

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XI



Iprolex
2011

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesora Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho
internacional privado
Facultad de Derecho, Universidad Complutense
Ciudad Universitaria
28040 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 394 55 92
Fax: (34) 91 394 55 37
patricia.orejudo@der.ucm.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa

ISSN: 1578-3138

Depósito Legal: M-30684-2000

Impreso en España

Director

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid, *Asociado del Institut
de Droit International*

Comité científico

Bertrand Ancel
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Tito Ballarino
Professore ordinario di diritto internazionale
dell'Università di Padova

Jürgen Basedow
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht (Hamburgo)

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Barcelona

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Juan Antonio Carrillo Salcedo
Catedrático de Derecho internacional público
de la Universidad de Sevilla

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

Rui M. de Gens Moura Ramos
Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

Leonel Perezniето Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Evelio Verdera y Tuells
Profesor Emérito de Derecho mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de redacción

Santiago Álvarez González (Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela); **Juan José Álvarez Rubio** (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Prof.ssa Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Catedrática habilitada, Universidad de Santiago de Compostela); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de la Universidad de Oviedo); **Paul Torremans** (Professor of Law, University of Nottingham).

Secretaria

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense

Redactores

Elena Artuch Iriberry (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); **M^a Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional), **Ángel Espiniella Menéndez** (Profesor titular de la Universidad de Oviedo); **Fernando Esteban de la Rosa** (Profesor titular de la Universidad de Granada); **Victor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Katia Fach Gómez** (Profesora titular de la Universidad de Zaragoza); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Pilar Jiménez Blanco** (Profesora titular de la Universidad de Oviedo), **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **José Hernán Muriel Ciceri** (Profesor investigador, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá); **Cristian Oró Martínez** (Investigador Postdoctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Carmen Otero García-Castrillón** (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica*

Paloma Abarca Junco (Catedrática de la Uned); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo M^a Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose M^a De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **M^a Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **José Luis Iglesias Buhigues** (Prodesor emérito de la Universidad de Valencia); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **Antonio Ortiz-Arce de la Fuente** (Profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Magistrada del Tribunal Constitucional); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

Colaboran en el presente tomo

Santiago Álvarez González	Yuriko Haga
Juan José Álvarez Rubio	Iván Heredia Cervantes
Vésela Andreeva Andreeva	Constanza Honorati
Beatriz Añoveros Terradas	Pilar Jiménez Blanco
Rafael Arenas García	Raúl Lafuente Sánchez
Justyna Balcarczyk	Javier Maseda Rodríguez
Alegría Borrás	Manuel Medina Ortega
Olivera Boskovic	Miguel Ángel Michinel Álvarez
Gilberto Boutin I.	Eva Inés Obergfell
Janeen M. Carruthers	Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Clara Isabel Cordero Álvarez	Cristian Oró Martínez
Sabine Corneloup	Carmen Otero García–Castrillón
M^a Victoria Cuartero Rubio	José Ignacio Paredes Pérez
Pedro Alberto De Miguel Asensio	Ramón Santiago Paz Lamela
Manuel Desantes Real	Paola Piroddi
Pilar Diago Diago	Elena Rodríguez Pineau
Bélich Elbalti	Isabel Rodríguez–Uría Suárez
María Jesús Elvira Benayas	Dario Sandoval Shaik
José María Espinar Vicente	Sara Sánchez Fernández
Ángel Espiniella Menéndez	Sixto A. Sánchez Lorenzo
Ana Fernández Pérez	Kazım Sedat Sirmen
José Carlos Fernández Rozas	Zeynep Derya Tarman
Josep M. Fontanellas Morell	Elisa Torralbal Mendiola
Victor Fuentes Camacho	Benedetta Ubertazzi
Josep M. Fontanellas Morell	Antonio José Valencia Mirón
Albert Font i Segura	Carmen Vaquero López
Federico F. Garau Sobrino	José Manuel Velasco Retamosa
Francisco Javier Garcimartín Alférez	Michael Wilderspin
Miquel Gardeñes Santiago	Anna Wysocka
Pablo Garrido Cardozo	Nicolás Zambrana Tebar
Montserrat Guzmán Peces	Wenliang Zhang

SUMARIO

	Pág.
<i>ESTUDIOS</i>	
Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRI- VADO	35-61
Sabine CORNELOUP ROMA II Y EL DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS: EL EJEMPLO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA VIOLACION DE LAS OBLIGACIO- NES DE INFORMACION	63-87
Juan José ÁLVAREZ RUBIO JURISDICCIÓN, COMPETENTE Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE DIFA- MACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ...	89-118
Pilar JIMÉNEZ BLANCO ACCIONES DE CESACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS TRANSFRONTERIZAS	119-146
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ PROBLEMAS DE LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS	147-166
Elisa TORRALBA MENDIOLA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DIFAMACIÓN: UNA PROPUESTA A PROPÓSITO DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRU- DENCIA DEL TJUE	167-184
Crístian ORÓ MARTÍNEZ LAS ACCIONES DECLARATIVAS NEGATIVAS Y EL ART. 5.3º DEL REGLA- MENTO BRUSELAS I	185-206
Constanza HONORATI MEDIDAS PROVISIONALES Y REVISIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I: UNA OPORTUNIDAD PÉRDIDA PARA MEJORAR LA REGULACIÓN	207-227

Bélig ELBALTI	
ARMONIZACIÓN ESPONTÁNEA DE LOS REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS Y LA NECESIDAD DE UN CONVENIO GLOBAL SOBRE DECISIONES JUDICIALES	229–268
Paola PIRODDI	
COMPUTACIÓN EN LA NUBE Y DERECHO APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA UNIÓN EUROPEA	269–308
Yuriko HAGA	
LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS MORALES: ¿ES POSIBLE UN ENFOQUE COMO “DERECHOS DE LA PERSONALIDAD”?	309–333
Sara SÁNCHEZ FERNÁNDEZ	
MERCADO DE VALORES Y RESPONSABILIDAD CIVIL: MODELOS NORMATIVOS	335–367
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	
LAS LEGÍTIMAS EN EL REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES Y TESTAMENTOS	369–406
Eva Inés OBERGFELL	
LA LIBRE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE SUCESIONES: UNA PERSPECTIVA DESDE ALEMANIA	407–414
Iván HEREDIA CERVANTES	
<i>LEX SUCCESSIONIS</i> Y <i>LEX REI SITAE</i> EN EL REGLAMENTO DE SUCESIONES	415–445
Ramón Santiago PAZ LAMELA	
LA EXCLUSIÓN DE LOS <i>TRUSTS</i> DEL FUTURO REGLAMENTO “BRUSELAS/ROMA IV”	447–464
Josep M. FONTANELLAS MORELL	
LAS DONACIONES <i>MORTIS CAUSA</i> ANTE LA REGLAMENTACIÓN COMUNITARIA DE LAS SUCESIONES.....	465–484
José María ESPINAR VICENTE	
LA LEY 20/2011 DE REGISTRO CIVIL Y LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EXTRANJERA COMO TÍTULO DE INSCRIPCIÓN	485–525
Michael WILDERSPIN	
DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA: EN PARTICULAR, LA SUSTRACCIÓN DE MENORES	527–558

Janeen M. CARRUTHERS	
REUBICACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL: LA RECIENTE EXPERIENCIA BRITÁNICA	559-588
José Ignacio PAREDES PÉREZ	
ESPACIOS DE DESENCUENTRO ENTRE LOS MÉTODOS DE RECONOCI- MIENTO Y EL MÉTODO BILATERAL (UNA LECTURA DESDE DE LA PERSPECTIVA DEL ESTATUTO FAMILIAR)	589-619
 <i>VARIA</i>	
Olivera BOSKOVIC	
LEY APLICABLE A LOS CIBERILÍCITOS	623-636
Justyna BALCARCZYK	
RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS SOBRE DIFAMACIÓN EN EUROPA Y EN ESTADOS UNIDOS	637-665
Zeynep Derya TARMAN	
LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TURCO	667-680
Pablo GARRIDO CARDOZO	
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL ¿ <i>LEX LOCI DELICTI</i> , <i>LEX LOCI DAMNI</i> O HAY UNA TERCERA VÍA? PERSPECTIVAS DESDE LA JURIS- PRUDENCIA URUGUAYA	681-694
Montserrat GUZMÁN PECES	
LA COORDINACIÓN DE NORMAS DE FUENTE INTERNACIONAL E INSTITU- CIONAL: LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS	695-716
María Jesús ELVIRA BENAYAS	
¿LA INFRACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA PUE- DE GENERAR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL?	717-725
Antonio José VALENCIA MIRÓN	
EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA: ALTERNATIVA DEL JUICIO VERBAL EN ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS	727-771
Wenliang ZHANG	
REFLEXIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD EN EL CONTEXTO	

DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN CHINA	773-799
Kazım Sedat SİRMEN	
EL RECONOCIMIENTO DE LAS RELACIONES ENTRE PERSONAS DEL MIS- MO SEXO EN PAÍSES QUE CARECEN DE REGULACIÓN SUSTANTIVA EN LA MATERIA: EL CASO DE TURQUÍA	801-810
Gilberto BOUTIN I.	
EL RÉGIMEN DE CAPITULACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO Y CONVENCIONAL	811-840

FOROS INTERNACIONALES

Alegría BORRÁS	
¿QUO VADIS, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?	843-856
Vésela ANDREEVA ANDREEVA	
LA REGLA PRIMA. ¿POR QUÉ RATIFICAR EL CONVENIO DE LA HAYA SO- BRE LA LEY APLICABLE A CIERTOS DERECHOS SOBRE VALORES DE- POSITADOS EN UN INTERMEDIARIO?	857-888
Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	
PRINCIPIOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PROPIE- DAD INTELLECTUAL	889-891
Principios sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual elabora- dos por el Grupo Europeo Max Planck sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual (CLIP) (Texto Final de 1 de diciembre de 2011)	892-906
Manuel MEDINA ORTEGA	
EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO	907-918
Anna WYSOCKA	
LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE LA EU SOBRE SUCESIONES	919-936
Elena RODRÍGUEZ PINEAU	
LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS: ALGU- NAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO	937-955

