

La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo

Fernando Esteban de la Rosa

Profesor titular de Derecho internacional privado y Secretario del Seminario de Derecho Comparado de la Universidad de Granada

Ozana Olariu

European Masters in Human Rights and Democratization (EIUC) y LLM en Derecho Europeo

*Abstract**

La propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (CESL) representa la intervención legislativa europea más ambiciosa hasta ahora en el ámbito del Derecho contractual. Para el sistema de Derecho internacional privado de los contratos de consumo el CESL introduce nuevos elementos a través de normas especiales para los supuestos internacionales de consumo y un cambio significativo en el paradigma tradicional seguido por el art. 6 Roma I, que no obstante encuentran justificación en el nivel de protección elevado del consumidor que ofrece el CESL y en los cambios económicos, sociales y tecnológicos que vive Europa. El presente estudio tiene por objeto revisar los términos de aplicabilidad del CESL a los contratos de consumo, prestando especial atención al régimen especial que prevé la propuesta de Reglamento para la selección del instrumento opcional. El análisis permite advertir que la propuesta lanzada no llega a cumplir del todo los objetivos perseguidos, y que algunos aspectos relacionados con su aplicabilidad a los contratos de consumo pueden ser mejorados.

The Common European Sales Law Draft Regulation (CESL) is the most ambitious European legislative intervention to date in the field of contract law. CESL introduces new elements into the consumer contract international private law system by means of special legal provisions regarding international consumer contracts and by giving the traditional paradigm followed by art. 6 Rome I Regulation a significant shift, safeguarded by the enhanced level of consumer protection offered by CESL and triggered by all the social, economic and technological changes Europe is facing nowadays. This paper aims at revising CESL's terms of applicability insofar as consumer contracts are concerned, paying due attention to the special regime the Proposal for a CESL advances for the selection of the optional instrument. Its analysis prompts a due warning that the proposal fails to reach all its objectives, and that certain aspects related to its applicability to consumer contracts can be improved.

Title: The Common European Sales Law's application to consumer contracts: new challenges for the European Private International Law System

Palabras clave: Derecho internacional privado europeo, Unificación del Derecho contractual europeo, Derecho europeo de consumo, Instrumento opcional, CESL

Keywords: European Private International Law, European Contract Law Unification, Consumer Contracts, CESL

* Los autores agradecen comentarios a festeban@ugr.es y ozana.olariu@gmail.com.

Sumario

1. Introducción: el CESL como último hito en el desarrollo del Derecho internacional privado europeo de protección del consumidor
2. Retos y sombras del instrumento opcional: ¿es suficiente para fomentar el comercio transfronterizo?
3. ¿Cuándo se puede optar por el CESL en un contrato de consumo internacional?
 - 3.1. Contratos de consumo
 - 3.2. Contratos transfronterizos
 - 3.3. Contratos sometidos al Derecho de un Estado Miembro de la Unión Europea
 - a. Consumidor con residencia en un Estado miembro de la UE
 - b. Consumidor con residencia en un Estado no miembro de la UE
4. Régimen de la selección del CESL en los contratos de consumo
 - 4.1. Garantía de consentimiento independiente e informado para la aplicación de la normativa común de compraventa europea
 - 4.2. Garantía de aplicación integral de la normativa común de compraventa europea
 - 4.3. Fraccionamiento e incorporación material de la normativa común de compraventa europea en los contratos de consumo
5. Conclusiones y propuestas
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. Introducción: el CESL como último hito en el desarrollo del Derecho internacional privado europeo de protección del consumidor

El once de octubre de 2011 la Comisión Europea lanzó una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, mediante la cual se pretende establecer una normativa común de compraventa europea (en adelante CESL)¹.

A juzgar por su contenido y alcance, la legislación presentada representa la intervención legislativa europea más importante que ha aparecido hasta ahora en el ámbito del Derecho de contratos. En cuanto a dicho contenido, se trata de la primera vez que el legislador europeo apuesta por proponer una regulación uniforme para el contrato de compraventa, que cubra su completo ciclo de vida. Frente a la técnica de la intervención sectorial o fragmentaria sobre contratos, en esta ocasión el legislador europeo propone una regulación completa, que alcanza incluso al núcleo más *nacional* del Derecho de contratos, donde quedan comprendidas, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con la validez del contrato, los vicios del consentimiento o la prescripción.

La nueva iniciativa contempla su aplicación también a los contratos de consumo internacionales. Desde una perspectiva internacional privatista, la propuesta presentada incorpora dos innovaciones principales que la distancian, de forma cualitativa, de las técnicas que vienen siendo utilizadas por el Derecho internacional privado europeo. En primer lugar, en cuanto a la técnica normativa empleada para la regulación del contrato de consumo, el CESL propone un conjunto completo de normas materiales especiales aplicables, sólo bajo determinadas condiciones y de forma facultativa, a los contratos de consumo transfronterizos. Al regular la vida entera del contrato de consumo, la nueva propuesta ofrece una regulación uniforme para cuestiones que han sido objeto de atención por directivas de consumo, recogiendo gran parte de ese acervo pero esta vez con un propósito unificador. Entre otras, están presentes las cuestiones de que se ha ocupado la Directiva de derechos de los consumidores de 2011,² como es el caso de la información precontractual (capítulo 2 del Anexo I) y los derechos de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial (capítulo 4 del Anexo 1). Frente a la técnica de la armonización, bien de máximos o de mínimos, que persigue la igualación de los Derechos de los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante EE.MM.), el objetivo del CESL es aparentemente más modesto, y su propósito es establecer una regulación especial y uniforme para los supuestos internacionales, dejando intacto el Derecho existente para los supuestos internos.

Decimos que solo en apariencia pues el CESL no se preocupa de ocultar una intención más ambiciosa, y su vocación de convertirse en el nuevo esperanto del Derecho contractual europeo, al contemplar de forma expresa que los EE.MM. puedan extender su ámbito de aplicación más allá del establecido (arts.

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

² Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, DOUE L 304 de 22 de noviembre de 2011. La nueva Directiva habilita a los EE.MM. para tener regímenes distintos en escasas ocasiones, si bien cabe identificar algunos supuestos tales como los previstos por el art. 5 apartado 4, el art. 6 apartado 7, y el art. 9 apartado 3.

13 y 15 de la Propuesta de Reglamento).

Aunque el método de reglamentación directo del tráfico externo, a través de normas materiales especiales, es bien conocido en otros ámbitos, como en la normativa reguladora de los contratos de compraventa o transporte internacionales, el CESL supone la primera ocasión en la que dicho método será utilizado por el sistema de Derecho internacional privado de los contratos de consumo.

En lo que se refiere a la sistemática seguida, como novedad importante, el CESL incorpora el régimen de protección del consumidor integrándolo entre las disposiciones del Derecho de contratos, estableciendo en cada caso soluciones diferenciadas para los contratos de consumo.

Esta integración recuerda el modo en que el Derecho de consumo ha sido integrado por el legislador alemán en el viejo BGB a través de la reforma que tuvo lugar en enero de 2002. Sobre la integración en el BGB del Derecho del contratante débil y del Derecho de consumo contractual en la reforma de 1 de enero de 2002, véase ALBIEZ, 2002, pp. 1135-1227. Se trata de una situación que dista de la existente en el Derecho estatal español, donde el Derecho general de contratos y el Derecho consumo encuentran una regulación en textos distintos, sin que esté previsto que a esta situación se vaya a poner término en la regulación en proyecto. En este sentido de mantenimiento se orienta la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones contractuales, elaborada por la Comisión General de Codificación, en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de enero de 2009. Con su integración en el esquema completo del Derecho de contratos el Derecho de consumo gana en coherencia y en efectividad, al quedar organizados con más claridad los diferentes elementos contractuales que deberán completar al régimen de protección.

Como segunda innovación a destacar, el CESL introduce cierto cambio de paradigma en relación con el tratamiento que se viene dispensando a la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en el sistema europeo de Derecho internacional privado. Como se sabe, una de sus piedras angulares consiste en la idea de que la designación de la ley aplicable en el contrato de consumo no puede acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le dispensa la ley del país en el que tiene su residencia habitual (art. 6 del Reglamento (CE) núm. 593 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales). Este principio básico, sin embargo, pierde vigencia cuando el consumidor opta por el CESL, pues en este caso el sistema propuesto sí permite el desplazamiento del Derecho del país del consumidor, como de hecho ocurre en ciertos supuestos. Aunque la tensión entre *buen funcionamiento del mercado* y *protección del consumidor* viene siendo una constante en el desarrollo del Derecho europeo de consumo, y en los combates cuerpo a cuerpo, suscitados ante el TJ, no siempre la balanza se decantó hacia el lado del consumidor,³ con la propuesta presentada el legislador europeo instaura un nuevo paradigma respecto del régimen

³ Como ejemplo de las situaciones mencionadas, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 diciembre 2008, (asunto *Gysbrechts*), el Tribunal europeo tuvo la oportunidad de declarar incompatible con el funcionamiento del Mercado Europeo a la norma belga que prohibía solicitar el número de la tarjeta de crédito al consumidor antes de que hubiera transcurrido el plazo de desistimiento unilateral. La protección concedida al consumidor por esta norma fue considerada como incompatible con las libertades europeas.

de los contratos de consumo internacionales en donde adquiere protagonismo el logro de un mejor funcionamiento del mercado transfronterizo a través de normas uniformes. Señalar este giro en el paradigma no supone ignorar la existencia de razones que lo pueden justificar. En este sentido, tal y como considera la propia exposición de motivos del CESL, “en las operaciones entre empresarios y consumidores, ya no sería necesario averiguar cuáles son las disposiciones imperativas de protección de los consumidores en la legislación del consumidor, puesto que la normativa común de compraventa europea contendría normas de protección de los consumidores plenamente armonizadas que prevén un elevado nivel de protección en toda la Unión Europea” (p. 5). Abundando, desde esta misma perspectiva se considera que aunque en un punto concreto, en relación con un país concreto, la protección pueda ser inferior, ello no implica que globalmente el nivel de protección ofrecido por CESL sea inferior al del Derecho nacional del lugar de residencia del consumidor.

Lo cierto es que el CESL no ha surgido de la nada, por lo que resulta del mayor interés encontrar explicación a las dos innovaciones señaladas. El legislador europeo se ha visto compelido a actuar, aplicando nuevos métodos y cambiando viejos paradigmas, a la vista de la insuficiencia de las técnicas y métodos usados hasta el momento, incapaces de fomentar de forma adecuada el desarrollo económico transfronterizo, tan necesario en los actuales tiempos de crisis. Esta insuficiencia fue puesta de relieve en primer lugar tras los resultados del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 8 de febrero de 2007.⁴ En éste se hizo patente que la fragmentación jurídica, determinada por la armonización de mínimos y el carácter sectorial de la intervención legislativa en materia de consumo, provocaban numerosos problemas y, a la postre, falta de confianza a la hora de aventurarse a comprar o vender en otro Estado Miembro.

