

¿ES EL CESL LEGISLACIÓN INTELIGENTE?¹

Esther Arroyo Amayuelas

Profesora Titular de Dret Civil

Universitat de Barcelona

Resumen: Con la Propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de la compraventa europea (COM (2011) 635 final, Brussels 11.10.2011) (CESL, siglas en inglés), la Comisión pretende superar el fracaso de la Propuesta de Directiva horizontal sobre derechos de los consumidores, con un enfoque más pragmático. El reglamento no impone modificaciones en los Derechos nacionales de los Estados miembros, porque es opcional, es decir, no obligatorio, y solo se aplica a algunas transacciones transfronterizas en contratos entre empresarios y con consumidores, cuando las partes lo elijan con preferencia al Derecho que normalmente sería aplicable según las normas de conflicto. Puede dudarse de que tal alternativa al método tradicional de legislar constituya un paso adelante en el proyecto de legislación inteligente impulsado desde Europa con el fin de superar la fragmentación de las legislaciones nacionales, porque introduce complejidad en el sistema, sin que se aprecie claramente el ahorro de costes de transacción para las empresas.

Palabras clave: Normativa Comun de Compraventa Europea, Instrumento Opcional, Código civil europeo, Mercado interior, Protección del consumidor, Pequeñas y Medianas Empresas, Contenidos digitales, costes de transacción, elección de las partes.

Title: Is the CESL Smart Legislation?

Abstract By means of the Proposal for a Regulation of the Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM (2011) 635 final, Brussels 11.10.2011) (CESL), the Commission intends to overcome the failure of the Proposal for a Horizontal Directive on Consumer Rights, adopting a more practical approach. Because it is optional (i.e. not binding) the Regulation does not impose the modification of national law, and it only applies to certain cross-border

¹ Miembro del Instituto de investigación TransJus (U. Barcelona). Además, el trabajo forma parte de las actividades realizadas al amparo de los Proyectos DER 2011-26892 y 2014 SGR 22.

transactions between traders and with consumers, if the the parties have elected it instead of the law that would normally apply according to international private law. It is uncertain whether this alternative to the traditional legislative method may reveal itself as a step forward towards the smart regulation project, which Europe promotes as a way of surmounting the fragmentation of national legislation. The new technique adds a further layer of complexity to the system, and its possible advantages in terms of transaction costs decrease for traders do not reveal themselves clearly.

Keywords: Common European Sales Law, Optional Instrument, European Civil Code, Internal Market, Consumer Protection, Small and Medium Enterprises, Digital Contents, Transaction costs, Party Choice.

SUMARIO. ¿ES EL CESL LEGISLACIÓN INTELIGENTE?. 1. Introducción. 2. Hacia la mejora de la legislación europea. 2.1. *Directivas de armonización máxima*. 2.2. *Un Marco Común de Referencia*. 2.3. *Un instrumento opcional sobre Derecho de contratos*. 3. ¿Es el CESL un Código? 3.1. *Un ámbito de aplicación material muy limitado*. 3.2. *Reglas ¿para qué modalidad de contratación?*. 4. Un cuerpo uniforme de reglas opcionales. 4.1. *La opción y la protección de los consumidores*. 4.2. *El CESL solo se aplica a las transacciones transfronterizas*. 4.3. *El CESL solo se aplica en contratos B2C y B2B*. 5. La elección y sus efectos en el mercado interior. 5.1. *¿Quién elige en contratos con consumidores?*. 5.2. *¿Reducción de los costes de transacción?* 6. Consideraciones finales.