Carmen VAQUERO LÓPEZ COOPERACIÓN REFORZADA EN MATERIA DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN JUDICIAL: ¿UNA SOLUCIÓN MATERIALMENTE ORIENTADA HACIA LA LIBERTAD PERSONAL, LA IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES Y EL <i>FAVOR</i> <i>DIVORTII</i> ?	957-980
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2011- MAYO 2012	981-1000

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar (por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004)	1003
Reglamento (EU) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión	1004
Reglamento (UE) n° 977/2011 de la Comisión, de 3 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados)	1004
Reglamento de Ejecución (UE) n° 1142/2011 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2011, por el que se establecen los anexos X y XI del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos	1004

DIRECTIVAS

Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas	1005
Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2011 por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional	1006
Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)	1006
Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro	1007

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. II. La CESL como cuerpo de normas especiales dependientes. III. Condiciones adicionales de aplicación de la CESL. IV. Funciones del RR I: 1. Elección de la *lex contractus*: sistema de doble elección: A) Relaciones B2B; B) Relaciones B2C. 2. CESL y ley aplicable en defecto de elección: A) Relaciones B2B; B) Relaciones B2C. 3. Función interpretativa y función integrativa de la CESL como *lex contractus*. 4. CESL y normas imperativas. V. Conclusiones

RESUMEN: 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) introduce una reglamentación material para algunas compraventas transfronterizas que no desplaza la aplicación de las normas de conflicto (en particular de las contenidas de los Reglamentos Roma I y Roma II). Al contrario, el instrumento opcional contenido en la Propuesta de Reglamento (CESL) presupone la aplicación de la ley de un Estado miembro, como *lex contractus*. Una vez escogida por las partes, la CESL desplaza a las normas internas sobre compraventa de la ley del Estado miembro. Esta opción del legislador comunitario plantea numerosos problemas e interrogantes acerca de las relaciones entre la CESL y las normas de Derecho internacional privado y en torno a su coexistencia con otros convenios internacionales y el propio acervo comunitario. El análisis de estas relaciones es el objeto del presente estudio, que permite concluir con una valoración negativa de la competitividad internacional de este nuevo instrumento comunitario.

PALABRAS CLAVE: COMPRAVENTA EUROPEA – DERECHO APLICABLE – CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES – CONTRATOS MERCANTILES – DERECHO UNIFORME – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

ABSTRACT: *The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law of 11 October 2011 (PCEsl) introduces a substantive regulation for some cross-border sales contracts that does not displace the application of conflict-of-laws rules (especially those included in “Rome I” and “Rome II” Regulations). On the contrary, the optional instrument included in the Proposal (CESL) presupposes the application of the law of a Member State as lex contractus. Once the parties have chosen the CESL, this regime prevails over the internal rules on sales contracts of the law of that Member State. The formula used by the European legislator gives rise to many concerns and questions about the relationships between the CESL and the conflict-of-laws rules and about its cohabitation with other international conventions and the European acquis itself. The*

analysis of these relationships is the subject of this article, which concludes with a negative assessment on the international competitiveness of the new European instrument.

KEYWORDS: EUROPEAN SALES – APPLICABLE LAW – CONSUMER CONTRACTS – COMMERCIAL CONTRACTS – UNIFORM LAW – CONFLICT OF LAWS.

I. Introducción

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 el modesto rédito de decenios de incesante actividad para progresar en la unificación del Derecho privado europeo. Este instrumento facultativo² (art. 3), limitado a algunos tipos contractuales de carácter estrictamente transfronterizo, parece ser la única opción factible, que deja en muy poco las esperanzas del Parlamento Europeo, y de líderes como Ch. Von Bar, que en su día se aventuraron a fijar en el año 2010 el horizonte de un Código civil europeo. Un corto viaje, desde luego, para tantas alforjas, aunque el futuro dirá si una normativa común de compraventa europea (CESL) es solo un hito que anuncia logros más ambiciosos.

Por el momento, es una propuesta que requiere atención, que plantea numerosos interrogantes y que se aplica exclusivamente a las situaciones que son objeto del Derecho internacional privado. Por tal razón, conviene que su alcance y su contenido sea abordado, desde el principio, bajo la óptica del Derecho internacional privado y en relación con los propios instrumentos ya vigentes del Derecho internacional privado europeo, en particular el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I). A este objetivo se dedican las reflexiones que siguen.

II. La CESL como un cuerpo de normas especiales dependientes

Las normas materiales contenidas en el Anexo I (CESL) de la PCESL, como técnica normativa de Derecho internacional privado, encajan a la perfección dentro de la categoría de “normas materiales especiales”³. Dan una respuesta

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

² El carácter funcional o facultativo es una idea esencial del Proyecto de Reglamento que va más allá de la técnica legislativa, pues revela un principio de libertad contractual que está en la base de la normativa y plantea problemas esenciales al vincularse a un ámbito de protección, como es especialmente el relativo a los contratos celebrados por los consumidores. *Vid.* M. Schmidt-Kessel, “Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung”, *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (Eine Analyse des Vorschlags der Kommission)*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 2–6.

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

directa y material a un supuesto de tráfico externo y están pensadas para la especialidad que introducen dichas situaciones, conteniendo el elemento transfronterizo como elemento indisociable de su ámbito de aplicación material (art. 4 PCESL). Se distinguen, además, en el hecho de que contienen una respuesta material diferenciada y distinta de la prevista en los sistemas nacionales para supuestos de tráfico interno⁴. Así se describe, con meridiana claridad, en la Exposición de Motivos del Proyecto: “La normativa común de compraventa europea será un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros”⁵.

Pero, en segundo término, las normas contenidas en la CESL no operan como normas materiales “independientes”, sino como normas “dependientes” de las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales⁶, esto es, del juego de las reglas del RR I. La Exposición de Motivos del PCESL lo deja muy claro desde un principio:

“Los Reglamentos Roma I y Roma II seguirán siendo aplicables y no se verán afectados por la propuesta. Seguirá siendo necesario determinar la ley aplicable a los contratos transfronterizos, lo que se hará en el marco del funcionamiento normal del RR I.

(...) Cuando las partes hayan acordado utilizar la normativa común de compraventa europea, sus normas serán las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación. Cuando una cuestión tenga cabida en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea, no existe pues margen para la aplicación de ninguna otra norma nacional. Este acuerdo para la utilización de la normativa común de compraventa europea supone elegir entre dos *corpus* diferentes de Derecho de compraventa dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, no equivale a la anterior elección de la ley aplicable a tenor de las normas de Derecho internacional privado ni debe confundirse con ella”⁷.

En cierto sentido, pues, la PCESL contempla, como criterio de aplicación especial, una fórmula similar a la contenida en el art. 1.1º.b) CISG⁸, pero no

⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2011, p. 127.

⁵ PCESL, p. 7.

⁶ Sobre esta distinción *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 127–128.

⁷ PCESL, pp. 6–7. Y lo reitera en el considerando 10: “El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) nº 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al 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 [Reglamento (CE) nº 864/2007], o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes. Por tanto, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no equivale a, ni debe confundirse con, la elección de la ley aplicable a tenor de las normas sobre conflicto de leyes, y ha de entenderse sin perjuicio de ellas. El presente Reglamento no afectará pues a ninguna de las normas en materia de conflicto de leyes en vigor”.

⁸ Dicho sea de paso, resulta sumamente desafortunada la referencia contenida en la Exposición de Motivos del PCESL a las condiciones de aplicación del CISG: “A nivel internacional, la Convención de

habilita el supuesto de aplicación directa del art. 1.1º.a), a lo que se añade la diferencia de que su incorporación al contrato exige un *opting in*, mientras que el CISG contempla un *opting out*. En resumidas cuentas, la CESL sólo resulta de aplicación en aquellos casos en que resulte aplicable, *qua lex contractus*, la ley de un Estado miembro parte del Reglamento. En tal caso, la delimitación de las normas materiales aplicables puede llevar a una dicotomía: la aplicación normal de las normas materiales de ese Estado o, si las partes lo deciden así, las reglas especiales de la CESL⁹.

Por otra parte, las reglas contenidas en la CESL plantean problemas de interacción no solo con el RR I, sino también con el Reglamento Roma II (RR II). Así, nada menos que todo 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. En realidad, se trata de una cuestión excluida del ámbito de aplicación del RR I [art. 1.2º i)] y, en consecuencia, de la eventual *lex contractus* de un Estado miembro, y abarcada por la regla del art. 12 RR II. La remisión por el art. 12.1º RR 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 RR 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 art. 12 RR 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 CESL dicha laguna debería resolverse conforme a los propios principios de la CESL sin referencia a los Derechos nacionales¹⁰. Todo ello sin perjuicio de la forma en que la CESL puede condicionar la propia calificación como “extracontractual” de las obligaciones derivadas de los tratos

Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (la Convención de Viena) se aplica por defecto en aquellos casos en los que las partes no han decidido aplicar otra ley” (p. 6).

⁹ Vid. M. Schmidt-Kessel, “Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung”, *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (Eine Analyse des Vorschlags der Kommission)*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 36–43.

¹⁰ Vid. M. Schmidt-Kessel, “Anwendungsbereich...”, *loc. cit., op. cit.*, p. 38; S. Whittaker, “The Optional Instrument of European Contract law”, *European Rev. Contract L.*, 2011/3, pp. 396–397.

previos contempladas en la propia CESL y predeterminar, de esa forma, la propia aplicabilidad del RR II, en una interpretación estricta.

Consecuentemente, la PCESL no pone en práctica la posibilidad abierta por el cdo. 19º RR 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”. Como detallaremos a continuación, la selección por las partes de la reglamentación contenida en la CESL no tiene alcance “conflictual” ni, como indica la propia Exposición de Motivos, sustituye ni se solapa con la posibilidad que el art. 3 RR I ofrece de elegir la ley aplicable al contrato, que seguirá reduciéndose a una elección genérica de un Derecho nacional. Con todo, no deja de resultar sorprendente que, más allá de la Exposición de Motivos o de los Considerandos de la PCESL, ningún artículo del proyectado Reglamento establezca expresamente la dependencia de la aplicación de la normativa del hecho de que resulte aplicable la ley de un Estado miembro.

