamiento de la protección contemplada en el art. 6.2º, una vez analizado en detalle, simplemente “no sirve razonablemente para nada” (*vid.* el demoleedor análisis y la terminante conclusión de K. Riesenhuber, “Information über die Verwendung des Gemeinsames Europäischen Kaufrechts (Gedanken zum Harmonisierungskonzept)”, *GPR*, 2012/1, pp. 2-6, compartida por S. Whittaker, *loc.cit.*, pp. 387-392).

aplicación de la CESL elegida. Ya hemos dicho que al consumidor no residente en un Estado miembro lo hemos abandonado a suerte...

Si el contrato no está protegido por el artículo 6, el consumidor, que será más activo y avisado, lo tiene fácil: si han elegido como ley aplicable la ley de un Estado no miembro (art. 3 del Reglamento “Roma I”), la CESL pasa a ser una vulgar incorporación por referencia, vulnerable a las cláusulas individualizadas y a las normas contrarias de la ley nacional elegida. Lo mismo ocurre, en defecto de elección, si el vendedor está establecido en un Estado no miembro (art. 4 del Reglamento “Roma I”). Si el vendedor está establecido en territorio comunitario, para lo cual utilizará las ya mentadas habilidades policiales, sobre todo en el comercio electrónico, ya sabe que su CESL es plenamente eficaz, al igual que si la ley elegida es la de un Estado miembro.

Es verdad que los consumidores residentes en Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Suecia lo tienen más crudo, pues deben tener en consideración, si pretenden litigar en sus propios países, el eventual juego del Convenio de La Haya de 1955 ya mencionado, pero nosotros somos españoles y esos convenios raros sólo los tenemos en caso accidentes de circulación por carretera y responsabilidad por productos frente a no contratantes directos...

Se le puede plantear al consumidor —no se lo deseamos— cuál es la responsabilidad si el vendedor ha incumplido las obligaciones de información a tenor de los artículos 12 a 29 CESL, si han escogido dicha reglamentación. En realidad, primero tendrá que tener en cuenta si la responsabilidad negocial se rige por la ley de un Estado miembro de conformidad con el art. 12 del Reglamento “Roma II”. Afortunadamente, dicha ley es la *lex contractus* prospectiva, por lo que bastaría que regresara al Reglamento “Roma I” para ver si la ley aplicable es la elegida en el contrato o, en su defecto, la ley del vendedor o la ley de su propia residencia, según que el contrato pueda enmarcarse respectivamente en los arts. 4 o 6 del Reglamento “Roma I”. Si dicha ley no es la de un Estado miembro, ya sabe el consumidor que la elección de la CESL no tiene eficacia, y que será considerada como una mera incorporación por referencia, con lo que su protección puede ser muy relativa, especialmente en aquellos sistemas comparados poco proclives a reconocer la *culpa in contrahendo*. Si la ley rectora de la responsabilidad precontractual es la de un Estado miembro, el consumidor poco informado entenderá que tiene a su favor la aplicación imperativa de las reglas CESL reseñadas. Olvida, sin embargo, que la aplicación de la *lex contractus* está siendo simplemente prospectiva, y que es posible que el contrato no haya llegado siquiera a celebrarse. Si el contrato se ha celebrado —cosa que en principio regirán las propias reglas de la CESL si la ley que sería aplicable al contrato es la de un Estado miembro conforme a las reglas conflictuales del reglamento “Roma I”, incluyendo el art. 10—, las normas materiales que rigen la responsabilidad precontractual son las contenidas en la CESL; pero si el contrato no ha llegado a celebrarse —porque así lo diga la propia CESL por lo dicho en el anterior inciso—, por mor del art. 11 PCESL se aplicarán las normas materiales de la ley interna del Estado miembro designado por el artículo 12 del Reglamento “Roma II”, pues este sí se aplica “con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente”. Tras estas sencillas comprobaciones, el consumidor ya tendrá claro al aceptar la CESL el alcance de esta decisión. Obviamente, será imbécil si piensa que por elegir la CESL realmente se le va a aplicar únicamente

porque la hayan elegido las partes; y si no tiene en cuenta todas las variables citadas, es justo que su estulticia sea condenada con una sorpresiva desprotección, por ejemplo, conforme a las reglas materiales internas de la *lex contractus* de un Estado miembro o de un tercer Estado.

No quiero descorazonar al consumidor con los problemas que debe atender acerca de las lagunas externas o internas. Ya tiene suficiente.

IV. Conclusiones

En términos de seguridad jurídica, creo que la previsibilidad en la elección de la CESL está al alcance de cualquier consumidor que sea experto en Derecho internacional privado, con algunos conocimientos en Derecho de contratos y de daños, y no desprovisto del todo de habilidades policiales y conciencia geográfica. No debería extrañar, si las normas están redactadas por quienes son sus destinatarios naturales, pero acaso descender a la realidad de la vida sea un ejercicio sano cuando la mente está oscurecida por los laureles de la Academia. Haría falta que un esclavo les pusiera la corona de laureles susurrándole al legislador comunitario que sólo es “un hombre”. Por fortuna, Alegría Borrás nunca tuvo necesidad de descender el Olimpo profesoral o legislativo, porque en su quehacer profesional jamás perdió la referencia impuesta por las necesidades reales, y su sentido común en los foros en que se cuece el Derecho internacional privado en Europa y más allá sigue siendo imprescindible: es de desear que los hados le concedan larga vida y que la siga empleando en tales menesteres. Amén.