Las diferencias dan lugar a gastos de puesta en conformidad adicionales para las empresas, como son los gastos derivados de la obtención del asesoramiento jurídico pertinente o de las modificaciones en el material informativo y comercial o en los contratos o, en los casos de falta de conformidad, el posible pago de costas judiciales. Esta es una de las razones por las que, según citan a menudo las empresas, no realizan negocios transfronterizos. El 19 % de los minoristas de la UE opera y se anuncia al menos en otro Estado miembro, pese a que el 48 % de las empresas está preparado para realizar ventas transfronterizas. El 55 % de los minoristas que manifiesta interés en las ventas transfronterizas considera que los gastos adicionales que se derivan del cumplimiento de las diferentes legislaciones nacionales que regulan las transacciones en materia de consumo son muy elevados o bastante elevados. El 43 % de los minoristas de la UE cree que la armonización de las legislaciones sobre protección de los consumidores debería tener un efecto positivo tanto en sus ventas transfronterizas como en su presupuesto de comercialización transfronteriza. Se dan, incluso, algunos casos en los que los profesionales se niegan a vender a clientes de otros Estados miembros: según una encuesta reciente de Eurobarómetro el 33 % de los consumidores informó de la negativa de algunas empresas a venderles o entregarles mercancías o servicios por no residir en su país.

Según el documento COM (2009) 557, de 22 de octubre de 2009, la fragmentación determina la necesidad de que los comerciantes se adapten a las diferentes normativas contractuales nacionales que pudieran ser aplicables a las operaciones transfronterizas hace que el comercio transfronterizo sea más complejo y

⁴ El libro verde se encuentra disponible en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_es.pdf (consultada el 25 de enero de 2013).

costoso que el doméstico, tanto en las transacciones entre empresas y consumidores como en las transacciones entre empresas, y ello genera más costes de transacción que derivan de la necesidad de documentarse sobre las disposiciones de la normativa contractual extranjera aplicable, de recabar asesoramiento jurídico, de negociar la ley aplicable en las transacciones entre empresas y de adaptar los contratos a los requisitos de la ley del consumidor en las transacciones entre empresas y consumidores.

Por su parte, la Agenda Digital de 2010 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa, documento COM 2010 245 final/2, de 19 de mayo de 2010) deja entrever que el comercio electrónico, aunque facilita la búsqueda de ofertas y la comparación de precios y otras condiciones contractuales con independencia del lugar en que esté establecido el comerciante, no llega a funcionar bien porque los pedidos efectuados desde el extranjero son rechazados por los comerciantes, recelosos de las transacciones transfronterizas por las diferencias que existen entre las normativas contractuales.

Esta constatación no supone ignorar las dificultades que ha tenido el legislador europeo para intervenir en el ámbito de la protección del consumidor, no solo determinadas por la vigencia de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, sino también por la no siempre suficiente base normativa para un desarrollo sistemático del Derecho europeo de protección del consumidor.

El Tratado de Roma no contenía ninguna norma específica de protección de los consumidores, y se centró más bien en la promoción del mercado común y en la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común” (art. 3, letra h TCEE). Con el Acta Única Europea (1986) los derechos de los consumidores alcanzaron por vez primera un lugar entre las políticas comunitarias, al indicar el art. 100 A del TCE que la Comisión debía proponer medidas con el objetivo de proteger a los consumidores, tomando como base “un nivel de protección elevado”. El Tratado de Maastricht (1992) consolidó la posición de los consumidores, con la consagración de su protección como uno de los principios de la Comunidad (art. 3, letra s) y la introducción del art. 129 A, en un título autónomo, dedicado exclusivamente a la defensa de sus intereses. El Tratado de Ámsterdam (1997) reforzó la posición de los consumidores estableciendo nuevas posibilidades para el legislador europeo en la redacción del art. 153 TCE, y manteniendo las que derivaban del art. 95 TCE. En la actualidad, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, los derechos de los consumidores han sido elevados a la categoría de Derecho fundamentales, y a ellos se refiere, entre los derechos de solidaridad, el art. 38 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (LÓPEZ, 2009, pp. 633-641). Las normas que establecen la competencia legislativa de la UE en este ámbito hoy en día son los artículos 12, 114 apartado 3 y 169 TFUE.

Las normas de Derecho internacional privado existentes hasta el momento, contenidas primero en el convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y complementadas después con las normas de Derecho internacional privado dictadas al amparo de las diferentes directivas de consumo, dejaron de ser consideradas como suficientes para resolver este problema. De hecho, cuando se elabora el Reglamento (CE) núm. 593 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Roma I), que incorpora algunas soluciones novedosas para los contratos de consumo internacionales, como la nueva redacción del art. 6 y la introducción del nuevo apartado cuarto al artículo 3, ya parece claro que las soluciones al problema de la fragmentación han de venir por otro camino.

La reacción de la Comisión Europea no se hizo esperar, y se orientó inicialmente hacia el logro de una armonización, esta vez de máximos, a través de la propuesta de directiva europea sobre los derechos del consumidor de 2008,⁵ con el objetivo velado de conseguir la unificación respecto de un grupo importante de directivas de consumo (cláusulas abusivas, contratación a distancia, contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y garantías en la venta de bienes de consumo). El escaso éxito de esta propuesta es bien conocido, y también las críticas que recibió. Interesa ahora destacar el recelo que suscitó la opción por la unificación, especialmente al suponer no sólo la rebaja de los niveles de protección del consumidor en algunos EE.MM. respecto de algunas situaciones, sino la exclusión, de cara al futuro, de la competencia legislativa de los EE.MM. en el ámbito de la protección del consumidor sobre las cuestiones incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva. Ello no impidió la aprobación final de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no obstante con una significativa reducción de su ámbito de aplicación respecto de la propuesta inicial y con una formulación del principio de armonización máxima mucho más matizada.

Para el análisis de esta propuesta de Directiva remitimos a los siguientes trabajos: MICKLITZ *et al.*, 2009, pp. 471-519; EBERS, 2010, pp. 1-47; CARBALLO, 2010, pp. 1-28; ROTT *et al.*, 2009, pp. 459-462; HOWELLS *et al.*, 2009, p. 7; LOOS, 2010, pp. 1-34; MAK, 2009, pp. 55-73; ZYPRIES, 2009, pp. 225-229.

La frustración de la unificación pretendida a través de la propuesta de Directiva de 2008 fue quizás lo que derivó hacia un marco de actuación completamente distinto, el del desarrollo del Derecho contractual europeo. Se puede decir que éste comienza su andadura, mucho después que el Derecho de consumo, con la Comunicación de la Comisión Europea sobre el Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001⁶. Mientras que seguían gestándose directivas de consumo, en 2003 la Comisión publicó un Plan de Acción que sugería la creación de un Marco Común de Referencia (en adelante MCR) que recogiera principios, terminología y reglas modelo comunes de Derecho contractual europeo, con la intención de realizar una revisión exhaustiva del *acquis* en el ámbito del Derecho contractual europeo. El Plan de Acción anunciaba la creación de una red de expertos internacionales a la que se encomendarían los trabajos preparatorios del MCR. A pesar de que los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL), en los que en parte se inspiraron los trabajos, habían prescindido por completo de la dimensión relacionada con el Derecho de consumo, el grupo de expertos opinó que la revisión de los aspectos relacionados con la protección del consumidor debía ser desarrollada en el MCR. De esta manera, la protección del consumidor se convirtió en uno de los ejes importantes para la confección del Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR). El Marco Común de Referencia Europeo se convirtió, así, en el punto de encuentro del Derecho de consumo y el Derecho europeo de contratos, a la vez que parece marcar el camino para los desarrollos futuros (HESSELINK, 2009, pp. 123 -146). La investigación de dicha red de expertos - formada por el *Study Group* y el *Acquis Group* - culminó a principios de 2009 con la publicación del PMCR, como un conjunto modélico

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores. Doc. COM (2008) 614 final, 2008/0196 (COD).

⁶ Doc. COM (2001) 398 final - Diario Oficial 255 de 13.9.2001.

de reglas y caja de herramientas para los legisladores europeos y nacionales (EIDENMÜLLER et al., 2008, p. 693).

Una vez incorporada la perspectiva de protección del consumidor al Derecho contractual europeo en el PMCR, el Parlamento Europeo, en su Comunicación del 25 de noviembre de 2009⁷ abogó por aprovechar todas las ventajas del mercado interior mediante el Derecho contractual europeo y pidió a la Comisión que impulsara su trabajo en el ámbito del Derecho contractual europeo sobre la base del PMCR, así como de otros trabajos académicos en el ámbito del Derecho contractual europeo, e hizo hincapié en que el MCR político debería tener como resultado un instrumento optativo y directamente aplicable a fin de permitir a las partes contratantes, empresas y consumidores, entre otros, poder optar libremente por el Derecho contractual europeo como norma reguladora de sus transacciones.

Desde ese momento los acontecimientos se desarrollaron muy rápido. El testigo fue cogido en 2010 por la Vicepresidenta de la Comisión Viviane Reding, quien no tardó en promover la nueva estrategia en el ámbito del Derecho de contratos. Para la mejor identificación de la línea a seguir, el Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas⁸ indicó cuáles podrían ser las opciones de actuación posibles. El resumen de estas opciones puede verse en GÓMEZ *et al.*, 2012, pp. 6-7.

La Comisión formuló diferentes propuestas sobre la naturaleza jurídica del instrumento opcional, que podría tomar alguna de las siguientes formas: 1. Una publicación por parte de un grupo de expertos, cuyas recomendaciones se podrían utilizar durante la elaboración de las leyes y de los contratos tipo; 2. Una caja de herramientas destinada a los legisladores, mediante un acto de la Comisión o un acuerdo interinstitucional (entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento), que serviría de referencia en materia de Derecho contractual; 3. Una Recomendación de la Comisión para la adopción progresiva y voluntaria de un instrumento europeo por los países de la UE. Dicha solución les ofrecería la posibilidad de modificar su Derecho nacional o de crear un régimen optativo; 4. Un Reglamento para la creación de un instrumento opcional, es decir, un régimen jurídico alternativo que debería ser adoptado por todos los países, pero que pudiera ser elegido libremente por las partes contratantes. 5. Una directiva de armonización de los Derechos nacionales, elaborada con base en normas mínimas comunes. Por lo tanto, los Estados podrían conservar normas más proteccionistas respecto a las de la Directiva; 6. Un Reglamento para la creación de un Derecho contractual europeo, en sustitución de las legislaciones nacionales; 7. Y un Reglamento para la creación de un Código Civil Europeo, que sustituyera los Derechos contractuales nacionales, además de las normas aplicables a otros ámbitos relacionados.