III. Condiciones adicionales de aplicación de la CESL

Como se ha indicado en el apartado anterior, la primera condición de aplicación de la CESL viene dada por el carácter dependiente de su normativa especial, esto es, por el hecho de que se trate de una operación transfronteriza y la *lex contractus* sea la ley de un Estado miembro. Abundaremos acerca de esta exigencia en el apartado siguiente.

Con todo, estos no son los únicos condicionantes espaciales de la aplicación de la CESL. En principio, su aplicación espacial no está circunscrita a operaciones intracomunitarias, sino que se extiende a ciertas operaciones extracomunitarias, si bien con una restricción: al menos una de las partes del contrato debe estar establecida en un Estado miembro¹¹. De conformidad con lo previsto en el art. 4 PCESL, en el caso de contratos entre comerciantes (B2B) el carácter trans-

¹¹ La Exposición de Motivos aclara: “Por último, la propuesta es coherente con la política de comercio internacional de la Unión, en cuanto que no discrimina a las partes de terceros países, que también pueden elegir la aplicación de la normativa común de compraventa europea siempre que una de las partes del contrato esté establecida en un Estado miembro” (p. 8). El cdo. 14 especifica: “La utilización de la normativa común de compraventa europea no debe circunscribirse a situaciones transfronterizas que impliquen únicamente a los Estados miembros, sino que también debe estar disponible para facilitar los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países. En caso de que intervengan consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, que supondría la elección de una ley extranjera para ellos, debe estar sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables”.

fronterizo se determina por la residencia o establecimiento¹² de las partes (o agencias o sucursales intervinientes) en Estados diferentes, debiendo radicar al menos uno de ellos en un Estado miembro. En el caso de los contratos celebrados por consumidores, basta que difiera de la residencia del comerciante la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación, refiriéndose cualquiera de las cuatro conexiones a un Estado miembro.

La base jurídica de la PCESL (art. 114 TFUE) es, en principio, poco acorde con el carácter opcional del instrumento¹³; 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 comunitario¹⁴; pero el cinismo competencial

¹² Para las personas jurídicas, el art. 4 especifica como criterio la administración central, mientras que se opta, para las personas físicas, por el lugar en que se ejerce la actividad principal.

¹³ Vid. particularmente Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, "Policy Options for Progress Towards a European Contract Law", *Rebels Z.*, 2011, pp. 388–396. En general la doctrina se decanta por la mayor procedencia de la base que proporciona el art. 352 TFUE, e incluso el art. 81 TFUE en razón de su limitación a las situaciones transfronterizas: Vid. H. Fleischer, "Optionales europäisches Privatrecht ('28. Modell')", *Rebels Z.*, 2012/2, pp. 243–244. M. Schmidt-Kessel, "Der Vorschlag...", *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 12–15; J.J. Kuipers, "The Legal Basis for a European Optional Instrument", *ERPL*, 2011/5, pp. 545–564. P.C. Müller-Graff, "Der Introitus des optionalen Europäischen Kaufrechts: Das erste Kapitel im Kontext von Kodifikationskonzept und Primärrecht", *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (Eine Analyse des Vorschlags der Kommission)*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 57–61; P.C. Müller-Graff, "Ein fakultatives europäisches Kaufrecht als Instrument der Marktordnung?", *Der Entwurf für eine optionales europäisches Kaufrecht*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 34–35; H.C. Grigolet, "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., Múnich, 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>>; H.W. Micklitz y N. Reich, "The Commission's Proposal of a Regulation for an Optional 'Common European Sales Law' – Too broad or not broad enough?", *EU Working Papers Law*, 2012/4, <[www.ssrn-id2013183\[1\].pdf](http://www.ssrn-id2013183[1].pdf)>, pp. 4–11; D. Staudenmayer, "Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht", *NJW*, 2011/48, pp. 3495–3496; 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.

¹⁴ "Esta solución tiene como objetivo el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Eliminaría los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales resultantes de las diferencias entre las normativas nacionales y, más en concreto, los costes de transacción adicionales y la complejidad jurídica que soportan los operadores cuando realizan operaciones transfronterizas y la falta de confianza en lo que respecta a sus propios derechos que sufren los consumidores al comprar en otro país de la UE, todo lo cual incide directamente en el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y limita la competencia" (PCESL, p. 10).

de la UE es sobradamente conocido para que perdamos más tiempo en los límites constitucionales del Derecho privado europeo. Sí conviene indicar que el art. 13 a) habilita a los Estados miembros a extender su eficacia, y, por lo tanto, su selección por las partes, a situaciones puramente internas.

El ámbito de aplicación material de la CESL se determina, de un lado, teniendo en cuenta los tipos de contratos cubiertos. Básicamente se trata de la compraventa de bienes –concepto este último precisado en el art. 2 h)–, el suministro de contenidos digitales y los contratos de servicios relacionados (art. 6). Quedan fuera los contratos mixtos y los vinculados a un crédito al consumo, aunque no lo de ejecución escalonada (art. 6). En segundo lugar, interesa la delimitación derivada de las limitaciones “personales”, de forma que se incluyen los contratos entre comerciante y consumidor (B2C) así como los contratos entre comerciantes, cuando uno de ellos es una pequeña o mediana empresa (PYME), tal y como aparece definida en la propia PCESL, en consonancia con la Recomendación 2003/361 de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas¹⁵ (art. 7 PCESL y considerando 21º)¹⁶. Los Estados miembros pueden extender su aplicación y, en consecuencia, reconocer la eficacia de su selección por las partes, en contratos entre comerciantes, aunque ninguno de ellos sea una PYME (art. 13 b PCESL).

El carácter facultativo de la CESL (art. 1) condiciona su aplicación, finalmente, a una elección positiva por las partes (*opting in*)¹⁷, que, como se ha dicho, no

¹⁵ DO L 124 de 20.5.2003, p. 36.

¹⁶ El carácter opcional del instrumento y su escaso atractivo desde el punto de vista de los intereses de los operadores comerciales desde luego justifican el pesimismo sobre sus opciones competitivas en el mercado de la elección del Derecho aplicable: *vid. v.gr.*, T. Achermann, “Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte?”, *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., Múnich, C.H. Beck, 2012, pp. 49–66.

¹⁷ Los considerandos 22º y 23º establecen los principios básicos que rigen dicha elección: “22: El acuerdo entre las partes contratantes es indispensable para la aplicación de la normativa común de compraventa europea. Dicho acuerdo debe estar sujeto a requisitos estrictos en las transacciones entre empresas y consumidores. En la práctica, como generalmente es el comerciante quien propone el uso de la normativa común de compraventa europea, los consumidores deben ser plenamente conscientes del hecho de que están aceptando utilizar disposiciones distintas de las de su legislación nacional en vigor. El consentimiento del consumidor respecto de la utilización de la normativa común de compraventa europea solo debe ser admisible, por tanto, si se expresa en forma de declaración explícita separada de la declaración por la que se manifiesta el acuerdo a la celebración del contrato. Por consiguiente, se ha de evitar que en las cláusulas del contrato que va a firmarse se proponga la utilización de la normativa común de compraventa europea, en particular como elemento de las cláusulas generales del comerciante. Este debe facilitar al consumidor la confirmación del acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea en un soporte duradero. 23: Además de ser una elección consciente, el consentimiento del consumidor con respecto a la utilización de la normativa común de compraventa europea ha de ser una elección bien fundada. Por consiguiente, el comerciante no solo ha de alertar al consumidor sobre el uso previsto de la normativa común de compraventa europea, sino que

entraña autonomía conflictual alguna, pues únicamente es efectiva si la ley aplicable al contrato, particularmente en aplicación del RR I, es la ley de un Estado miembro que ha incorporado la CESL. La opción por la CESL se somete a unas condiciones materiales contenidas básicamente en los arts. 8 y 9 PCESL, completadas, en su caso, con las normas sobre validez y formación del contrato de la propia reglamentación concernida. En particular, en el caso de contratos celebrados por consumidores, la elección será válida si se ha negociado individual y separadamente, e implica una elección integral (no parcial) de la reglamentación, debiendo cumplirse, además, las exigencias informativas contempladas en el art. 9.

IV. Función del RR I

1. Elección de la *lex contractus*: sistema de doble elección

A) Relaciones B2B

La Exposición de motivos de la PCESL insiste en la idea que avanzábamos más arriba, al calificar sus normas como “materiales especiales dependientes”:

“La propuesta establece un único corpus uniforme de normas de Derecho contractual plenamente armonizadas, incluidas normas de protección de los consumidores, en forma de una normativa común de compraventa europea, que ha de considerarse un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros disponible para las transacciones transfronterizas previo acuerdo válido de las partes. Este acuerdo no equivale a la elección de la ley aplicable a tenor de las normas de Derecho internacional privado ni debe confundirse con ella. En realidad, esta elección se realiza en el marco de una legislación nacional que es aplicable con arreglo a las normas de Derecho internacional privado”¹⁸.

En consecuencia, la elección por las partes de la CESL no garantiza su aplicación, en la medida en que dicha elección sólo resulta plenamente eficiente si la *lex contractus* es la ley de un Estado miembro. En otro caso, la elección de la CESL es ineficiente y no se producen las consecuencias contempladas en el art. 11 PCESL:

ha de facilitar además información sobre su naturaleza y sus principales características. Con el fin de facilitar esta labor a los comerciantes, evitando así cargas administrativas innecesarias, y de garantizar la coherencia en el nivel y la calidad de la información facilitada a los consumidores, los comerciantes deben facilitarles la ficha informativa estándar prevista en el presente Reglamento, y por lo tanto, fácilmente disponible en todas las lenguas oficiales de la Unión. Cuando no sea posible facilitar al consumidor dicha ficha, por ejemplo en el contexto de una llamada telefónica, o cuando el comerciante no haya facilitado la ficha informativa, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no debe ser vinculante para el consumidor hasta que este haya recibido la ficha informativa acompañada de la confirmación del acuerdo y haya expresado posteriormente su consentimiento”.