1. Introducción

La armonización del Derecho privado en Europa persigue la eliminación de obstáculos en el mercado interior. Con esa finalidad se han ido promulgando en las últimas décadas directivas tendentes a igualar las reglas que debían regir las transacciones en ese mercado, especialmente las transacciones de consumo. Sin embargo, si, por un lado, la armonización mediante directivas de mínimos no ha dado los frutos esperados, por el otro, el cambio de política tendente a priorizar la promulgación de una directiva horizontal de armonización plena, sobre Derecho contractual de consumo, también ha sido recibido con hostilidad.² La Comisión ha descartado igualmente la posibilidad de uniformizar el Derecho contractual mediante reglamentos vinculantes, porque la técnica de reemplazar los Derechos nacionales exige cambios demasiado profundos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y tal vez pueda parecer una medida excesiva, si lo único que se pretende es facilitar el comercio

² Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores (COM (2008) 614 final). Vid. MICKLITZ, H. W. – REICH, N., "Crónica de una muerte anunciada: The Consumer Proposal for a Directive on Consumer Rights", *Common Market Law Review*, 46, 2009, págs. 470-519; ROTT, P. - TERRY, E., "The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single set of Rules", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 3, 2009, págs. 456-488; EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización plena", *Indret*, 1, 2010 <www.indret.com> (última descarga: 10.10.2014).

transnacional.³ Por eso, finalmente, se ha acabado imponiendo una tercera vía, que, a la vez que permite a la Comisión sobreponerse al fracaso de la Propuesta de Directiva horizontal, tiende a solucionar el problema de la comprensibilidad y consistencia de la legislaciones nacionales, evitando al máximo su fragmentación. Se trata de un reglamento de carácter opcional, es decir, no obligatorio, y solo aplicable a algunas transacciones transfronterizas en contratos entre empresarios y con consumidores, cuando las partes lo elijan con preferencia al Derecho que normalmente sería aplicable. Se ha dado a conocer como Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL, siglas en inglés).⁴

Es posible que la falta de una base legal clara⁵ y, tal vez, la infracción de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁶, no contribuyan al éxito de tal iniciativa. Son cuestiones que aquí no se tratarán o solo muy tangencialmente. Tampoco se profundizará en el contenido del CESL, ni desde el punto de vista material, ni desde el punto de vista del Derecho internacional privado. De forma más bien modesta, las páginas que siguen solo ofrecen una visión general del reglamento, en el contexto de la política legislativa llevada a cabo desde Europa para contribuir a la realización del mercado interior. La opcionalidad es una idea imaginativa y sugerente y quizás la Propuesta pueda ser considerada un camino de transición hacia el tantas veces evocado Código civil europeo. Aun así, este nuevo método de legislar no despeja todos los interrogantes y, en su diseño actual, podría decirse que el instrumento opcional es menos atractivo de lo que la Comisión pretende hacer creer. Mayor claridad y simplificación pueden contribuir a que sea mucho más útil. En esa línea se manifiesta, hoy por hoy,

³ Sobre el argumento, TWIGG-FLESNER, Ch., "Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation? – A way forward for EU Consumer Contract Law", *European Review of Contract Law*, 2, 2011, [págs. 235-256], págs. 243-246.

⁴ COM (2011) 635 final, Bruselas 11.10.2011. Para un comentario exegético de su articulado, SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law*. Beck. Munich, 2012; SCHMIDT-KESSEL, M. (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*. Sellier. München, 2014.

⁵ La Propuesta se apoya en el artículo 114 TFUE, pero se discute que esta base competencial sea adecuada, porque la medida no tiene por objeto armonizar los Derechos nacionales. *Vid.* MICKLITZ, H. W. – REICH, N., "The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL)' – Too Broad or Not Broad Enough?", *EUI Working Papers Law*, 4, 2012, [págs. 1-38], págs. 4-11; Max Planck Institute, "Policy Options Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 75, 2011, [págs. 371-478], págs. 386-396; RUTGERS, J. W., "An optional instrument on contract law: is there a competence to adopt one?", en POLLIOT, E. – RUEDA, I. (dirs.), *The Boundaries of European Private Law*. Larcier. Bruxelles, 2012, págs. 39-45.