El Libro Verde no configuró a estas opciones como necesariamente excluyentes, permitiendo por tanto la opción por varias de ellas al mismo tiempo. Para la elección de la mejor alternativa propuesta por el Libro Verde y la identificación del instrumento propicio para llevar a cabo la unificación del Derecho europeo de contratos se tomaron en cuenta un buen número de factores.⁹

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos – Programa de Estocolmo”.

⁸ Doc. COM (2010) 348 final, de 1 de julio de 2010.

⁹ SHULTE-NÖLKE *et al.*, 2010, pp. 17 y 18.

Entre ellos, el impacto positivo sobre el funcionamiento del Mercado Interior, la coherencia legislativa de la UE, la conservación de la autonomía legislativa de los EE.MM. y también la garantía de un alto nivel de protección de los derechos de los consumidores y PYMES.

En la Comunicación *Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 de marzo de 2010, la Comisión apuntó la necesidad de ofrecer soluciones armonizadas en los contratos de consumo, establecer modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE y avanzar hacia una legislación europea sobre contratos opcional, mientras que en el Programa de Estocolmo 2010-2014, el Consejo Europeo volvió a invitar a la Comisión a presentar una propuesta de MCR para el Derecho contractual europeo, en la forma de un “conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que debían ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo.” Al constatar que “los consumidores no comprarán en línea si no están convencidos de que sus derechos están claros y protegidos”, la *Agenda Digital Europea* envió el mandato a la Comisión de proponer “a más tardar en 2012 un instrumento opcional de Derecho contractual que complementará la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea”.

La opción ganadora fue la número 4, es decir, “la creación por Reglamento de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pudiera ser elegido por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales” (J. CARTWRIGHT, 2011, pp. 335-349). Realizada la opción, el 27 de abril de 2010 fue nombrado un grupo de expertos para que preparara, con base en el PMCR, una propuesta de MCR, cuyo desarrollo podría ser propuesto como instrumento opcional.¹⁰ Más específicamente, el grupo de expertos debía ayudar a la Comisión a seleccionar aquellas porciones del PMCR que estuvieran relacionadas, directa o indirectamente, con el Derecho contractual, así como a reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados. El grupo de expertos también presentó a la Comisión un estudio de factibilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo – el *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*– formado por 189 artículos que recogían las normas de Derecho de contratos de mayor relevancia práctica en las relaciones contractuales transfronterizas. Con la propuesta de CESL se produce por tanto el engarce entre dos iniciativas que hasta ahora se habían desarrollado en la UE de forma paralela, prácticamente en compartimentos estancos, y cuya necesaria relación se venía pidiendo desde hace tiempo (MICKLITZ et al, 2009, pp. 471-519).

La génesis del CESL permite apreciar que la opción por normas uniformes especiales para los contratos de consumo ha tenido que ver con las dificultades de una unificación más ambiciosa, y con los obstáculos que a ese propósito derivan de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como del mismo fundamento de la intervención legislativa europea. Al mismo tiempo, el cambio en el tratamiento de la inderogabilidad de las normas estatales de Derecho de consumo, aunque puede encontrar una explicación en la existencia de un “nivel elevado de protección” en el CESL, no llega a ocultar del todo el hecho de que, en un contexto caracterizado por la crisis económica, la lógica del mercado parece haber cobrado primacía sobre

¹⁰ Véase la Decisión de la Comisión 2010/233/EU, de 26 de abril, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el Derecho contractual europeo, DOUE L 105/109, de 27 de abril de 2010.

la lógica de protección del consumidor.

El CESL representa el último hito en el desarrollo del Derecho internacional privado europeo de los contratos de consumo. Su importancia radica en que marca la senda para nuevos métodos de reglamentación en este ámbito para una nueva era en donde la contratación transfronteriza europea, que incluye a la contratación en línea, está llamada a recibir un fuerte impulso. Aunque resulta difícil hacer predicciones sobre el grado de aceptación que tendrá, sí cabe empezar a valorar la capacidad de este instrumento para servir a los fines de promoción de ese comercio, de lo que nos ocuparemos a continuación (2). El resto del estudio se ocupará de analizar los aspectos relacionados con la aplicabilidad del CESL a los contratos de consumo internacionales, identificando en primer lugar en qué casos el CESL podrá ser elegido como régimen del contrato de consumo, pues la propuesta de Reglamento propone restricciones bajo diversos puntos de vista (3). Luego analizaremos el modo en que el nuevo instrumento pretende interactuar con los Derechos estatales, mediante su configuración como segundo régimen de Derecho de contratos en cada Estado miembro por el que las partes pueden optar, y prestaremos especial atención al régimen a que queda sometida la elección del CESL, donde la propuesta de Reglamento acuña diferentes elementos de protección del consumidor y no ha llegado a perfilar con completa precisión las complejas relaciones con el Reglamento Roma I (4). Dejamos para una ocasión posterior el análisis de la regulación sustantiva de la protección del consumidor que hace el CESL.

2. Retos y sombras del instrumento opcional: ¿es suficiente para fomentar el comercio transfronterizo?

De la existencia de razones para el CESL resulta difícil dudar. Detrás de esta propuesta se encuentra un dato muy revelador: sólo el 9,3% de las empresas europeas llevan a cabo comercio transfronterizo. Con el lanzamiento del instrumento opcional el legislador europeo tiene la intención política de fomentar ese comercio eliminando barreras y ofreciendo a los consumidores un Derecho de contratos *user friendly* de marca europea que garantice un nivel de protección alto y esté al alcance del consumidor simplemente haciendo click con el ratón sobre el *Blue Button*. Al permitir que los comerciantes habiliten para sus consumidores la elección por el instrumento opcional, éstos se beneficiarían de un régimen uniforme, sin tener que soportar la necesidad de adaptarse a las 27 legislaciones distintas en materia de contratación, con los consiguientes costes adicionales y barreras lingüísticas. Además, los tribunales sólo tendrían que conocer y aplicar dos regímenes en vez de 27 (SCHULTE-NÖLKE, 2010, pp. 131-146). Las ventajas desde esa perspectiva de mercado son bastante claras. La propuesta de normativa común pretende satisfacer esos dos objetivos, aunque falta por averiguar cuál de ellos es el que prima: la protección de los consumidores o la eliminación de las barreras al Mercado Interior. Las doctrinas del *consumer - welfarism* y del *market - individualism* generan una tensión constante que hace necesario encontrar puntos de equilibrio (ADAMS et al., 2007, pp. 188 y ss.). La normativa común opta por llegar a ese punto de equilibrio ofreciendo *un nivel elevado de protección*, a partir del cual resulta indiferente que a través de la aplicación de las normas uniformes pueda tener lugar una rebaja respecto de la

protección estatal del consumidor.

Como ejemplo de estas situaciones, el art. 73 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007), atribuye al comerciante los gastos relacionados con el ejercicio del derecho de desistimiento. En cambio, el art. 45.5 del anexo I atribuye al consumidor parte de dichos gastos.

La elección del régimen europeo impidiendo la aplicación de la protección nacional puede llegar a producir el llamado *social dumping* (RUTGERS, 2010, p. 287), al permitir que los contratos de consumo en un Estado Miembro sean sometidos a un régimen que ofrezca una protección inferior respecto de la prevista por el Derecho nacional, por lo que cabe cuestionar la legitimidad de que la reducción en los parámetros de protección tenga lugar a través de una marca europea.

Al margen de esta dialéctica, la puesta en marcha del CESL puede encontrar problemas prácticos más importantes. Suscita en primer lugar dudas la capacidad del CESL de ofrecer plena seguridad a las partes del contrato. Si bien es cierto que el art. 4 establece el propósito de esta regulación de crear un verdadero sistema autónomo respecto del Derecho de los EE.MM., apoyado en sus propios objetivos y principios adyacentes, esta norma no llega a entrever la dificultad que podrá suponer descubrir soluciones concretas sin hacer recurso, a la postre, a análisis propios del Derecho comparado. Como muestra cabe mencionar el concepto de buena fe contractual, de cuya extensa definición se ocupa el art. 2 (b) del anexo I. ¿Cabe realmente esperar que los jueces en cada país de la UE no filtrarán al aplicar ese artículo elementos procedentes de su propio concepto nacional de buena fe? La existencia de dos cuerpos de Derecho de contratos requerirá un esfuerzo importante de todos los operadores, sobre todo de las autoridades judiciales o entidades extrajudiciales, implicadas en la aplicación de dos sistemas distintos de Derecho de contratos, quienes serán responsables de minimizar los riesgos de filtraciones recíprocas.

Un problema adicional tiene que ver con la interpretación del texto. De hecho, el Talón de Aquiles del CESL es la necesidad de garantizar su aplicación uniforme en los 27 EE.MM, pues normas uniformes, con interpretaciones diferentes, producen normas distintas.

Los dos primeros apartados del artículo 4 del Anexo I de la propuesta de Reglamento disponen que:

(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.*

La interpretación autónoma del CESL plantea una problemática adicional, pues ya se ha comenzado a indicar que el CESL, por su naturaleza, exigiría una autonomía en la interpretación

de un grado mayor respecto de la interpretación que procede hacer de las directivas europeas. Aunque la regla es muy clara, desde la doctrina ya se plantean serias dudas sobre la misma posibilidad de lograr una interpretación verdaderamente autónoma, poniendo de relieve que la aplicación de normas requerirá contar con precedentes (SMITS, 2012, pp. 912-913). Con todo, para tratar de garantizar la interpretación uniforme del CESL la propuesta de Reglamento establece obligaciones de comunicación a la Comisión de las resoluciones judiciales definitivas que sean dictadas en aplicación del instrumento opcional, y contempla la creación de una base de datos, de acceso público, que contenga toda la información al respecto (art. 14 del Reglamento). Aunque quepa dudar que esta base de datos llegue a convertirse en un precedente jurisprudencial válido para todas las instancias judiciales nacionales, y que la base de datos incorpore decisiones que sigan siempre criterios afines, los esfuerzos para superar el reto que supone la puesta en funcionamiento del instrumento opcional no podrán ir por otro camino. La garantía de la aplicación uniforme del instrumento opcional no será completa sin que algún órgano judicial superior asuma la competencia sobre su interpretación uniforme, lo que hace planear la cuestión del papel que corresponderá al colapsado Tribunal de Justicia en el futuro funcionamiento de la normativa común.