¹⁸ PCESL, p. 10.

“Cuando las partes hayan acordado validamente utilizar la normativa común de compraventa europea para regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas se regirán exclusivamente por dicha normativa. Siempre que el contrato se haya celebrado efectivamente, la normativa común de compraventa europea regirá igualmente el cumplimiento de los deberes en materia de información precontractual y los remedios en caso de incumplimiento”.

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 RR I designan la aplicación de la ley de un tercer Estado. Se ha señalado, con razón, que el juego de este sistema de “doble elección” puede generar inseguridad jurídica por la vía de desagradables sorpresas para las partes. Podemos imaginar un contrato celebrado entre un vendedor establecido en un tercer Estado y una PYME establecida en un Estado miembro, en que se acuerda la sujeción a la CESL sin una elección expresa de un Derecho nacional aplicable. En este caso, la ley aplicable de conformidad con el art. 4 a) RR I sería la ley del tercer Estado en que se encuentra establecido el vendedor y, en consecuencia, la elección de la CESL sería ineficaz, al menos en el sentido del art. 11 PCESL, quedando circunscrita a una mera incorporación por referencia, cuyas reglas podría exceptuar no sólo el Derecho nacional del tercer Estado aplicable, sino incluso las propias cláusulas negociadas individualmente que contradijeran las normas imperativas de la CESL.

Para sortear el pernicioso efecto reseñado, se ha propuesto la conveniencia de interpretar que una elección de la CESL implicara una elección tácita de la ley de un Estado miembro, de conformidad con el art. 3.1º RR I¹⁹. Podría parecer una opción razonable, pero encaja mal con la propia idiosincrasia, demasiado clásica y trasnochada, que se deduce del cdo. 13 del Reglamento y de su empeño de que las partes sólo puedan elegir la ley de un Estado, pues finalmente, la interpretación de una voluntad tácita requiere poder inferir una voluntad real de someterse a la Ley de un Estado concreto²⁰. Para llegar a seme-

¹⁹ Vid. la reflexión de G. Cuniberti en <http://conflictoflaws.net/2012/common-european-sales-law-and-third-state-sellers/> el 14 de febrero de 2012 y también en <http://conflictoflaws.net/2012/common-european-sales-law-third-states-and-consumers/> el 22 de febrero de 2012. Vid. también M. Fornasier, “28. versus 2. Regime –Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrecht”, *Rabels Z.*, 2012, p. 423; G. Rühl, “The Common European Sales Law: 28th Regime or 1st Regime?”, *Maastricht European Private Law Institute (Working Paper No. 2012/5)*, p. 9, <<http://ssrn.com/abstract=2025879>>.

²⁰ En suma, la doctrina conviene en que una opción por la CESL en modo alguno implica una elección de ley aplicable en virtud del art. 3 RR I. La fórmula del “régimen 28º” no sólo contradice la restricción de la autonomía conflictual a la ley de un Estado, sino que pone en tela de juicio la aplicación prevista en el art. 25 de otras reglas conflictuales de origen conflictual, como las que derivan del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercancías, en vigor en varios Estados miembros. Vid. M. Schmidt-Kessel, “Anwendungsbereich...”, *loc. cit., op. cit.*, p. 37; M. Stür-

jante conclusión haría falta deducir del contexto del contrato otros indicios suficientes para identificar un determinado Derecho estatal. Y hecha esta labor, finalmente lo que tendríamos es que la *lex contractus* no sería la ley del establecimiento del vendedor *ex art. 4*, sino la ley elegida por las partes *ex art. 3*. Dicho de otro modo, no habríamos alterado un ápice las reglas de determinación de la ley aplicable del RR I. Tiene sentido, pues, que quienes se plantean esta cuestión aboguen pura y simplemente por una modificación del art. 11 PCEsl que habilite dicha interpretación, a favor de presumir que las partes han querido elegir, *v.gr.*, el Derecho del Estado miembro que presenta una conexión más estrecha con el contrato. Con ello, sin embargo, no se está modificando únicamente la PCEsl, sino también, y sobre todo, el propio art. 3 RR I, cuya interpretación acaso no permita tamaña objetivación de la voluntad tácita de las partes.

Yendo aún más lejos, podría incluso plantearse la hipótesis, *a priori* de laboratorio, de una elección del Derecho aplicable de un tercer Estado y una elección de la CESL, cuando todos los elementos están conectados con la Unión Europea, en el sentido del art. 3.4º RR I. *Stricto sensu*, tampoco en este caso podría aplicarse la CESL, no solo por su propia dinámica, sino porque, por definición, se trata de una normativa facultativa, aunque las partes la hayan “elegido” de forma ineficaz, de manera que habría que aplicar las disposiciones imperativas (no dispositivas) del Derecho comunitario derivadas de otros Reglamentos o Directivas²¹. Obviamente, la alternativa consistiría en interpretar que el art. 3.4º RR I –al igual que el art. 3.3º –no contempla una auténtica elección de la ley de un tercer Estado, sino sólo una suerte de autonomía material, por lo que final la *lex contractus* vendría a ser la ley de un Estado miembro.

En las relaciones B2B se plantea asimismo otra cuestión conflictiva, a saber, la compatibilidad de la PCEsl con el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG). Esta cuestión no es baladí, pues entre ambas reglamentaciones hay diferencias muy notables²². Conforme al art. 1

ner, “Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht”, *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 65–65; G. Rühl, *loc. cit.*, pp. 3–6; M. Fornasier, *loc. cit.*, pp. 415–416, 429–430.

²¹ En contrapartida, si los Estados hacen uso de la facultad prevista en el art. 13.a) PCEsl y extienden su aplicación a situaciones domésticas, se daría la paradoja de desactivar la aplicación de las normas simplemente imperativas del Derecho nacional conectado con el contrato en todos sus extremos, contemplada en el art. 3.3º RR I, si las partes eligen la CESL (*vid. G. Rühl, loc. cit.*, p. 7).

²² Así, cabe señalar entre las más significativas: mientras el art. 3 CESL contempla una obligación genérica de comportamiento conforme a la buena fe, el art. 7 CISG únicamente menciona la buena fe como un elemento de interpretación del Tratado; el art. 31 CESL admite la virtualidad de una oferta con indeterminación e indeterminabilidad del precio, a diferencia del art. 14 CISG; el art. 31 CESL es asimismo mucho más claro que el art. 16 CISG a la hora de determinar la irrevocabilidad de una oferta que establezca un plazo determinado para la aceptación; el art. 39 CESL contiene una regla específica acerca del conflicto de condiciones generales (*battle of forms*) que se basa en la *knock out rule*, frente al silen-

CISG, sus normas materiales especiales pueden resultar de aplicación tanto directamente, por hallarse establecidas ambas partes en Estados parte, como indirectamente, por resultar aplicable al contrato la ley de un Estado miembro parte del Convenio, del que sólo se excluyen, en la Unión Europea, Reino Unido, Irlanda, Portugal y Malta. El art. 6 del Convenio exige su exclusión por las partes en tales casos (*opting out*), y puede suscitarse la duda de qué ocurre si las partes eligen la CESL, pero no excluyen el Convenio de Viena. Tal vez lo más conforme a la voluntad de las partes y lo más adecuado para garantizar sus expectativas fuera interpretar que las partes han excluido el CISG al elegir la CESL²³. Así parece sugerirlo el cdo. 25 PCESL en sus distintas versiones lingüísticas, con excepción del español²⁴. Es cierto que dichas versiones utilizan el verbo en un tiempo condicional, pero parece claro que el sentido del considerando es entender excluida la aplicación del Convenio de Viena. Sin embargo, el Convenio de Viena requiere un *opting out* explícito en aquellos Estados que hayan limitado la eficacia del art. 11 CISG en virtud de la reserva diseñada en los arts. 12 y 96 CISG. E incluso en otro caso la interpretación de las condiciones para que la exclusión sea efectiva conforme al art. 6 ha dado lugar a interpretaciones diver-

cio del CISG, que presumiblemente apunta a la vigencia de la *last shot rule*; El capítulo 6 CESL contiene normas de interpretación del contrato más detalladas que el art. 8 CISG; el art. 89 CISG reconoce y regula los efectos del *hardship*, cuya contemplación es dudosa en el art. 79 CISG; el art. 116 CESL reconoce la figura de la resolución por incumplimiento anticipado, no abordada en el CISG; la sección 3ª del Capítulo 16 CESL contiene soluciones no previstas en el art. 78 CISG para los intereses de demora. Estas variables han sido calificadas como “mejoras” por parte del texto europeo [vid. O. Lando, “On a European Contract Law for Consumers and Business – Future Perspectives”, *Towards a European Contract Law* (R. Schulze y J. Stuyck eds.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 205–206; *id.*, “CESL or CISG? Should the Proposed EU Regulation on a Common European Sales Law (CESL) Replace the United Nations Convention on International Sales (CISG)?”, “Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”, *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., Múnich, C.H. Beck, 2012, pp. 15–20; *Id.*, “Comments and Questions Related to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European sales Law”, *ERPL*, 2011/6, pp. 721–722]. Sin embargo, dicha afirmación puede no ser compartida en algunos puntos (revocabilidad de la oferta, *battle of forms*, *hardship* o interpretación del contrato), v.gr., por un jurista que aprecie la inveterada tradición del *common law*. Otras diferencias generales, señaladas en este caso por S. Whittaker, podrían ser –además por supuesto del diferente sistema de *opting in/out* –, la disponibilidad esencial del CISG (art. 12) frente a la imperatividad de la CESL (*vid. loc. cit.*, pp. 393–394).

²³ M. Fornasier, *loc. cit.*, pp. 428–429.