⁶ Así se pronuncian los dictámenes de los Parlamentos de algunos Estados miembros. *Vid.* SENSBURG, P. E., "The Position of the German Bundestag on the Commission Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law", *European Review of Contract Law*, 2, 2102, págs. 189-203. El dictamen de la *House of Commons* puede leerse en <http://www.parliament.uk/pagefiles/74689/23%2011%20Draft%20Reasoned%20Opinion%20on%20Common%20European%20Sales%20law.pdf>; además, *vid.* la opinión del *Bundesrat* de la República de Austria http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/886/886237/886237en.pdf > (última descarga: 10.10.2014).

casi la generalidad de la doctrina que todavía cree en él. En esa dirección van también la mayor parte de las enmiendas del Parlamento europeo⁷, que en gran medida se nutren de los afortunados comentarios del recientemente creado Instituto de Derecho Europeo⁸ (ELI, siglas en inglés) con sede en Viena.⁹

2. Hacia la mejora de la legislación europea

Según las instituciones de la Unión europea, crear una alternativa a la armonización de las distintas legislaciones nacionales permite legislar menos y avanzar en el proyecto de legislación "inteligente" (*smart legislation*), que aboga por un mayor uso del reglamento en detrimento de la directiva y por normas más sencillas, comprensibles y accesibles a consumidores y empresas.¹⁰ Sorprende, pues, que la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de la compraventa sea tan poco manejable y se presente dividida, ni más ni menos, que en tres partes. Por un lado, el Reglamento propiamente dicho (las llamadas "*chapeau rules*"), con normas que contienen un listado de definiciones, otras que regulan su ámbito de aplicación, y algunas más que se refieren al carácter opcional del Derecho de contratos que contiene; por otro, el Anexo I (186 preceptos), con la regulación sustantiva del Derecho de contratos (CESL); y, finalmente, un Anexo II, con la hoja que informa a los consumidores sobre la posibilidad de elegir el CESL y una breve descripción de los principales derechos que la norma les reconoce. La presentación es confusa y no debe extrañar que ahora un conjunto de enmiendas del Parlamento europeo tenga por objeto, precisamente, mejorarla, fundamentalmente mediante la fusión de las "*chapeau rules*" y el Anexo I.¹¹

⁷ El pasado 26.2.2014 el Parlamento europeo aprobó su dictamen en 1ª Lectura, con numerosas propuestas de cambio. La edición provisional del texto (P7_TA-PROV(2014)02-26) puede encontrarse en la página web del Parlamento europeo <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0159&language=ES&ring=A7-2013-0301>> (última descarga: 10.9.2014). Vid. además el previo informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, de 24.9.2013 <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+XML+V0//ES>> (última descarga: 10.10.2014).

⁸ Vid. European Law Institute, Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (COM(2011) 635 final), de 7.9.2012; vid. además el Primer Suplemento a este texto, de 28.2.2014, que incluye comentarios a la resolución del Parlamento europeo citada en la nota anterior. En adelante, se citará como 1st ELI Supplement. Ambos textos son accesibles en la página web del ELI <<http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/>> (última descarga: 10.10.2014).

⁹ Sobre el ELI, vid. JEREZ DELGADO, C., "Fundación del Instituto Europeo de Derecho. European Law Institute", *Anuario de Derecho Civil*, 3, 2011, págs. 1075-1078; ZIMMERMANN, R., "Retos del Instituto de Derecho Europeo", *Anuario de Derecho Civil*, 3, 2011, págs. 1079-1098.

¹⁰ Vid. el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El 28º régimen: Una alternativa para legislar menos a nivel comunitario" – Ponente Sr. Pegado Liz (DOUE C 21, 21.1.2011), epígrafe 2; Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Bruselas, 3.3.2010, COM (2010) 2020 final), epígrafe 3.1, pág. 23: "La Comisión propondrá [...]: Impulsar la agenda sobre legislación inteligente, inclusive estudiando un uso más generalizado de reglamentos en vez de directivas [...]".