Para que el CESL llegue a tener éxito a la hora de fomentar el comercio, y especialmente el electrónico, en el Mercado Interior, es preciso que produzca confianza en sus potenciales usuarios, tanto en las empresas que serán responsables de habilitar la opción por dicho sistema, como en los consumidores que habrán de realizar la opción por el mismo. A pesar de los supuestos beneficios que se prevén aplicando el CESL, su lanzamiento ha generado más bien cierta pesadumbre que se extiende tanto sobre los consumidores como sobre las pymes, supuestos “beneficiarios” directos de la medida legislativa. Desde esos ámbitos se cuestiona tanto la necesidad real de un instrumento optativo para promover el comercio electrónico, como la técnica legislativa empleada. Parece difícil afirmar que, de las propuestas realizadas por el Libro Verde, haya alguna que contribuya mejor que la elegida a satisfacer las exigencias de seguridad jurídica, transparencia, claridad y simplicidad, no sólo para los profesionales de la justicia sino también, y sobre todo, para el consumidor medio (En este sentido véase CARTWRIGHT, 2011, p. 345. Sobre la construcción del concepto de consumidor medio, MAK, 2011, pp. 25-42), aunque otra cosa es que las normas propuestas no puedan ser todavía mejoradas (FELTKAMP *et al.*, 2011, pp. 873-905). Será todo un reto hacer llegar el CESL a sus potenciales usuarios y generar en ellos la confianza necesaria para que lo utilicen. Para este objetivo no sólo serán necesarias campañas de información y la promoción del conocimiento de la normativa común por consumidores y comerciantes.

Si el propósito perseguido es incrementar las transacciones transfronterizas, la UE no debería sólo aportar un conjunto de reglas más eficientes en cuanto a costes para las empresas y beneficios para los consumidores a través del instrumento opcional. Sin perjuicio de la bondad de esta iniciativa, a la vez sería necesario reforzar la confianza de los consumidores mediante la adopción de medidas especiales para garantizar la responsabilidad y la persecución transfronteriza en casos de fraude o engaño, a las que apenas se ha prestado atención a pesar de que esta clase de medidas se echa en falta por los consumidores. Un mecanismo de alerta frente a engaños

transfronterizos sería muy bien recibido.

La falta de vías de reclamación efectivas para las transacciones transfronterizas es otro punto de alarma. La propuesta de Directiva sobre resolución alternativa de litigios y la propuesta de Reglamento sobre resolución de litigios en línea, ambas recientemente presentadas por la Comisión, supondrán un importante avance en este punto (véase ESTEBAN, 2012, pp. 157-188; ESTEBAN, 2011, pp. 1-41).

El 29 de noviembre de 2011 la Comisión Europea publicó un paquete legislativo cuyo propósito es promover la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, a fin de potenciar la confianza necesaria en el comercio electrónico transfronterizo. El paquete en materia de resolución de litigios de consumo abarca dos instrumentos: la Directiva sobre resolución alternativa de litigios (RAL) en materia de consumo, con el objetivo de contribuir al funcionamiento del mercado interior y a lograr un alto nivel de protección de los consumidores garantizando que los litigios entre consumidores y comerciantes puedan someterse a entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa en línea de litigios imparciales, transparentes, efectivos y justos. (art. 1); y el Reglamento sobre resolución de litigios en línea (RLL) en materia de consumo que tiene por objetivo crear una plataforma web europea para la resolución de litigios en línea, a la cual estarán conectados de forma electrónica los servicios nacionales de RAL. Los textos se encuentran disponibles en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_policy_work_en.htm (consultada el 25 de enero de 2013).

Para completar todos los elementos del sistema europeo de las transacciones de consumo transfronterizas, sólo se echaría entonces en falta la existencia de un recurso colectivo a escala europea, del mayor interés si tenemos en cuenta que muchos problemas transfronterizos de consumo sólo pueden recibir un tratamiento adecuado a través de acciones de tipo colectivo.

3. ¿Cuándo se puede optar por el CESL en un contrato de consumo internacional?

La propuesta de Reglamento indica que la normativa común sólo podrá ser elegida en los supuestos comprendidos en su ámbito de aplicación. Además del acuerdo explícito de las partes, es necesario estar en presencia de un contrato transfronterizo de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que queden comprendidos en su ámbito personal, material y territorial (arts. 3 y 5 de la propuesta de Reglamento), y que quede sometido al Derecho de un Estado Miembro de la UE.

La propuesta deja fuera de su ámbito de aplicación a los contratos mixtos y a los contratos vinculados a un crédito al consumo (art. 6). Según cabe colegir de la Exposición de Motivos, con la limitación del ámbito de aplicación del instrumento opcional, la UE pretende ofrecer una respuesta que, al mismo tiempo, logre eliminar obstáculos al buen funcionamiento del Mercado Interior y sea consistente con el principio de proporcionalidad. De acuerdo con la propuesta de Reglamento, en los contratos de consumo sólo es posible optar por el CESL cuando estemos en presencia de un supuesto transfronterizo y, a su vez, dicho contrato esté sometido al Derecho de un Estado Miembro de la UE.

3.1. Contratos de consumo

Si dejamos aparte la contratación entre empresas, la presencia necesaria de un consumidor en el contrato para poder optar por el régimen común de compraventa europeo se desprende sólo de forma negativa del art. 7 de la propuesta de Reglamento. Según su tenor, “*sólo se podrá recurrir a la normativa común de compraventa si el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales es un comerciante*”. En la taxonomía que se hace de las partes del contrato sólo existen comerciantes y consumidores, conceptos que son definidos en el art. 2 letras e) y f) respectivamente. Parece razonable pensar que la definición de consumidor utilizada por el CESL ha de hacer acopio del acervo europeo relativo al concepto de consumidor, donde se deben contar las interpretaciones que han sido desarrolladas por el TJ (ESTEBAN, 2003, pp. 44-71).

De esto cabe extraer algunas consecuencias, por ejemplo para los supuestos en los que el comprador actúa parcialmente dentro y fuera de su actividad profesional, donde habrá que tener en cuenta el fin primordial de su actuación, lo mismo que será necesario prestar atención, para considerar a un comprador como consumidor, al hecho de que se haya creado una apariencia de ese carácter como resultado de las circunstancias que hayan rodeado la contratación. Este criterio ha sido establecido en la Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005, dictada en el caso *Johann Gruber v. Bay Wa AG*. La actuación del principio de apariencia puede revestir cierta complejidad en la contratación electrónica. Como indicios de una apariencia será posible tener en cuenta, sobre todo, la relación comercial previa existente entre las partes, mientras que si se trata de una compra puntual, el nombre y la identificación del comprador, la dirección de envío o la cantidad de mercancía comprada podrán ser elementos relevantes a considerar.

Las disposiciones de la normativa común, al igual que otras disposiciones del Derecho europeo, pasan de forma inadvertida sobre el hecho de que en los sistemas jurídicos de los EE.MM existen acuñaciones del concepto de consumidor que permiten incluir en dicha categoría a un número mayor de beneficiarios del régimen especial. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del Derecho español, según el cual las personas jurídicas también son consideradas como consumidores (Art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2007). Se plantea entonces la siguiente cuestión: ¿será posible optar por la normativa común cuando el contrato internacional ha sido celebrado entre una persona jurídica, considerada como consumidor según el Derecho español, y una empresa de otro Estado miembro o de un Estado tercero? (REICH *et al.*, 2012, p. 11).

Hasta ahora este problema no se ha planteado, pues el hecho de que legisladores, como el español, tuviera en su legislación un concepto más amplio de consumidor, incluso sobre las personas jurídicas, no impedía la posibilidad de extender la protección de los consumidores sobre esta clase de personas, ámbito en el que el Derecho europeo poco podría decir, al situarnos en un terreno al margen de la armonización de las directivas de consumo. El problema es distinto cuando se trata de optar por el CESL, pues en este caso la propuesta de Reglamento pretende limitar las posibilidades de optar por la normativa europea. Además, se contempla expresamente que la opción por la normativa europea al margen de su ámbito de aplicación no tiene los mismos efectos. Por esta razón no resulta una tarea fácil afirmar que el CESL será de aplicación cuando el consumidor es una persona jurídica con residencia en España. A favor de la inclusión cabría considerar que esta interpretación cuadra mejor con la finalidad de protección de los

consumidores que está presente en el instrumento opcional. Por el contrario, la solución de exclusión no sólo no se correspondería con la idea de respeto a los conceptos nacionales, a los que no se ha mencionado ni parece que se pretenda afectar, sino que determinaría unas consecuencias prácticas muy poco satisfactorias, que determinarían, por ejemplo, la existencia de una incorporación por referencia al contrato del CESL cuando en el contrato de consumo ha participado una persona jurídica y ha existido opción por el CESL, que convendría descartar por las razones que veremos más abajo. Si bien existen casos en el ámbito europeo en los que para determinar la condición de consumidor se ha hecho uso de una norma de conflicto (art. 2 del Protocolo sobre el tratamiento de casos para la Red de Centros Europeos del Consumidor, de 1 de julio de 2010) dado que no se trata de un problema general, creemos que para resolverlo puede bastar una mención al mismo en el preámbulo de la propuesta de Reglamento.

La contratación no profesional, entre consumidores, se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la propuesta de Reglamento (art. 7), lo que se justifica por encontrarnos al margen de la política europea de protección de una parte débil, ya sea una PYME o un consumidor. La UE, sin embargo, no debería ignorar la realidad de una contratación de contornos no profesionales que está cobrando cada día más protagonismo como consecuencia de la expansión de las comunicaciones electrónicas. El caso de las compraventas entre consumidores a través de *e-bay* resulta paradigmático. Si tenemos en cuenta que este tráfico necesita también de una regulación de referencia, no vemos razón para no ampliar los contornos del ámbito de aplicación del instrumento opcional, permitiendo que las partes puedan utilizarlo como instrumento de referencia para la regulación de estos contratos.

La explicación de esta iniciativa desde los principios que condicionan la labor legislativa europea será sin duda más compleja dada la dificultad de entroncar una exclusiva finalidad de unificación jurídica del Derecho de contratos con los fines políticos propios de la UE. No obstante, esta ampliación no sólo no debería descartarse, sino que el futuro Reglamento podría llevar a cabo una habilitación expresa a los EE.MM. para extender a estos supuestos también el ámbito de aplicación de la normativa común y, por tanto, la posibilidad de poder optar por él. La aplicación de la normativa común a estos casos evitaría las dificultades asociadas a la tarea de comprobar si en la contratación electrónica alguna persona física está contratando como particular o como comerciante, al ser en uno y otro caso diferente la naturaleza de la opción realizada por la normativa común. Estas dificultades están siendo tenidas en cuenta por la CNUDMI en la normativa que se negocia en la actualidad sobre resolución electrónica de diferencias, donde sólo se distingue entre compradores y vendedores.¹¹

3.2. Contratos tranfronterizos

La normativa común de compraventa sólo está disponible para los contratos tranfronterizos (art. 4). Sin embargo, la propuesta de Reglamento contempla la posibilidad de que los EE.MM puedan optar por la aplicación del CESL también respecto de los contratos internos (art. 13 a). La pregunta que cabe plantear es si esta habilitación encuentra fundamento en el art. 114 TFUE, que se refiere a las medidas que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado

¹¹ Véase el último documento del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, documento A/CN.9/WG.III/WP.112 sobre solución de controversias por vía informática en las operaciones tranfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento.

interior, y si resulta congruente con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que proclama el art. 5 TUE. Como se sabe, el MCR no hace ninguna distinción entre un contrato internacional, un contrato nacional y un contrato transfronterizo, lo cual resulta congruente con la intención doctrinal y académica del mencionado marco. La clave para afirmar la compatibilidad del art. 13 de la propuesta de Reglamento con el Derecho europeo se puede encontrar en el carácter opcional con el que la extensión a los contratos internos es ofrecida a los legisladores estatales.