²⁴ En inglés: “Where the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods would otherwise apply to the contract in question, the choice of the Common European Sales Law should imply an agreement of the contractual parties to exclude that Convention”. En francés: “Lorsque la convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises trouverait à s’appliquer au contrat en question, le choix de recourir au droit commun européen de la vente devrait impliquer l’accord des parties contractantes d’exclure cette convention”. En alemán: “Sollte die Wahl des Gemeinsames Europäisches Kaufrechts eine Vereinbarung des Vertrags parteien dahingehend implizieren, dass die Anwendung dieses Übereinkommens ausgeschlossen wird”.

gentes acerca de la posibilidad de una exclusión implícita, aunque esencialmente ante los tribunales norteamericanos²⁵. Curiosamente, la versión en español del cdo. 25 PCEsl se acomodaría mejor a una interpretación favorable a la prevalencia del CISG si no hay exclusión explícita, pues literalmente establece que “[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”. Comparando esta dicción con la de las demás lenguas, resulta claro, sin embargo, que la versión errónea es la redactada en español, y que la intención del legislador comunitario es entender excluido el CISG cuando las partes hayan optado por la CESL. Aunque, con carácter general, en los Estados parte europeos se haya mantenido que una elección del Derecho aplicable de un Estado no parte del CISG implica una exclusión de la normativa convencional, también es cierto que la elección del Derecho de un Estado parte no se interpreta como una exclusión del CISG del que forma parte. Lo lógico es que la remisión a la CESL sí conlleve la interpretación de una exclusión implícita, aunque las partes hayan elegido como ley aplicable la de un Estado parte o incluso si esta resulta aplicable en defecto de elección, pero en todo caso es una cuestión de interpretación del CISG²⁶ y no de la CESL, por lo que, finalmente, el cdo. 25º implicaría una intrusión en la interpretación de un tratado internacional, que no está al alcance de la PCEsl y que requiere unos mecanismos propios y concretos (art. 7 CISG), cuya universalidad hacen de dicho considerando una peligrosa fuente de conflictos²⁷ y de incumplimiento de obligaciones internacionales, además de sembrar de nuevo la inseguridad jurídica.

B) Relaciones B2C

Junto a los contratos celebrados por las PYMES, la PCEsl tiene como uno de sus principales objetos facilitar la celebración intracomunitaria de contratos de consumo²⁸. En los contratos de consumo que se encuentran protegidos por el art.

²⁵ Vid. *Schlechtriem & Schwenger: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* (eds. I. Schwenger y E. Muñoz), t. I, Thomson-Reuters, 2011, pp. 298–320.

²⁶ 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.

²⁷ Vid. M. Schmidt-Kessel, “Der Vorschlag...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 21–23.

²⁸ La consecución de este objetivo a través de un mecanismo tan “extenso, complejo y controvertido” como la CESL ha sido puesto en duda en muchas ocasiones (*vid.*, v.gr., N. Reich, “EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument”, *ERCL*, 2012/1, p. 29).

6 RR I, la incorporación por las partes de la reglamentación CESL es perfectamente posible. Si media elección de la ley aplicable, cabe tres posibilidades.

La primera es que las partes hayan elegido expresamente un Derecho nacional de un tercer Estado, en cuyo caso la incorporación de la CESL sólo tendría sentido como incorporación por referencia, cuyos efectos deberían ser *a priori* más bien limitados, en la medida en que las cláusulas negociadas individualmente tenderían a prevalecer sobre una reglamentación llamada a cumplir una finalidad más bien completiva. En este caso, la presencia de la CESL no garantiza la seguridad jurídica de ninguna de las partes. El régimen resultante deriva de una incorporación por referencia de la CESL, que puede animar al consumidor, si resulta, *v.gr.*, más favorable que la ley de su residencia habitual, sin sospechar que dicha elección no tiene más valor que el de esa incorporación por referencia por cuanto la cláusula de elección de ley aplicable designa la ley de un tercer Estado, acaso tan desfavorable como la ley de su residencia habitual. Para el contratante tampoco es fuente de seguridad jurídica, porque se ve expuesto a normas más favorables de la residencia habitual del consumidor, cualquiera que esta sea. Tampoco la eficacia de la CESL está garantizada si la residencia habitual del consumidor se encuentra en un Estado miembro, pues en este caso los límites impuestos por el art. 6.2º del RR I apuntarían a la aplicación de las normas imperativas de la legislación interna de dicho Estado miembro. Nótese que en este caso la aplicación de la CESL no podría derivar *stricto sensu* de la PCESL, aunque es dable que se interprete, dada la incorporación, que el límite de protección del consumidor *ex. art. 6.2º* venga dado por las disposiciones CESL frente a la ley del tercer Estado elegido.

En un segundo supuesto, si las partes, en contrapartida, eligen un Derecho estatal de un Estado miembro, la normativa de la CESL se incorporaría como delimitación de las normas materiales aplicables de la *lex contractus*, con todas las consecuencias sobre su efecto restrictivo e interpretativo de las cláusulas contractuales. El legislador comunitario canta las alabanzas de esta segunda opción, como garante de la seguridad jurídica y capaz de minimizar los costes externos que introduce la solución conflictual. A su juicio:

“En el marco del funcionamiento normal del RR I existen, sin embargo, restricciones a la elección de la ley aplicable a las transacciones entre empresas y consumidores. Si las partes eligen en las transacciones entre empresas y consumidores la ley de otro Estado miembro distinto de la ley del consumidor, esta elección no podrá, en las condiciones del art. 6, ap. 1 RR I, privar al consumidor de la protección de las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (art. 6, ap. 2 RR I). Sin embargo, esta última disposición puede quedar privada de relevancia práctica si las partes han elegido, dentro del ordenamiento jurídico nacional aplicable, la normativa común de compraventa europea. Ello se explica porque las disposiciones de la normativa común de compraventa europea del ordenamiento jurídico del país elegido son idénticas a las disposiciones de la normativa común de

compraventa europea del país del consumidor. Por consiguiente, el nivel de la normativa imperativa de protección de los consumidores del país del consumidor no es superior y el consumidor no se ve privado de la protección de la ley de su residencia habitual”²⁹.

Y en el cdo. 12 se insiste:

“Habida cuenta de que la normativa común de compraventa europea contiene un conjunto completo de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por consiguiente, el art. 6, ap. 2, del Reglamento (CE) nº 593/2008, que se basa en la existencia de diferentes niveles de protección de los consumidores en los Estados miembros, no reviste relevancia práctica en relación con las cuestiones reguladas por la normativa común de compraventa europea”³⁰.

La conclusión, sin embargo, no es tan evidente, o resulta contradictoria³¹. Las partes pueden elegir el Derecho español y, dentro del Derecho español, la reglamentación CESL. El hecho de que el consumidor resida en Alemania, donde la CESL está asimismo en vigor, no desactiva o no debería desactivar, sin embargo, el juego restrictivo previsto en el art. 6 RR I. La protección del consumidor es la que garantiza la ley de la residencia habitual del consumidor aplicada de forma objetiva. En el Derecho alemán, junto a la CESL, existirán, seguramente, normas de transposición de directivas comunitarias que armonizan la protección del consumidor, pero aún existen en el espacio europeo ámbitos de armonización mínima o no armonizados, que explican diferencias de protección del consumidor en los Derechos internos en casos particulares³². Pues bien, el hecho de que las partes hayan elegido, como *lex contractus*, la ley de un Estado miembro y, dentro de ella, las reglas CESL, no significa o no debería significar que hayan minimizado la ley de la residencia habitual del consumidor en otro Estado miembro a las reglas de protección del consumidor del CESL. Con esta afirma-

²⁹ PCESL, p. 7. Vid. C. Moser, “Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”, *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., München, C.H. Beck, 2012, p. 13.

³⁰ Vid. C. Busch, “Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht”, *EuZW*, 2011/17, pp. 657–659; 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., München, C.H. Beck, 2012, p. 27; P. Mankowski, *loc. cit.*, p. 101; M. Hesselink, “How to Opt...”, *loc. cit.*, p. 200; D. Staudenmayer, *loc. cit.*, p. 3495.

³¹ Vid. Sobre este punto M. Schmidt–Kessel, “Anwendungsbereich...”, pp. 39–40; M. Stürner, “Das Verhältnis...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 65–68; M. Stürner, “Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung”, *GPR*, 2011/5, p. 240; S. Whittaker, *loc. cit.*, pp. 387–392.

³² Vid. en este sentido G. Rühl, *loc. cit.*, pp. 10–11. De hecho, el propio Derecho derivado pone en cuestión el propio régimen de la CESL acerca de la integridad del consentimiento del consumidor en su *opting in* (vid. en este sentido S. Whittaker, *loc. cit.*, pp. 387–392).

ción, la Exposición de Motivos entra en una flagrante contradicción con la afirmación vertida dos párrafos más arriba:

“Este acuerdo para la utilización de la normativa común de compraventa europea supone elegir entre dos *corpus* diferentes de Derecho de compraventa dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, no equivale a la anterior elección de la ley aplicable a tenor de las normas de Derecho internacional privado ni debe confundirse con ella”³³.

Pero, lo que es peor, si se sigue al pie de la letra la conclusión de la Exposición de Motivos, estaríamos abriendo la puerta, con ingenuidad, a la desprotección del consumidor³⁴, por más que los arts. 8 y 9 PCESL establezcan cautelas y garantías acerca de un consentimiento informado e individualizado del consumidor³⁵. La restricción de la autonomía conflictual a favor del consumidor que conlleva el art. 6 RR I se fundamenta, obviamente, en la presunción de que un contrato de consumo es básicamente un contrato de adhesión o donde la libertad contractual del consumidor se encuentra limitada. Pues bien, a menudo se olvida que la

³³ PCESL, p. 7. Sin embargo, para algunos autores la evicción del llamado “régimen 28º” a favor precisamente de este “2º régimen” se fundamentó en buena parte en el deseo de garantizar la armonización evitando la acción del art. 6.2º RR I. *Vid.* G. Rühl, *loc. cit.*, pp. 6–8. Era asimismo la clara advertencia del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Policy Options for Progress Towards a European Contract Law”, *Rebels Z.*, 2011, p. 410.

³⁴ Semejante “*social dumping*” ya había sido advertido por algunos autores: H. Muir Watt y R. Sef-ton–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 Rev. Contract L.*, 2006, pp. 210–211; J. W. Rutgers, “An Optional Instrument and Social Dumping Revisited”, *European Rev. Contract L.*, 2011, pp. 350–359.