¹¹ Vid. enmiendas 23-25, 81-82.

La opcionalidad goza de firmes partidarios y es una técnica ya experimentada en otros ámbitos.¹² Sin embargo, un reglamento opcional sobre un Derecho general de contratos no se había propuesto con anterioridad.¹³ Durante mucho tiempo, ha sido difícil entrever con claridad cómo se podía contribuir a mejorar el funcionamiento del mercado interior. En parte, el debate se alimentaba de los controvertidos argumentos sobre la necesidad u oportunidad de un código civil europeo y sobre si este debía o no reemplazar a los Derechos nacionales.¹⁴ Como se verá, el CESL no es un código civil, ni sectorial, ni de contratos.¹⁵

2.1. Directivas de armonización máxima

Poco tiempo después de que el Consejo europeo recomendara un estudio sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados

¹² SMITS, J. M., "Optional Law: A Plea for Multiple Choice in Private Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17 (4), 2010, págs. 347-352 <<http://ssrn.com/abstract=1780268>> (última descarga: 10.10.2014); FLEISCHER, H., "Optionales europäisches Privatrecht (28. Modell)", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 76, 2012, págs. 235-252; LEHMANN, M., "Derecho privado europeo ¿Un Derecho opcional?", *Noticias de la Unión Europea*, 320, 2011, págs. 3-12. En el ámbito del contrato de seguros, *vid.* NORIO-TIMONEN, J., "Legal coherence as a Prerequisite for a Single European Market", en LETTO-VANANO, P. - SMITS, J. M. (eds.), *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Sellier. München, 2013, págs. 43-58, y allí más referencias. Sobre la eficacia práctica de los instrumentos opcionales, FAUVARQUE-COSSON, B. - BÉHAR-TOUCHAIS, M., *Implementation of optional Instruments within European civil Law*. Study requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Parliament, Brussels, 2012 (PE 462.425) <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462425/IPOL-JURI_ET%282012%29462425%28SUM01%29_EN.pdf> (última descarga: 10.10.2014).

¹³*Vid.* REDING, V., "The Next Steps Towards a European Contract Law for Business and Consumers", en SCHULZE, R. - STUYCK, J. (eds.), *Towards a European Contract Law*. Sellier. Munich, 2011, [págs. 9-20], pág. 14: "as regards contract law, we need a new approach"; BUSCH, Ch., "Scope and Content of an Optional European Contract Law", *Contrato e Impresa / Europa*, 1, 2012, [págs. 193-206], págs. 193-195.

¹⁴Para un análisis más completo del que aquí puede ofrecerse, *vid.* JANSEN, N. - RADEMACHER, L., "European Civil Code", en SMITS, J. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2ª ed. Edward Elgar. Cheltenham (UK), 2012, págs. 299-313; ZIMMERMANN, R., "Diritto Privato Europeo: 'Smarrimenti, disordini'", *Contrato e Impresa / Europa*, 1, 2012, págs. 7-36; SCHULZE, R. - STUYCK, J., "Towards a European Contract Law - An Introduction", en SCHULZE - STUYCK, *Towards...*, págs. 3-9; LOOS, M. B. M. - KEIRSE, A. L. M., "The Optional Instrument and the Consumer Rights Directive: alternative ways to a new *ius commune* in contract Law", en LOOS, M.B.M - KEIRSE, A. L. (eds.), *Alternative ways to ius commune. The Europeanisation of Private Law*. Intersentia. Cambridge [etc.], 2012, págs. 1-20; TWIGG-FLESNER, Ch., "La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la Unión Europea", en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) - ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012, [págs. 81-105], págs. 81-87; DANNEMANN, G. - VOGENAUER, S., "Introduction: The European Contract Law Initiative and the 'CFR in Context' Project", en DANNEMANN, G. - VOGENAUER, S. (eds.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*. Oxford University Press. Oxford, 2013, [págs. 1-20], págs. 1-14.