La definición del contrato transfronterizo resulta diferente dependiendo de si el contrato es celebrado entre empresas o con un consumidor. Mientras que en la contratación entre comerciantes, por contrato transfronterizo se entienden aquellos en los que las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro (art. 4.2), en los contratos de consumo se prevén varias opciones: si (a) la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual: y (b) al menos uno de dichos países es un Estado miembro (art. 4.3). Los apartados 4 y 5 del art. 4 se ocupan, respectivamente, de indicar el lugar que se considera como residencia habitual de una empresa o un empresario individual, y para definir ese concepto cuando la contratación ha sido llevada a cabo a través de la explotación de una sucursal.

Según el art. 4 Reglamento:

4. A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de empresas y otros organismos, constituidos o no en sociedades, será el lugar en que se encuentra su administración central. La residencia habitual de un comerciante que sea persona física será el lugar en el que ejerce su actividad principal.

5. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento de un comerciante, se considerará residencia habitual de este el lugar en que esté situado dicha sucursal, agencia o establecimiento.

3.3. Contratos sometidos al Derecho de un Estado Miembro de la Unión Europea

El CESL únicamente está disponible para aquellos contratos que queden regidos por el Derecho de un Estado miembro de la UE. Esto resulta como consecuencia de que el Anexo I de la propuesta de Reglamento se configura con el carácter de segundo régimen de Derecho de contratos en la legislación de cada Estado miembro. Ello no ha sido óbice, no obstante, para que recientemente se haya destacado que dicho instrumento no puede ser considerado como una parte más del Derecho internacional material de los EE.MM, pues no deja de ser Derecho propio de la Unión Europea, al que corresponde por tanto el rango de Derecho Europeo, con las consecuencias que de esta circunstancia resultan (FLESSNER, 2012, p. 739). La opción por considerar al CESL como segundo régimen no surgió de la labor del grupo de Expertos responsable de la redacción de la normativa común, sino que es debida, por completo, a la Comisión Europea.

La opción acogida respecto de la relación con las normas de Derecho internacional privado ha generado un interesante debate (STÜRNER, 2011, pp. 236 - 242; RÜHL, 2012, pp. 1-14; MANKOWSKI, 2012, pp. 97-105; FERNÁNDEZ, 2012, pp. 14-21). El instrumento opcional podría haber sido configurado como una normativa europea a elegir por las partes a través del ejercicio de la autonomía conflictual que habilita el art. 3.1 Roma I, a modo de régimen número 28 de Derecho de contratos. A pesar de que la propuesta de Reglamento Roma I pretendía haber admitido, como elección válida, la que recayera sobre textos diferentes al Derecho de un Estado, la redacción final adoptada no acogió esta posibilidad por falta de acuerdo sobre el ámbito de aplicación de dicha disposición. Por esta razón, la remisión a esta clase de materiales pasó a ser considerada como mera incorporación material al contrato (véase el considerando 13 del preámbulo del Reglamento Roma I).

Tampoco ha sido acogida la opción, defendida por algunos autores, de otorgar al instrumento opcional un ámbito de aplicación espacial propio, tal y como por ejemplo hace para sí mismo el apartado a) del art. 1 de la Convención de Viena de la Compraventa Internacional de Mercancías de 1980. A pesar de que esta posibilidad encuentra acomodo en las previsiones del Reglamento Roma I (apartado 14 del preámbulo y art. 23), parece haber sido considerada como demasiado audaz por el legislador europeo. Para descartar esta opción no sólo ha pesado el deseo de evitar problemas relacionados con la superación del test de subsidiariedad y de proporcionalidad, sino también la conveniencia de contar con el respaldo de un Derecho estatal que pudiera suministrar un criterio a las cuestiones no reguladas por el instrumento opcional.

La consecuencia de la configuración adoptada es que si las partes han elegido el CESL pero el contrato no queda sometido al Derecho de un Estado miembro de la UE, el primero no será de aplicación, o al menos no como régimen del contrato. La lectura de la Exposición de Motivos del CESL permite apreciar que el legislador europeo no ha llegado a imaginar todas las situaciones posibles que se pueden dar, en las cuales puede ser difícil determinar si la elección por el CESL es válida y eficaz, o si por el contrario cabrá afirmar que, como consecuencia de la no aplicación del Derecho de un Estado Miembro de la UE, la opción por el CESL no ha resultado posible. En este punto se echarían en falta mayores precisiones para el tratamiento de algunas situaciones, como vamos a ver a continuación. La ineficacia de la elección del CESL se puede dar con mucha frecuencia cuando estemos en presencia de un consumidor pasivo con residencia habitual fuera de la UE., y la empresa haya dirigido a dicho país su actividad comercial. Pero también cuando el consumidor con residencia en la UE pueda ser considerado como activo, casos en los cuales podrá ser de aplicación el Derecho del país extracomunitario del vendedor de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 Roma I.

a. Consumidor con residencia en un Estado miembro de la UE

Cuando el consumidor tiene su residencia en un Estado miembro de la UE el supuesto queda siempre comprendido en el ámbito de aplicación de la propuesta de Reglamento, al poder ser considerado como contrato transfronterizo (art. 4.2 Reglamento CESL). Ahora bien, esta circunstancia, por sí sola, no determina que sea posible optar por la normativa común. Se requiere además que el Derecho aplicable al contrato sea el de un Estado miembro de la UE.

Algunos de los escenarios posibles son los siguientes:

1. Si el comerciante, ya esté establecido dentro o fuera de la UE, ha orientado su actividad comercial hacia el país en el cual tiene su residencia habitual el consumidor, y estamos en presencia de un consumidor que disfruta de la protección del art. 6 Roma I¹², la ley aplicable al contrato de consumo será, en defecto de pacto, la ley del país de la residencia habitual del consumidor. En esta situación la opción por el Derecho europeo de la compraventa queda habilitada por la propuesta de Reglamento. Lo mismo ocurrirá cuando las partes hayan elegido como aplicable al contrato de consumo la ley de un Estado miembro.
2. Según indica la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento, uno de los efectos de la normativa común es la neutralización del apartado segundo del art. 6 Roma I. Según su tenor, *“esta disposición puede quedar privada de relevancia práctica si las partes han elegido dentro del ordenamiento nacional aplicable la normativa común”*. Lo cual se explica porque las disposiciones de la normativa común del ordenamiento jurídico del país elegido son idénticas a las disposiciones de la normativa del país del consumidor (Indicando la neutralización que supone el Instrumento Opcional sobre la aplicación del apartado segundo del art. 6 Roma I, véase HESSELINK, 2012, p. 200). Para que esto ocurra será no obstante necesario que ambos Derechos, el del país del comerciante y el del país de la residencia habitual del consumidor, sean de EEMM.
3. Pero la relevancia práctica del art. 6.2 Roma I puede aparecer en otros casos que, quizás por inusuales, no cuentan con una previsión específica. Cabe pensar en contratos de consumo en los que las partes eligen como aplicable el Derecho de un Estado tercero, razón por la cual la opción por la normativa común no es posible. Sin embargo, la posibilidad de optar debería aparecer como consecuencia de la necesidad de garantizar la protección que otorga al consumidor la ley del país de su residencia habitual cuando se trate de un consumidor protegido en virtud del art. 6 Roma I. Y decimos que debería aparecer porque, como se sabe, para estos casos el art. 6 Roma I no prevé el desplazamiento de la ley elegida por las partes y su sustitución, como ley del contrato, por el Derecho del país de la residencia habitual del consumidor.

En este caso las normas que se estarían excluyendo serían, precisamente, las que permiten elegir al instrumento opcional. El legislador europeo no ha dado ninguna respuesta a este problema, quizás por entender que, en los casos típicos, si es el comerciante quien propone la cláusula de elección, también habrá descartado habilitar la opción por el CESL. Pero el problema no deja de plantearse, siendo posible situaciones de discordancia, entre elección del Derecho de un país tercero y previsión de aplicación del CESL, que podrán plantearse sobre todo en supuestos en los que la contratación no tenga lugar en línea. Entender que el instrumento opcional está disponible en estos supuestos conlleva una labor interpretativa que, aunque posible, debería ser facilitada a través de una previsión expresa.

4. En supuestos distintos, como ocurrirá respecto de los contratos de consumo no comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 6 Roma I, o cuando se trate de consumidores activos que realizan compras en otros EE.MM de la UE, cuando todos los elementos del contrato estén

¹² Sobre la definición de consumidor pasivo en la contratación a través de Internet, véase la importante decisión del TJUE de 7 de diciembre de 2010, dictada en el asunto Pammer.

situados en un Estado miembro, la misma interpretación debería tener lugar en aplicación del apartado cuarto del art. 3 Roma I, cuando las partes han elegido la ley de un Estado tercero. La garantía de aplicación del Derecho del foro, siendo éste un Estado miembro de la UE, debería también suponer la apertura de la posibilidad de optar válidamente por el CESL, con las mismas salvedades mencionadas en el apartado anterior.

Véase el trabajo ESTEBAN 2009, pp. 15-45. No hay que olvidar que en los EE.MM existen también normas de Derecho internacional privado dictadas para la transposición de las normas que delimitan en las directivas de consumo su ámbito de aplicación espacial, y que podrían ser también aquí tenidas en cuenta. Véase por ejemplo el art. 29 a EGBGB alemán, o las respuestas del sistema español contenidas en el art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

5. A un resultado similar conducente a la apertura de la opción por la normativa común debería poder llegarse si, por ejemplo, la cláusula en virtud de la cual las partes han elegido el Derecho de un Estado tercero ha de ser considerada como abusiva en virtud del Derecho estatal aplicable con arreglo al art. 6 Roma I. En el Derecho español podría entrar en escena el art. 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Aunque no será frecuente, si el Derecho aplicable al contrato de consumo, una vez determinada la nulidad de la cláusula de elección de ley aplicable, es el de un Estado Miembro de la UE, debería cobrar valor la elección realizada a favor del CESL.