³⁵ 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 RR I: “Además, en las transacciones transfronterizas entre empresas y consumidores, el art. 6, ap. 2 RR I, impone además a los comerciantes que dirigen sus actividades hacia el país de residencia del consumidor –*v.gr.*, abriendo un sitio web en la lengua de ese país, ofreciendo vender en la divisa utilizada por el consumidor o utilizando un nombre de dominio territorial de primer nivel distinto del país del comerciante – la obligación de cumplir con el nivel imperativo de protección de los consumidores previsto en el país de residencia del consumidor. El comerciante podrá aplicar el Derecho interno del país del consumidor en su integridad o elegir otra ley (en la práctica, lo más probable es que sea su propia ley). Sin embargo, incluso en este último caso, debe garantizar el cumplimiento de las disposiciones imperativas de protección de los consumidores previstas en la legislación nacional del consumidor, si ofrecen un nivel de protección más elevado. Por consiguiente, puede que el comerciante deba adaptar sus condiciones generales a las exigencias de diferentes países”. *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 demoledor 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).

elección del régimen CESL requiere asimismo una decisión positiva de las partes, que únicamente es concebible, en los contratos de consumo, si conviene al co–contratante del consumidor. Desde luego, la idea del legislador comunitario es que a dicho co–contratante le compense la elección para eliminar costes de transacción y armonizar con seguridad jurídica sus exportaciones a consumidores de otros Estados miembros. Pero, al parecer, no se le pasa por la imaginación que dicha elección, combinada con una elección del Derecho aplicable, pueda resultar útil asimismo para privar al consumidor de la protección que le garantiza la legislación de su residencia habitual si, hipotéticamente, le resulta aún más tuitiva que la normativa común europea³⁶.

En suma, en esta segunda hipótesis, la elección del Derecho de un Estado miembro convierte en válida la opción por la CESL, pero la seguridad jurídica podría no ser plena, si el co–contratante puede verse expuesto a la acción de normas de protección del consumidor más tuitivas de la ley de su residencia habitual, toda vez que el CESL no sustituye a los derechos nacionales ni profundiza en el grado de armonización europea, que aún conserva diferencias de régimen por el tradicional sistema de armonización de mínimos que ha venido a corregir la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores³⁷.

Queda, finalmente, una tercera hipótesis: que las partes opten por la CESL e, incluso, por un Derecho aplicable comunitario, pero que la ley de la residencia habitual del consumidor sea la de un tercer Estado³⁸. Esta es la hipótesis más reconfortante para el consumidor, por cuanto la aplicación del art. 6 en modo alguno impedirá una protección mayor del consumidor conforme a la ley de su residencia habitual³⁹. Sin embargo, no puede decirse que sea una respuesta a las

³⁶ Para algunos autores, la evicción del art. 6.2º RR I no es una cuestión preocupante en la medida en que el CESL garantiza un alto nivel de protección que hace innecesaria dicha intervención: *vid.* M. Fornasier, *loc. cit.*, pp. 411–415 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=188151076>); S. Leible, “Von einem Berg sowie Mäusen und anderen Tieren –

das Optionale Instrument ante portas”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, p. 809; *Id.* “Kollisionsrecht und vertikaler Regulierungswettbewerb”, *Rabels Z.*, 2012/2, pp. 396–398; D. Staudenmayer, *loc. cit.*, p. 3497; C. Busch, *loc. cit.*, p. 658. Sin embargo, esta afirmación es dudosa en un doble sentido. Por una parte, nada impide que la evolución del propio Derecho derivado comunitario aporte en el futuro un mayor grado de protección del consumidor que el que quede petrificado en la CESL. De otro, no es razonable pensar que el Derecho existente, aunque tienda a una armonización auténtica, impida aún muchos ámbitos en los que un Derecho nacional pueda introducir mecanismos y derechos de protección del consumidor más beneficiosos que los establecidos por el estándar europeo. En consecuencia, la afirmación como petición de principio de que la CESL sea el techo de protección del consumidor no es convincente. Dicha circunstancia debe ser fácticamente constatada caso por caso. Como veremos *infra* existen supuestos demostrables en que el postulado es erróneo.

³⁷ DO L 304 de 22.11.2011.

³⁸ *Cf.* P. Mankowski, *loc. cit.*, pp. 101–102.

³⁹ *Vid.* H.W. Micklitz y N. Reich, *loc. cit.*, pp. 24–25.

necesidades de eliminar los costes de transacción que presuntamente persigue la CESL. Al contrario, ocurre como en el resto de los casos analizados, que dichos costes se convierten en ocultos, sorpresivos o inopinados. La empresa comunitaria puede creer que una elección combinada de fuero y ley aplicable, junto con la opción por la CESL, le confieren un régimen armónico para sus exportaciones, que luego el art. 6 del Reglamento se encarga de defraudar.

Las reflexiones anteriores ponen de manifiesto que el Proyecto CESL no es un mero conjunto de normas técnicas elaboradas por académicos. Tienen una orientación política que en realidad se aleja de la cacareada “dimensión social” del Derecho europeo de contratos, cuando tiene que ver en particular con la protección de los consumidores. Pone de relieve, finalmente, una concepción muy alejada de las exigencias “constitucionales” en relación con la concepción del mercado y de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Así lo han puesto de relieve G. Alpa y H.W. Micklitz⁴⁰, recogiendo una denuncia mucho más amplia contra todo el proceso, dudosamente democrático, que ha presidido la elaboración del Derecho privado europeo⁴¹.

2. CESL y ley aplicable en defecto de elección

A) Relaciones B2B

En las relaciones B2B y en las relaciones B2C no protegidas por el art. 6 RR I, en defecto de elección de la ley aplicable la aplicación de la CESL dependerá de que el vendedor resida en un Estado miembro, habida cuenta de la presunción contemplada en el art. 4.1º a) del RR I. Nuevamente la opción por la CESL se

⁴⁰ Vid. G. Alpa, “Towards a European Contract Law”, *Towards a European Contract Law* (R. Schulze y J. Stuyck eds.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 23–33, esp. p. 27; “A ‘Certain Future’ for the Optional Instrument”, *Towards a European Contract Law* (R. Schulze y J. Stuyck eds.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 185–190.

⁴¹ Autores muy relevantes han evidenciado la falta de legitimidad con que se han venido gestando los textos del Derecho europeo de los contratos. En particular, es muy recomendable leer el “Manifiesto” del denominado “Study Group on Social Justice in European Private Law” (“Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto”, *European L.J.*, vol. 10, nº 6, 2004, pp. 653–674), suscrito por autores de la talla de G. Alpa, M. Barcellona, M. Bussani, H. Collins, S. Grundmann, M. Hesselink, C. Joerges, D. Kennedy, U. Mattei, G. Teubner o T. Wilhelmsson, entre otros. El prestigio de estos autores debe bastar para considerar un planteamiento crítico de este calibre como algo más que puro folclore. El “Manifiesto” denuncia, precisamente, el talante “tecnócrata” con que se ha abordado la reglamentación uniforme de un Derecho contractual europeo, prácticamente inspirado en el único valor de la integración del mercado interior, y propone, con razón, la necesidad de abordar dicho proceso desde perspectivas muy distintas, que tengan en cuenta el papel del Derecho contractual como elemento redistributivo de la riqueza, como factor de justicia social. Respecto del Marco Común de Referencia en materia de contratos se dice abiertamente que se ha llevado a cabo por una élite de juristas asociados a poderosos intereses económicos y otros grupos de presión, mediante un proceso tecnocrático, sujeto a la influencia de las más poderosas fuerzas económicas.

convierte en una mera incorporación por referencia, con las limitaciones que ello implica, en algunos supuestos sujetos sin embargo al ámbito de aplicación espacial de la CESL, de conformidad con el art. 4 PCEsl: así, cuando únicamente el comprador en una relación B2B tiene su residencia habitual en un Estado miembro; y con más facilidad aún si el contrato se celebra por un consumidor no protegido y únicamente, *v.gr.*, la dirección de entrega o de facturación se encuentra en un Estado miembro. No parece razonable interpretar que una elección de la CESL sea un criterio para activar la cláusula de excepción a favor de la aplicación de la ley de un Estado miembro conectado, de la misma forma que no justificaba una consideración favorable a una elección tácita.

B) Relaciones B2C

En defecto de elección de ley aplicable, los contratos protegidos por el art. 6 RR I se regirán por la ley de la residencia habitual del consumidor. Si se trata de la ley de un tercer Estado, la elección por las partes de la CESL plantea idénticos problemas a los ya señalados, pues sus efectos se limitarían a los de una mera incorporación por referencia. Si se interpretara que la elección de la CESL implica una elección tácita de la legislación de algún Estado miembro –opción que, como ya dijimos, no resulta convincente– no resulta fácil eludir la aplicación de las normas más tuitivas del consumidor contenidas en la ley del tercer Estado en que el consumidor tiene su residencia habitual, con lo cual las pretensiones de seguridad jurídica de la CESL quedarían asimismo en entredicho⁴².

En contrapartida, si la ley aplicable es la de un Estado miembro, podría parecer a primera vista que desaparecen las dudas señaladas en el apartado anterior, pues la opción por la CESL desplazaría sin más la normativa interna de Estado miembro de residencia habitual del consumidor. Esta interpretación se ampararía en que, literalmente, el art. 6.2º RR I únicamente contempla la aplicación de las normas más tuitivas de la residencia habitual del consumidor frente a la hipótesis de una elección (conflictual) de la ley de otro Estado. Como la CESL no implica una elección conflictual, y sus disposiciones forman parte de la ley de la residencia habitual, no habría lugar a la aplicación de las normas internas más tuitivas. Esta interpretación, sin embargo, no responde a la teleología de la disposición y, en consecuencia, la hipótesis abocaría a las mismas dudas ya reseñadas para el caso de que las partes hubieran elegido como ley aplicable la de cualquier Estado miembro⁴³.

⁴² *Vid.* M. Fornasier, *loc. cit.*, pp. 424–425.