6. Cuando el comerciante, establecido en un Estado miembro o no miembro de la UE, no ha orientado su actividad comercial hacia el país en el cual el consumidor tiene su residencia, desaparecen las restricciones que establece Roma I a la posibilidad de que las partes designen como aplicable al contrato la ley de un Estado tercero. Al no ser de aplicación la ley de un Estado miembro de la UE no será posible optar por el instrumento facultativo. Esta situación se puede dar con enorme frecuencia si tenemos en cuenta que cada vez más se compran productos desde Asia.

Si el contrato no incluye ninguna previsión relativa a la elección del Derecho aplicable, en estos mismos casos será de aplicación al contrato de consumo el Derecho del país del vendedor. Si las partes llevan a cabo la opción por la normativa común dicha remisión no podría ser considerada más que como una mera incorporación por referencia de sus disposiciones al contrato, por lo que para todos estos supuestos será preciso verificar las eventuales contradicciones que puedan existir entre la normativa común y el Derecho estatal aplicable al contrato, produciéndose el fraccionamiento del régimen jurídico.

A la vista de que puede no resultar razonable impedir la aplicación del instrumento opcional en estos casos, pues parece conveniente que pueda encontrar aplicación el instrumento opcional, algunos autores abogan por realizar las modificaciones legislativas necesarias para permitir la aplicación del CESL cuando las partes han optado por el CESL pero han olvidado incluir en el contrato una cláusula que establezca la aplicación del Derecho de un Estado miembro de la UE. Si bien en la contratación en masa a través de Internet esto probablemente no sucederá, no cabe descartar esta clase de supuestos incluso también en ese tipo de contratación. Ante esta situación,

se ha propuesto la posibilidad de habilitar una regla especial para la determinación objetiva de la ley aplicable al contrato (*objective subsidiary choice of law rule*), aplicable cuando no se ha dispuesto nada al respecto en el contrato, o la idea de establecer la presunción de que las partes, cuando designan a la normativa común, lo que han hecho en realidad ha sido elegir de forma tácita el Derecho de un Estado miembro (*presumption of the will of the parties*). En concreto, para los contratos de consumo se ha propuesto una nueva redacción para el artículo 11 de la propuesta de Reglamento, estableciendo en dicha disposición la presunción de que la remisión a la normativa común conlleva la presunción de que las partes han elegido como aplicable al contrato el Derecho de un Estado miembro. De esta manera se lograría someter el contrato al Derecho de un Estado miembro, lo que supondría que la elección del CESL habría sido realizada con plena eficacia.¹³

Pese a sus buenas intenciones, estas propuestas de solución tendentes a hacer aplicable el CESL a través de diversos expedientes cuando las partes han hecho click sobre el *Blue Button*, pero han olvidado incluir la correspondiente cláusula en el contrato, no sólo conllevan un grado demasiado alto de sofisticación, quizás no compatible con la simplicidad que se pretende para el funcionamiento del CESL, sino que poseen escaso acomodo con la intención de no interferir en el funcionamiento del Reglamento Roma I, regulación que quedaría afectada bien por la interpretación propuesta para la sumisión tácita, o bien a través de una regla nuevo cuño para una localización objetiva del contrato que permita entender como aplicable el Derecho de un Estado miembro de la UE.

b. Consumidor con residencia en un Estado no miembro de la UE

A este caso se refiere el apartado 14 de la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento, según el cual “*en caso de que intervengan consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de una ley extranjera para ellos, debe estar sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables*”. Con esta lacónica frase la propuesta de Reglamento opta por no ofrecer una explicación más detenida de las razones por las cuales se estima adecuado que el CESL no sea de mayor extensión aplicativa, debiendo entenderse que la protección que otorga a los consumidores el Derecho europeo posee un sello regional que lo limita al mercado europeo. Sólo en la medida en que estos consumidores contraten con empresas establecidas en un Estado miembro y sea de aplicación el Derecho de un Estado Miembro de la UE será posible realizar la opción a favor de la aplicación del Derecho europeo de la compraventa. Aunque la propuesta de Reglamento ignora esta posibilidad, para estos supuestos podrá también poseer relevancia práctica el art. 6.2 Roma I, en todos aquellos supuestos en los que el consumidor, con residencia habitual en un Estado no miembro de la UE, esté sometido a reglas de protección más favorables de acuerdo con la ley del país de su residencia habitual.

Los problemas detectados, no obstante, hacen ver la necesidad de una reflexión de carácter más bien estructural en torno al ámbito de aplicación del instrumento opcional. En general es posible advertir que muchos de ellos podrían quedar resueltos desvinculando la aplicabilidad en el

¹³ “Common European Sales Law and Third States Sellers” de 14 de febrero de 2012 y “Common European Sales Law, Third States and Consumers” de 23 de febrero de 2012 de G. Cuniberti, disponibles en el blog <http://conflictoflaws.net/>

espacio del instrumento opcional respecto del Reglamento Roma I, y convirtiendo así al CESL en prioritaria respecto de la aplicación de dicho. Aunque tradicionalmente estas opciones no han querido ser estimadas por el legislador europeo, se trata de una posibilidad que se encuentra habilitada tanto por el art. 23 Reglamento Roma I, como por el apartado 14 de su preámbulo. Queda por ver si el legislador europeo llegará a tener la audacia de considerarla, salvo que estemos en presencia de un problema de competencia (WAGNER, 2012, p. 455).

4. Régimen de la selección del CESL en los contratos de consumo

La aplicación del CESL depende del acuerdo de las partes (art. 3 y 8 Reglamento). En la opción por el carácter facultativo ha pesado la intención del legislador europeo de no topar con excesivos escollos en la tramitación legislativa que puedan provenir de la superación de los test de subsidiariedad y de proporcionalidad, que hasta el momento han imposibilitado el logro de unas metas más altas en forma de un Código Europeo de Derecho de Consumo. De hecho, pese a su carácter opcional, la propuesta no se preocupa de ocultar esa intención más ambiciosa, y su vocación de convertirse en el nuevo esperanto del Derecho contractual europeo, al contemplar de forma expresa que los EE.MM. puedan extender su ámbito de aplicación más allá del establecido (arts. 13 y 15 de la Propuesta de Reglamento). Para que quede bien clara la naturaleza especial de esta elección la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento indica que *“este acuerdo [...] 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”* (FERNÁNDEZ, 2012, pp. 14-21). El carácter opcional es sin duda uno de los elementos estrella de la nueva normativa común. Con ello se pretende que la misma se gane el afecto político de los EE.MM., al interferir de una forma *soft* sobre su legislación estatal. En la tramitación legislativa, dicho carácter evita tener que mirar con lupa el contenido de la normativa común en lo que concierne a la superación del test de subsidiariedad y de proporcionalidad. Si el *opting out*, esto es, la posibilidad para los Estados de desvincularse de la normativa común, habría causado dificultades para los EE.MM., el sistema de *opting in* genera otra clase de dificultades, relacionadas con la necesidad de un plus de diligencia a emplear por los jueces en la aplicación del instrumento, y sobre todo con el manejo adecuado del régimen de elección de la normativa común por las partes del contrato. La doctrina no ha tardado en poner de relieve que la libertad de opción no siempre favorecerá la aplicación de la normativa común. Por el contrario, puede suponer la creación de barreras a su aplicación, habida cuenta que las empresas podrán querer dar preferencia aplicativa a un Derecho más familiar y conocido respecto de una nueva “ley” sobre la cual no cuentan con experiencia práctica, razones que podrían mantener alejados a los no iniciados (SONNENBERGER, 2002, pp. 406 y ss.).

El CESL incorpora elementos de protección del consumidor en el propio régimen de elección de la normativa común. El examen de estos elementos plantea algunas interrogantes que convendría que recibieran una clarificación en las próximas etapas de la tramitación legislativa.

4.1. Garantía de consentimiento independiente e informado para la aplicación de la normativa común de compraventa europea

En los contratos de consumo el acuerdo sobre la utilización de la normativa común sólo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato (art. 8.2 propuesta de Reglamento). En los casos de contratación en línea, este requisito podrá cumplirse eventualmente con la inserción en la página web de una casilla especial que haya de ser señalada, el famoso *Blue Button* (SCHULTE-NÖLKE, 2011, pp. 749-970).

En congruencia con la necesidad de una declaración independiente, el art. 9 de la propuesta de Reglamento dispone que “además de los deberes de información precontractual establecidos en la normativa común de compraventa europea, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, aquel deberá alertar a este, antes del acuerdo, acerca de la intención de aplicar dicha normativa, facilitándole de forma ostensible la ficha informativa del anexo II”. La referida ficha pretende facilitar al consumidor la realización de una elección informada sobre la opción por el Derecho europeo de la compraventa. A pesar de que esta es una de sus funciones, desde la doctrina ya se ha puesto en duda que sirva realmente para conseguir la mencionada aceptación informada del consumidor (RIESENHUBER, 2012, p. 4). El régimen establecido para la validez del pacto de elección del Derecho europeo da un paso adicional en el grado de protección del consumidor a fin de garantizar siempre y en todo caso un consentimiento informado, al establecer que sí, debido a las condiciones de la contratación, la ficha no se encuentra disponible para el consumidor (lo que ocurrirá especialmente en la contratación por teléfono, SMS), éste no estará vinculado por el acuerdo de elección de la normativa común hasta que reciba la confirmación a que se refiere el art. 8.2 (art. 9.1 propuesta de Reglamento).

Es importante subrayar que, en el sistema diseñado, la falta de disponibilidad para el consumidor de la ficha en el momento de la contratación lo único que debería hacer peligrar es la validez del acuerdo de elección de la normativa común, y no por el contrario la del contrato, por más que este efecto sea el que parece que se desprende de la lectura del contenido de la ficha en las diferentes versiones lingüísticas, donde no se habla de la validez del acuerdo de elección de la normativa común sino de la validez del contrato. Cabe mostrar preocupación por el hecho de que la formulación de la ficha, en su redacción actual, no sólo no resulta congruente con el tenor del art. 9.1 de la propuesta de Reglamento (que se refiere a la validez de la elección y no del contrato), sino que de su letra parece derivarse una interferencia sobre el Derecho de contratos de los EE.MM y sobre el régimen que a dicha cuestión ofrecen, alternativamente, el art. 10 Roma I o la regulación del CESL sobre la existencia y validez del contrato. Habría que aclarar, en supuestos de duda sobre la existencia del contrato, cuál de estos dos regímenes es de aplicación. Y en la tramitación legislativa posterior sería necesario también prestar atención a la redacción final de la ficha para que contribuya realmente a informar y no a crear confusión en un ámbito en el que la construcción propuesta peca quizás de un exceso de sofisticación.

El comerciante también está obligado a facilitar al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en soporte duradero (art. 8.2 propuesta de Reglamento). El cumplimiento de esta

obligación puede tener efectos distintos dependiendo de si la ficha del anexo II fue o no puesta antes a disposición del consumidor. Cuando no haya sido así, como por ejemplo ocurriría en los supuestos de contratación por teléfono o SMS, el consumidor estará vinculado por el acuerdo sólo una vez que, tras recibir la confirmación, exprese explícitamente su consentimiento en relación con la utilización de la normativa común. Si el consumidor, por el contrario, ya disponía de la ficha del anexo II con anterioridad, la facilitación de esta confirmación no aporta novedad sobre la validez del pacto, que ya lo era desde que se manifestó el consentimiento pinchando en el *Blue Button*.

Este régimen de validez del acuerdo suscita algunas cuestiones. En primer lugar, cuando la elección del Derecho europeo no ha tenido lugar en la forma contemplada por los artículos 8 y 9 propuesta de Reglamento (por ejemplo, no se ha facilitado la ficha a que se refiere el anexo II y la cláusula de elección ha sido introducida como una cláusula más dentro del clausulado del contrato o, en la contratación telefónica, el comerciante no ha facilitado al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en soporte duradero), la consecuencia es la invalidez del acuerdo de elección del Derecho europeo (art. 8.1 propuesta de Reglamento). Esta solución, en nuestra opinión, no resulta congruente con la ratio de protección que sirve de base para la exigencia formal del acuerdo de elección. En efecto, dicha ratio debería permitir al consumidor dar por válido el acuerdo celebrado en un modo distinto del previsto en el art. 8 y 9, para obligar al comerciante a quedar sometido a sus propias declaraciones. Creemos que la falta de diligencia del comerciante para permitir una declaración independiente de elección del *Blue Button* no debería perjudicar al consumidor. Esta orientación cuadra además con la propia redacción del art. 9.1 de la propuesta de Reglamento cuando dispone que “*el consumidor no estará vinculado por el acuerdo*”. A *sensu contrario*, no debería existir razón para entender que el comerciante sí que ha quedado vinculado por sus propias declaraciones, cuando no ha facilitado el consentimiento independiente del consumidor, pudiendo darse efecto a la elección realizada en un modo distinto del previsto en el art. 8.2 propuesta de Reglamento.

El Reglamento debería ocuparse de esta cuestión más allá del establecimiento de sanciones a los comerciantes que no habilitan de forma correcta la posibilidad de optar por la normativa común (art. 10 Propuesta de Reglamento). La solución podría consistir en atribuir a los requisitos de consentimiento independiente e informado no el carácter de elementos necesarios para la validez del pacto sino de elementos cuya concurrencia hacen al pacto oponible o vinculante para el consumidor, siendo dejadas las cuestiones de validez exclusivamente en manos de las normas generales del CESL. A continuación ofrecemos una formulación alternativa para el art. 8 acorde con las anteriores consideraciones:

Art. 8

La utilización de la normativa común de compraventa europea requiere un acuerdo al efecto entre las partes que será válido si es conforme con las disposiciones pertinentes de la normativa común de compraventa europea.

En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, el acuerdo de utilización de la normativa común de compraventa europea no será vinculante u oponible al consumidor si éste no ha sido expresado mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el

acuerdo para celebrar un contrato. El comerciante deberá facilitar al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero.

En segundo lugar, la propuesta de Reglamento no se refiere a la posibilidad de que las partes, una vez que la normativa común ha sido elegida, puedan excluirla en un momento posterior, por ejemplo durante el debate procesal o extrajudicial. Esta posibilidad, en nuestra opinión debería ser excluida en lo que afecta a la contratación de consumo pues el carácter imperativo de estas normas debería conducir a su aplicación de oficio.

Finalmente, tampoco se pronuncia la propuesta de Reglamento sobre la posible admisibilidad de una elección tácita de la normativa común que tenga lugar una vez surgido el litigio ante tribunales, o simplemente cuando el asunto esté pendiente de la decisión por un sistema alternativo de resolución de diferencias de consumo. Aunque la elección en estos casos no habrá tenido lugar en el momento de la contratación, creemos que en estos casos debería primar la intención de las partes de aplicar la normativa común. La propuesta de Reglamento podría hacerse eco de esta posibilidad, no dejándola caer simplemente en el ámbito de una insegura incorporación por referencia que, como luego veremos, posee bastantes inconvenientes. Todas estas dificultades requerirían para su solución un pronunciamiento expreso del legislador europeo, siendo preciso sobre todo clarificar la relación de estas exigencias con las propias del pacto de elección del Derecho aplicable que regula Roma I (Corneloup, 2012, pp. 723-725).

4.2. Garantía de aplicación integral de la normativa común de compraventa europea

La aplicación integral de la normativa común responde también a las exigencias de protección del consumidor. Según el art. 8.3 propuesta de Reglamento *“en las relaciones entre un comerciante y un consumidor no se podrá recurrir a la normativa común parcialmente, sino únicamente en su integridad”*. Las razones que se explicitan para prohibir el fraccionamiento aparecen en el apartado 24 del preámbulo de la propuesta de reglamento, según el cual ello se hace *“con el fin de evitar una aplicación selectiva [...], lo que podría alterar el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes y afectar negativamente al nivel de protección de los consumidores [...].”*¹⁴ La visión contraria al fraccionamiento en la aplicación del régimen opcional también fue expresada por el Parlamento Europeo, poniéndose el énfasis en la inseguridad jurídica que puede acarrear.¹⁵ Con esta regla el CESL pretende impedir que el fraccionamiento del régimen del contrato provoque una disminución en el régimen de protección del consumidor. Para los contratos de consumo, el CESL se aparta en este punto del régimen general del Derecho de contratos, donde la práctica del *depeçage* es bien conocida. La solución general que ofrece el art. 6 Roma I para la determinación del régimen del contrato de consumo internacional, que permite la selección de una ley y aplicar las normas imperativas de la ley del país de la residencia habitual del consumidor, otorga preferencia al fraccionamiento, suponiendo por tanto el CESL un cambio en el paradigma seguido en el Derecho internacional privado de los contratos de consumo.

¹⁴ Conviene recordar que la propuesta de Reglamento Roma I, al igual que la propuesta actual, pretendía haber descartado esta posibilidad, al excluir la elección de la ley aplicable en los contratos de consumo.

¹⁵ Vid. la nota del Departamento de Políticas de Derecho de los ciudadanos y asuntos constitucionales, *“Interplay between an optional instrument and national laws”*, Parlamento Europeo 425.645, 2010, p. 8

4.3. Fraccionamiento e incorporación material de la normativa común de compraventa europea en los contratos de consumo

La opción por el régimen común de compraventa europea puede darse al margen de los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación que establece la propuesta de Reglamento. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando no estemos en presencia de un contrato transfronterizo de los definidos en el art. 7 propuesta de Reglamento, cuando no haya sido entregada la confirmación del pacto por el comerciante, o también cuando el consumidor es una persona jurídica, en caso de que se opte por la interpretación restrictiva que hemos mencionado anteriormente. Para todos estos supuestos, el CESL no prevé su aplicación. Ahora bien, aunque tampoco se prevé, nada parece impedir que las disposiciones de la normativa común formen parte del contrato en virtud del principio general de autonomía material, que podría actuar en el modo a que se refiere el apartado 13 del preámbulo de Roma I, según el cual, “el presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”.

Si bien en la contratación entre comerciantes nada parece que deba oponerse a la eficacia de esta clase de incorporación por referencia del CESL, la coherencia de la regulación europea debería conducir a otra solución, por lo menos en los casos de contratación de consumo. La admisión de dicha incorporación por referencia, al permitir el fraccionamiento del régimen del contrato de consumo, puede conllevar una aplicación parcial del sistema de protección establecido por el CESL, así como una aplicación del instrumento opcional en contradicción con las propias reglas de protección del consumidor que contiene, entre ellas el art. 8.3 de la propuesta de Reglamento que prohíbe el recurso parcial a la normativa común. En los casos mencionados más arriba, el CESL no es de aplicación y el art. 8.3 de la propuesta de Reglamento resulta inaplicable. Pero ello no evita que resulte llamativo el cambio de filosofía que se produce entre unos y otros casos. Como quizás la cuestión no se ha planteado, convendría que el legislador europeo considerara la posibilidad de preservar la coherencia interna en la aplicación práctica del instrumento opcional a través de la exclusión de la incorporación por referencia de esta normativa en los contratos de consumo.

5. Conclusiones y propuestas

La creación de un sistema opcional para las compraventas transfronterizas de consumo refleja el desasosiego del legislador europeo a la hora de crear una alternativa viable al método tradicional y parcialmente eficaz de la armonización de mínimos, y al propio de las normas de conflicto de Roma I para determinar el Derecho aplicable al contrato internacional de consumo. La UE emprende de esta manera *sui generis* una nueva era de pro activismo jurídico,¹⁶ que supone un

¹⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “El planteamiento proactivo del Derecho: un paso más hacia una mejor legislación a nivel de la UE” (2009/C 175/05). El planteamiento proactivo puede ser sintetizado en pocas palabras de la siguiente forma. “[...] tradicionalmente, en el ámbito del Derecho el interés se ha centrado en el pasado. Si la investigación jurídica se ha interesado principalmente por los fracasos: defectos,

cambio de paradigma en el sistema de Derecho internacional privado de contratos de consumo con miras a mejorar el funcionamiento del Mercado Interior. Desde esta perspectiva, el instrumento opcional propuesto no puede ser visto más que como la punta de lanza de los desarrollos a los que podremos asistir en los próximos años.

El mero lanzamiento de la propuesta constituye un hito sin precedentes en lo que se refiere a la creación de un sistema europeo uniforme de protección del consumidor, algo que ha resultado inédito, y que no pierde valor ni queda desdibujado ni por su carácter opcional ni tampoco por su ámbito de aplicación muy restringido, pues son bien conocidos los condicionantes de la labor legislativa en este ámbito. Lo que sí cabría esperar es que, rotas las primeras barreras políticas, en los desarrollos futuros quepa barajar otras opciones de fundamento jurídico, pasando del art. 114 TFUE al art. 352 TFUE, que cuenta con el inconveniente de exigir la unanimidad. En otro plano, no cabe desdeñar para el efecto de unificación jurídica pretendido la ocasión que la puesta en funcionamiento del instrumento opcional brinda para que los Estados miembros revisen de forma unilateral sus sistemas de Derecho de contratos, y entre ellos también el español.