⁴³ *Vid.* en este sentido G. Rühl, *loc. cit.*, p. 10, nota 36ª.

3. Función interpretativa y función integrativa de la CESL como *lex contractus*

Aunque el instrumento de la CESL sea opcional, sus pretensiones en el caso de ser designada como *lex contractus* son ambiciosas. Dentro de su ámbito de aplicación material, la CESL es un sistema “completo”. Desde luego son posibles las lagunas de reglamentación dentro de su propio ámbito de aplicación, pero el Proyecto excluye la posibilidad de recurrir a una *lex contractus* diferente, en particular a la ley interna del Estado miembro cuya ley resulta aplicable. Como indica el cdo. 29:

“Una vez acordada válidamente su utilización, solo la normativa común de compraventa europea debe regir las cuestiones que entren dentro de su ámbito de aplicación. Las disposiciones de la normativa común de compraventa europea deben interpretarse de manera autónoma de conformidad con los principios bien asentados sobre la interpretación de la legislación de la Unión. Las cuestiones referentes a asuntos que entren dentro del ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea pero que no estén expresamente resueltas en ella, deben resolverse únicamente mediante interpretación de sus normas, sin recurrir a ninguna otra normativa. Las normas de la normativa común de compraventa europea deben interpretarse sobre la base de los principios y objetivos subyacentes y de todas sus disposiciones”⁴⁴.

Evidentemente, la pretensión del legislador comunitario es garantizar una aplicación uniforme de la CESL en todos los Estados miembros, tratando de evitar en la medida de lo posible una interpretación “nacional” de sus preceptos, consciente de que los objetivos perseguidos únicamente se alcanzarán si se garantiza dicha aplicación uniforme. Aunque la pretensión es lógica, dista mucho de ser realista, como ha advertido B. Fauvarque–Cosson⁴⁵, 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”. En consecuencia, la necesidad de integrar las lagunas “internas” del CESL conforme a sus propias disposiciones y principios no deja

⁴⁴ La concreción normativa de este postulado se halla en el art. 11 PCESEL: “Cuando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa común de compraventa europea para regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas se regirán exclusivamente por dicha normativa. Siempre que el contrato se haya celebrado efectivamente, la normativa común de compraventa europea regirá igualmente el cumplimiento de los deberes en materia de información precontractual y los remedios en caso de incumplimiento”. Y en el art. 4 CESL: “*Interpretación*: 1. La normativa común de compraventa europea se interpretará de forma autónoma y de acuerdo con sus objetivos y sus principios subyacentes. 2. Las cuestiones que tengan cabida en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea, pero que no estén expresamente resueltas en ella, se resolverán ajustándose a sus objetivos, a sus principios subyacentes y a todas sus disposiciones, sin recurrir a la normativa nacional que sería aplicable en ausencia de un acuerdo para utilizar la normativa común de compraventa europea ni a ninguna otra normativa. 3. Cuando sean aplicables a una situación concreta una norma general y una norma especial, en caso de conflicto prevalecerá la norma especial”.

⁴⁵ 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.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 173 y 175. Vid. también las reservas de H.W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 181 y 185.

de ser un brindis al sol cuando dichos “principios” no son en buena medida reconocibles. Y no lo son porque, como buen texto de armonización, la propia CESL a menudo sorteja las divergencias comparativas entre los sistemas contractuales europeos, procurando el enunciado de normas concretas cuyo contenido es más o menos claro, pero que permiten un elevado margen de oscilación si generan lagunas que difícilmente se van a poder cubrir a través de principios irreconocibles⁴⁶. Por lo demás, resulta excesivamente pretencioso pretender el carácter “completo” de una reglamentación que se refiere, incluso parcialmente, a un solo contrato: la compraventa. Técnicamente, un sistema jurídico sólo puede ser completo y autónomo si tiene la posibilidad de recurrir, para cubrir las lagunas, a principios que emanan del Derecho contractual en su conjunto y, más allá, de otros sectores del ordenamiento jurídico, como la responsabilidad extracontractual o el Derecho de bienes⁴⁷.

Por lo demás, es preciso tener en cuenta que algunos aspectos relativos a la compraventa se encuentran excluidos del ámbito de aplicación material de la normativa proyectada (lagunas externas). En las cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación, procede aplicar las disposiciones internas de la ley aplicable⁴⁸. Algunas pueden considerarse “contractuales” y vendrán determinadas por la ley nacional designada por el RR I, mientras que otras pueden ser “extracontractuales”, regidas por el RR II, o reales y personales, determinadas por la ley prevista en las normas de Derecho internacional privado del foro⁴⁹. Evidentemente, estas cuestiones, a menudo de difícil delimitación, implican no solo la concurrencia de una legislación diversa, sino una integración de las lagunas contractuales y legales amparada en dicha normativa.

Pero incluso en materias claramente incluidas en su ámbito de aplicación, como la propia validez del contrato celebrado por medios electrónicos, el

⁴⁶ Para un desarrollo más extenso de esta cuestión *vid.* S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 162–169.

⁴⁷ Como se ha venido advirtiendo desde los primeros compases del Derecho privado europeo (*vid.* T. Koopmans, *Towards a European Civil Code, ERPL*, 1997, p. 544).

⁴⁸ *Vid.* C. Busch, *loc. cit.*, p. 660.

⁴⁹ El cdo. 27 especifica: “Todas las cuestiones de carácter contractual o extracontractual que no se contemplan en la normativa común de compraventa europea se rigen por las normas vigentes de la legislación nacional fuera del ámbito de dicha normativa común que son aplicables en virtud del Reglamento (CE) nº 593/2008 y del Reglamento (CE) nº 864/2007 o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes. Estas cuestiones incluyen la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, ilegalidad o inmoralidad, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes incluida la asignación, la compensación y la concentración, el Derecho de propiedad incluida la transferencia de la propiedad, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho de faltas (*sic*). Por otra parte, la cuestión de si pueden acumularse reclamaciones simultáneas por responsabilidad contractual y extracontractual no entra en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea”.

carácter autónomo y completo del CESL es negado por el propio Proyecto, en la medida en que afirma la concurrencia con las normas de origen comunitario que regulan el comercio electrónico⁵⁰. En efecto, el CESL es parte del acervo comunitario⁵¹, e interactúa con el Derecho derivado en el ámbito interpretativo reclamando una interpretación conforme, pero lo cierto es que no se han 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 interpretativa⁵².

En suma, la integración de las lagunas del contrato se produce mediante el juego de un cúmulo de *default rules*. La opción por la CESL requiere una aplicación de sus reglas y principios, de difícil acotación cuando presenta lagunas de reglamentación, combinada con el recurso a las directivas y normas del Derecho derivado comunitario que rigen en relación con distintos tipos contractuales. Las cuestiones –contractuales o no – no reguladas en su ámbito de aplicación material, implican el recurso a reglas pertenecientes a los Derechos nacionales, designados en ocasiones por normas comunes de Derecho internacional privado, y a menudo por el propio sistema de Derecho internacional privado del foro. Afirmar que la CESL es un mecanismo cabal de armonización jurídica que permite simplificar y dotar de previsibilidad a las transacciones transfronterizas, en semejantes condiciones de delimitación espacial y de integración jurídica, no parece muy convincente.

4. CESL y normas imperativas

Otra cuestión compleja estriba en determinar en qué medida resultan aplicables las normas imperativas referidas en el art. 9 RR I cuando se trata de aplicar

⁵⁰ En la página 6 se lee: “Algunas disposiciones de la legislación de la Unión son pertinentes tanto para las relaciones entre empresas como para las relaciones entre una empresa y un consumidor. La Directiva sobre comercio electrónico contiene normas sobre la validez de los contratos celebrados por vía electrónica y sobre determinados requisitos precontractuales”. Se refiere a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

⁵¹ Vid. en este sentido las reflexiones de M. Schmidt-Kessel, “Der Vorschlag...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 15–21.

⁵² 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., München, C.H. Beck, 2012, pp. 151–153.

la normativa CESL.⁵³ Ya se ha señalado que se trata de normas especiales dependientes, que no excluyen el sistema conflictual ni impiden la aplicación del RR I, pero que al ser elegidas desplazan completamente la regulación interna de los Estados miembros, esto es, sus normas materiales autónomas, que serían concurrentes. La cuestión estriba en determinar si dicho efecto se produce asimismo respecto de la aplicación de normas imperativas de un Estado miembro (como ley del foro) o del país de ejecución del contrato, cualquiera que sea, susceptible de modificar, restringir o excluir alguna de las disposiciones de la CESL⁵⁴. La doctrina ha justificado la exclusión de 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 armonizado⁵⁵. 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)⁵⁶. 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.

Esta cuestión nos lleva al complejo asunto de la relación entre la CESL y el acervo comunitario sobre protección de consumidores⁵⁷. La Comunicación de la Comisión parece querer delimitar la cuestión sobre la base de reservar el acervo comunitario a las situaciones puramente internas y contemplarse la CESL como un texto separado circunscrito a las situaciones transfronterizas:

“La propuesta constituye un planteamiento complementario al que caracteriza al acervo existente en materia de protección de los consumidores. En primer lugar, incorpora las medidas de acervo y es coherente con ellas, sin estar limitada, no obstante, por los niveles mínimos de protección establecidos. En segundo lugar, como atañe únicamente a los contratos transfronterizos, la propuesta no sustituye al acervo generalmente aplicable. Seguirá siendo necesario, por tanto, elaborar normas de protección de los consumidores recurriendo a la técnica tradicional de armonización utilizada en este

⁵³ La cuestión no es dudosa cuando se trata de normas que afectan a aspectos excluidos de la CESL, como la licitud del contrato. M. Fornasier pone el ejemplo de un contrato de compraventa de armas o de cannabis (*loc. cit.*, p. 439).

⁵⁴ En general, la relación entre las normas nacionales internacionalmente imperativas de orden público internacional y el Derecho privado europeo facultativo dista mucho de ser clara: *vid.* J. Basedow, “Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht”, *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren (Festschrift für Bern von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011)*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 2011, pp. 60–61.