Al igual que las casas que todavía no están bien cimentadas, el CESL requiere todavía muchos retoques, razón por la cual incluso se aboga a fin de que la propuesta no entre en vigor todavía, a fin de dar la oportunidad de ampliar los debates en torno a su ámbito de aplicación y contenido (EIDENMUELLER, 2012, pp. 269-289). En la revisión que hemos realizado sobre la aplicabilidad del instrumento opcional a los contratos de consumo, ha sido posible detectar variados aspectos a los que convendría prestar atención de cara a su mejora.

Una vez admitido que el instrumento opcional puede suponer una rebaja de la protección del consumidor respecto de lo dispuesto por el Derecho nacional, convendría tener en cuenta este aspecto a fin de establecer obligaciones de información que permitan al consumidor hacer una opción verdaderamente informada sobre las consecuencias de optar por su Derecho nacional o por el instrumento opcional, a fin de evitar que la rebaja en la protección no sea conocida por el consumidor y ello se haga bajo un logo europeo, generando el llamado *dumping social*.

Conviene igualmente replantear la orientación de las exigencias de validez del consentimiento relativo a la elección del CESL en los contratos de consumo, a fin de evitar en lo posible que normas diseñadas para proteger al consumidor no lleguen a traicionar sus propios objetivos. En este sentido, la exigencia de consentimiento independiente no debería ser un obstáculo para que el consumidor pueda invocar el CESL, de igual modo que el tenor de la ficha informativa también puede ser mejorado. Respecto de las cuestiones relacionadas con la validez de la cláusula de opción por el CESL, todavía quedan algunas cuestiones pendientes de clarificar, entre ellas la relación con el régimen que ofrece el Reglamento Roma I.

Además, por razón de los objetivos de protección perseguidos en los contratos de consumo, cabría pensar en introducir en el Reglamento elementos capaces de flexibilizar la aplicación de las

retrasos e incumplimientos de la Ley”, el enfoque proactivo se orienta al futuro, se centra en el éxito y no en el fracaso. Se trata de tomar la iniciativa para promover y potenciar factores que conduzcan al éxito.

normas uniformes, incorporando por ejemplo la posibilidad de su aplicación a través de un pacto posterior a la celebración del contrato. Dados sus efectos perniciosos, se echaría en falta una cierta mayor dosis de congruencia en el diseño de la protección del consumidor relacionada con la aplicación integral del CESL. Una solución podría ser excluir las incorporaciones por referencia en los contratos de consumo.

Por último, como sistema imperativo de protección del consumidor, el sistema opcional debería recibir en cada Estado miembro una aplicación acorde con dicha caracterización, lo que deberá conducir a la aplicación de oficio del sistema por las autoridades judiciales o extrajudiciales.

El éxito del CESL depende en gran parte de la diligencia que tengan los comerciantes en activarlo y potenciarlo. Dependerá del esfuerzo que se ponga en su implantación, y especialmente de las medidas de información, el buen funcionamiento de la base de datos de las sentencias que apliquen la normativa común, y de la promoción de buenas prácticas en comerciantes y consumidores en cuanto al manejo del futuro instrumento. Al instrumento opcional le queda un largo camino por recorrer y muchos aspectos todavía se pueden perfeccionar. Ya se le puede reprochar haber abierto la caja de Pandora y desencadenado un proceso jurídico de alta complejidad, pero quizás de no tan alto rendimiento en el sistema de Derecho internacional privado de los contratos de consumo, cuya eficacia y éxito solo podrán ser determinadas una vez puesto en marcha. Ahora bien, el CESL puede ser visto como un paso en la transición hacia la creación de un Derecho contractual europeo (METZGER, 2012, p. 723). Tras unos años o decenios, podría dejar de ser opcional y convertirse en el régimen europeo de cabecera. En esta dirección, la integración de la protección del consumidor en el Derecho contractual europeo estaría relacionada con la misma idea de ciudadanía europea y, según las conclusiones del Consejo de Tampere, con la creación de un verdadero Espacio de Justicia Europea.¹⁷ Pero en la situación actual cabe preguntarse, ¿este movimiento de ajedrez ha sido quizás precipitado y marca el principio del fin prematuro del Derecho contractual europeo?

¹⁷ Un ejemplo es el reciente Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351 de 20 de diciembre de 2012), que suprime el procedimiento especial de declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales con fuerza ejecutiva procedentes de los EEMM. En este sentido, Hesselink, 2007, pp. 323-348.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
TJUE, PLENO, 07.12.2010	C-144/09	P. Lindh	Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) y Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller ."
TJUE, 2ª, 20.1.2005	C-464/01	R. Schintgen	Johann Gruber contra Bay Wa AG

7. Bibliografía

J. ADAMS y R. BROWNSWORD (2007), *Understanding Contract Law*, Thomson, Londres.

K.J. ALBIEZ DOHRMAN (2002), "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *Anuario de Derecho civil*, núm. LV-3, pp. 1135-1227.

M. CARBALLO FIDALGO (2010), "Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *InDret 1/2010*, (www.indret.com).

J. CARTWRIGHT (2011), "Choice is Good. Really?", *European Review of Contract Law*, vol. 7, núm. 2, pp. 335-349.

S. CORNELOUP (2012), "Der Anwendungsbereich des Optionalen Instruments, die Voraussetzungen seiner Wahl und das Verhältnis zur Rom I-VO", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4/2012, pp. 705-725.

M. EBERS (2010), "De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *InDret 2/2010*, (www.indret.com).

H. EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER y R. ZIMMERMAN (2008), "The Common Frame of reference for European private law: policy choices and codification problems", *Oxford Journal of legal Studies*, núm. 28, p. 693.

H. EIDENMUELLER, N. JANSEN, E.M. KIENINGER, G. WAGNER y R. ZIMMERMANN (2012), "The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Shortcomings of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law (January 25, 2012)", *Juristenzeitung*, pp. 269-289.

F. ESTEBAN DE LA ROSA (2003), *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, pp. 44-71.

F. ESTEBAN DE LA ROSA (2005), "La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa", *Diario La Ley Unión Europea*, núm. 6242, pp. 1-7.

F. ESTEBAN DE LA ROSA (2009), "Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado", *Aranzadi Civil*, núm. 2, pp. 15-45.

F. ESTEBAN DE LA ROSA (2011), "Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas", *RGDE*, núm. 25, pp.1-41.

F. ESTEBAN DE LA ROSA (2012), "¿Hacia un nuevo Derecho Internacional Europeo de protección del consumidor? La nueva iniciativa europea en el ámbito de la resolución de litigios de consumo", en A. DREYZIN DE KLOR (dir.) *Los derechos del consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, Zavalía, Argentina, pp. 157-188.

R. FELTKAMP y F. VANBOSELE (2011), "The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-Performance in Sales of Goods", *European Review of Private Law*, núm. 6, pp. 873-905.

E. FERNÁNDEZ MASÍA (2012), "Optando por la normativa común de compraventa europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, pp. 1-21.

A. FLESSNER (2012), "Der Status des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts - Kommentar zur Sabine Corneloup", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4/2012, pp. 726-740.

F. GÓMEZ POMAR y M. GILI SALDAÑA (2012), "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *InDret* 1/2012, (www.indret.com).

M. HESSELINK (2007), "The New European legal culture. The Politics of the European Civil Code. The ideal of Codification and the Dynamics of Europeanization. European Contract Law - A Matter of Consumer Protection, Citizenship or Justice?", *European Review of Private Law*, núm. 15, pp. 323-348.

M. HESSELINK (2009), "The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart", *Center for the Study of European Contract Law*, Working Paper series number 2009/02, pp. 123-146.

M. HESSELINK (2012), "How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation", *European Review of Private Law*, núm. 1, pp. 195-212.

- G. HOWELLS y R. SCHULZE (2009), "Overview of the Proposed Consumer Rights Directive", *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, p. 7y ss.
- M. LOOS (2010), "Full Harmonisation as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive", *Centre for the Study of European Contract Law*, Working Paper Series 2010/03, pp. 1-34 (<http://ssrn.com/abstract=1639436> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1639436>.)
- M. LÓPEZ ESCUDERO (2009), "Art. 38, protección de los consumidores", en A. MANGAS MARTÍN et al., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, pp. 633-641.
- V. MAK (2009), "Review of the Consumer Aquis: Towards Maximum Harmonization?", *European Review of Private Law*, núm. 1, pp. 55-73.
- V. MAK (2011), "Standards of Protection: in Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", *European Review of Private Law*, núm. 1, pp. 25-42.
- P. MANKOWSKI (2012), "Der Vorschlag für eine Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 58, pp. 97-105.
- A. METZGER (2012), "Kommentar zu Jan M. Smits", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4/2012, pp. 918-923.
- H.W. MICKLITZ y N. REICH (2009), "Crónica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a Directive on consumer rights", *Common Market Law Review*, núm. 46, pp. 471-519.
- V. REDING (2011), "Por qué necesita Europa un Derecho contractual europeo opcional", *InDret* 2/2011, (www.indret.com).
- N. REICH y H.W. MICKLITZ (2012), "The Commission Proposal of a Regulation for an Optional "Common European Sales Law" -too broad or not broad enough?", *EUI Working Papers Law* núm.4, pp. 1- 87.
- K. RIESENHUBER (2012), "Information über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts", *GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, núm. 1, pp. 2-6.
- P. ROTT y E. TERRYN (2009), "The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 3, pp. 459-462.
- J. RUTGERS (2010), "An Optional Instrument and Social Dumping Revisited", *European Review of Contract Law*, pp. 287-295.

G. RÜHL (2012), "The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regimen", *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper núm. 2012/5, pp. 1-14.

S. SÁNCHEZ LORENZO (2008), "Vías y límites a la unificación del Derecho Privado Europeo: "soft law versus hard law" o "Comisión contra Parlamento", en AAVV, *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Thomson-Civitas, pp. 377-405.

H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, Ch. BUSCH (2010), "From the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to the current EU contract law debate. Briefing note for the Committee of Legal Affairs" PE,425.638,(<http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Schulte%20Nolke%20EN.pdf>).

H. SCHULTE-NÖLKE (2010), "The way forward in European Consumer Contract Law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws", en TWIGG FLESNER (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 131-146.

H. SCHULTE-NÖLKE (2011), "Der Blue Button kommt - Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, núm. 4, pp. 749-970.

H.J. SONNENBERGER (2002), "L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sontelles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001?", *Rev. crit. dr. int. pr.*, pp. 405-433.

J. M. SMITS, "The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4/2012, pp. 904-917.

M. STÜRNER (2011), "Kollisionsrecht und Optionales Instrument: Aspekte einer noch ungeklärten Beziehung", *GPR-Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 5/2001, pp. 236-242.

G. WAGNER (2012), "Transaktionskostensenkung durch Europäisches Kaufrecht? - Der Blue Button klemmt", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3/2012, pp. 455-460.

B. ZYPRIES (2009), "Der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2/2009, pp. 225-229.