⁵⁵ *Vid.* M. Fornasier, *loc. cit.*, pp. 439–440. S. Leible, “Der räumliche–persönliche...”, *loc. cit.*, p. 26; P. Mankowski, *loc. cit.*, p. 102; C. Busch, *loc. cit.*, pp. 659–660.

⁵⁶ M. Schmidt–Kessel, “Anwendungsbereich...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁷ *Vid.* las reflexiones al respecto de M. Stürmer, “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*, München, Sellier, 2012, pp. 88–90.

ámbito. A este respecto, es de esperar que, con el tiempo, los dos enfoques evolucionen en paralelo y se inspiren mutuamente⁵⁸.

La realidad, sin embargo, es más compleja. Si es cierto que el acervo queda intacto en las situaciones internas, la cuestión primordial es establecer su interrelación con la CESL en los supuestos transfronterizos que caen bajo su ámbito de aplicación. Por definición (art. 4 PCESL) estos supuestos transfronterizos son comunitarios, por lo 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 comunitario⁵⁹. Es más, si se toma en consideración, *v.gr.*, el párrafo primero del art. 25 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”. Esta norma cubre todos los supuestos de eventual aplicación de la CESL, por cuanto, como se ha dicho, la elección de este cuerpo normativo presupone que la ley aplicable al contrato es la de un Estado miembro. 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 que si fueran de fuente interna⁶⁰. 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 miembros⁶¹. Aun admitiendo la corrección de este planteamiento, lo cierto es que la

⁵⁸ 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.

⁵⁹ *Vid.* K. Riesenhuber, “Des Vorschlag...”, *loc. cit.*, p. 11.

⁶⁰ *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”, *European Rev. Contract L.*, 2012/1, pp. 82–87.

⁶¹ *Loc. cit.*, p. 660.

premisa mayor de los autores críticos queda confirmada: el resultado final es un retroceso material en los mecanismos de protección contractual del consumidor alcanzados por vía de armonización europea⁶².

En efecto, con carácter más general, la cuestión estriba en delimitar si las disposiciones del acervo comunitario pueden concurrir, como normas imperativas o de policía, en el sentido del art. 9 RR I⁶³. La PCESL y la Comisión hacen referencia, exclusivamente, al carácter complementario de estas normas del acervo comunitario, se supone que como elemento integrador de las lagunas de reglamentación de la CESL y con el inconveniente ya añadido de en qué medida dicha complementariedad se compadece con la integración autónoma y cerrada que propone el art. 4 CESL, ya analizado. Pero la cuestión estriba ahora en determinar si, además de dicha complementariedad, cabe un efecto limitativo de las normas de dicho acervo cuando, potencialmente, puedan contradecir o limitar las reglas de la CESL. La disyuntiva no es muy diferente a la que planteábamos en relación con el art. 6.2º RR I. Una opción favorable a la integridad de la CESL aventura una inaplicación de las reglas imperativas de mayor protección del consumidor del Derecho derivado comunitario, que quedarían reservadas para los supuestos puramente internos. Debe tenerse presente que una comparación material entre el grado de protección del consumidor de la CESL y del acervo comunitario no es determinante en este sentido –aunque es dable reconocer hipótesis en que el grado de protección en la CESL pueda ser inferior⁶⁴, pues lo que está en juego es finalmente una limitación efectiva del desarrollo futuro de este acervo, que quedaría hipotecado por el nivel de protección del CESL, al menos por lo que respecta a las situaciones transfronterizas. Con ello 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

⁶² J. Basedow separa, efectivamente, su juicio técnico de un eventual juicio negativo del resultado de la política legislativa (*ibid.*, p. 87).

⁶³ Para más detalles *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Choice of Law...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 77–79.

⁶⁴ 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?”, *European Rev.Priv. L.*, 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.

decir, procurar tendencialmente el mismo grado de protección del consumidor en los supuestos internos y transfronterizos.

V. Conclusiones

La CESL arrastra el mismo error que aqueja a todos los intentos de armonización del Derecho contractual europeo desde sus inicios, y que cabría denominar el “mal germánico”, esto es, el empeño de unificar el régimen de los contratos celebrados entre consumidores y los contratos comerciales. En estos últimos, incluso cuando se trate de pequeñas y medianas empresas, no parece que encajen las normas intervencionistas y muy tuitivas que son propias de los contratos celebrados por consumidores⁶⁵. Con carácter general, la reglamentación propuesta, por el ámbito de aplicación espacial y material limitado, por su alcance indefinido, por sus numerosas interrogantes e indefiniciones, y en especial por la inseguridad jurídica que provoca su interrelación con las normas de Derecho internacional privado, no parece que se haya tomado seriamente la cuestión de su competitividad entre ordenamientos. Basta con contemplar las reglas de interpretación del contrato, vagas e imprecisas, para comprender que en términos de seguridad jurídica la oferta de la CESL no resulta atractiva en las relaciones comerciales internacionales⁶⁶ y que difícilmente podrá competir con las opciones tradicionales en las relaciones transfronterizas, como puede ser la confortable elección de un sistema no intervencionista como el Derecho inglés⁶⁷. De hecho, si se separan ambos tipos de contratos, cabe hallar propuestas de armonización mucho más cabales y ajustadas a los objetivos de dinamización de las relaciones contractuales.

En el ámbito de las relaciones B2B se impone una competencia de ordenamientos más abierta y el horizonte armonizador no tiene por qué ser inflexible. En este ámbito es preferible una solución fundamentada en una autonomía con-

⁶⁵ *Vid.*, v.gr., las atinadas apreciaciones de N. Kornet, *loc. cit.*, pp. 13–17.

⁶⁶ Un veredicto negativo de la CESL en términos de competitividad y de reducción de costes de transacción puede verse en E.A. Posner, “The Questionable Basis of the European Common Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition”, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 597 (2d. Series)*, mayo 2012, 13 pp. <<http://ssrn.com/abstract=2049594>>; también en J.M. Smits, “Party Choice in European Common Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market”, *Maastricht European Private Law Institute (Working Paper No. 2012/13)*, 20 pp. <<http://ssrn.com/abstract=2060017>>.

⁶⁷ Evidentemente, no se ha aprendido de los errores ni se ha tenido en cuenta el escaso éxito de instrumentos opcionales que resultaron tan poco competitivos como la CESL incurriendo en los mismos déficits de seguridad jurídica, como los Principios UNIDROIT o los PECL (*vid.* para más detalles S. Sánchez Lorenzo, “La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 106–114; y la propia confesión de O. Lando, “Comments...”, *loc. cit.*, pp. 719–720).

flictual mercatoria, que permita una elección “conflictual” de un Derecho no nacional. Ello implica superar la retrógrada concepción del cdo. 14 y del art. 3 RR I, permitiendo elegir como *lex contractus* no sólo la CESL, el CISG (cuando no resulte aplicable), el DCFR, los Principios Unidroit o los PECL. En tal sentido, la posibilidad de que las partes elijan, como ley aplicable al contrato, la CESL, interpretando que se trata de una elección “conflictual” (la opción 28°), se antoja una solución razonable y más eficiente en las relaciones B2B.

Algunos autores se han manifestado abiertamente por una solución aún más audaz (Primer Régimen) de Derecho uniforme, sin distinciones, en la línea del sistema de aplicación directa del Convenio del art.1.1° a) CISG⁶⁸. En las relaciones B2B semejante opción resulta extremadamente imperativa y no se acomoda con la necesaria flexibilidad que nace del respeto a la autonomía privada en las relaciones comerciales, a menos que se mantenga estrictamente su facultatividad. En las relaciones B2C la apuesta implica abiertamente la renuncia al criterio de protección conflictual recogido en el art. 6 RR I, aspecto delicado en la situación actual del Derecho europeo, como hemos visto. Para este tipo de contratos, las competencias de la UE y el propio grado de evolución del Derecho armonizado hubiera exigido un paso más audaz, consistente en la elaboración de un Código europeo común del consumo, que definitivamente articulara (y derogara) todo el acervo comunitario, a través de un texto común vigente en el plano tanto interno como transfronterizo, que no diera lugar a ninguna duda sobre la intrascendencia del art. 6.2° RR I cuando el consumidor reside en territorio europeo.

Finalmente, en el ámbito de los contratos comerciales con PYMEs, consideradas adherentes, un término medio exigiría contemplar un régimen diferenciado entre la autonomía de los contratos B2B y la uniformidad de los contratos B2C, esto es, una tendencial armonización material a través de normas de protección incluidas en directivas, al igual que ocurre, *v.gr.*, con contratos comerciales como el contrato de agencia.

Last but not least, no debe olvidarse por otra parte, aunque no ha sido tratado, que la aplicación de la CESL depende finalmente del tribunal competente y que no existirá una armonía internacional de soluciones en el caso de que conozca el tribunal de un tercer Estado. Las peculiaridades del régimen no facilitan precisamente su comprensión, si bien el principio de aplicación integral del Derecho de un Estado miembro que resulte aplicable ampararía la aplicación de tales normas materiales cuando hayan sido elegidas. Un análisis más pormenorizado de esta hipótesis merecería un estudio particular⁶⁹.

⁶⁸ *Ad.ex.* G. Rühl, *loc. cit.*, pp. 12–13.

⁶⁹ Puede verse un apunte en P. Mankowski, *loc. cit.*, pp. 104–105.

En suma, muchos expertos están dispuestos a admitir la conveniencia de la CESL, pese a sus imperfecciones. Mi gran amigo S. Leible cita el dicho: “*Besser ein Spatz in der Hand als eine Taube auf dem Dach*”⁷⁰. Cabría traducirlo al castellano por: “Más vale pájaro en mano que ciento volando”, pero me conviene más el sentido literal: “Mejor un gorrión en la mano que una paloma en el tejado”. La cuestión es, simplemente: ¿quién quiere un gorrión en la mano y a quién le importa una paloma en el tejado, si tiene a su alcance un delicioso capón ya asado? Como cabe elección, apuesto a que el gorrión saldrá volando...

⁷⁰ “Von einem Berg sowie Mäusen und anderen Tieren – Das optionale Instrument ante portas”, *EuZW*, 2011/21, p. 810.