¹⁵ *Vid. infra* epígrafe 3.

Miembros¹⁶, la Comisión planteó por primera vez en el año 2001 un debate sobre la mejor alternativa para reducir las diferencias, con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior.¹⁷ El método de armonización mediante directivas de mínimos se empezaba a cuestionar, porque, aunque podía ser eficaz para reducir las diferencias entre los distintos Derechos nacionales, no conseguía eliminarlas y ni siquiera en los ámbitos armonizados; además, la armonización sectorial provocaba incoherencias entre las normas comunitarias.¹⁸

El cambio de política tendente a priorizar la promulgación de directivas de máximos se empezó a gestar con la estrategia en materia de protección de los consumidores para el periodo 2002-2006¹⁹; tuvo sus primeros resultados entre 2002 y 2005; y se hizo todavía más visible en las propuestas que formulaba el Libro verde sobre la protección de los consumidores, en el año 2006.²⁰ Como no solo se trataba de evitar las diferentes aproximaciones de cada Estado miembro, sino que también debía procurarse que el *acquis* ganara en coherencia, la Comisión pensó que, junto a las reformas necesarias en ocho directivas, era preciso reemplazar cuatro de ellas (sobre contratación fuera de establecimiento y a distancia, cláusulas abusivas y ventas de consumo) y completarlas con nuevas reglas sobre entrega y riesgo en la compraventa. La propuesta cristalizó en un texto que se hizo público en el año 2008²¹ pero que fue recibido con franca hostilidad, por distintas razones: en parte, porque era un texto incompleto; en parte también, porque no aseguraba el mantenimiento del nivel de protección del consumidor que ya se había alcanzado en algunos Estados miembros.²² Al final, se acabó aprobando la Directiva 2011/83, de 25.10.2011, sobre derechos de los consumidores, que es mucho menos ambiciosa que la propuesta y también mucho menos de lo que su rúbrica da a entender.²³

¹⁶Consejo europeo de Tampere (15-16 octubre 1999), conclusión n. 39 <<http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions/archives-2002-1993>>.

¹⁷Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, sobre Derecho contractual europeo (COM (2001) 398 final) (DOUE C 255, 13.9.2001).

¹⁸ TWIGG-FLESNER, "La Directiva...", en CÁMARA - ARROYO, *La revisión...*, pág. 84. Sobre los diferentes tipos de directivas y sus efectos armonizadores, *vid.* JOHNSTON, A. - UNBERATH, H., "European private law by directives: approach and challenges", en TWIGG-FLESNER, Ch. (ed.), *The Cambridge Companion of European Union Private Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2010, [págs. 85-100], págs. 85-92.

¹⁹ COM (2002) 208 final.

²⁰ COM (2006) 744 final.

²¹ COM (2008) 614 final.

²² TWIGG-FLESNER, "La Directiva...", en CÁMARA - ARROYO, *La revisión...*, págs. 85-87.

²³ DOUE L 304, 22.11.2011. Para un breve análisis general, TWIGG-FLESNER, "La Directiva...", en CÁMARA - ARROYO, *La revisión...*, págs. 87 ss. Recientemente, a la luz de la norma de transposición en el Derecho español, *vid.* DÍEZ ALABART, S. (dir.) - ÁLVAREZ MORENO, M^a T. (coord.), *Contratos a*

2.2. Un Marco Común de Referencia

Mucho antes, el Plan de Acción de la Comisión del año 2003²⁴ había hecho explícita la necesidad de elaborar un Marco Común de Referencia (CFR, siglas en inglés), entre cuyos fines se encontraba mejorar la coherencia del *acquis* en el ámbito del Derecho contractual europeo.²⁵ El texto debía procurar reglas y terminología uniforme, pero también debía ser la base para ulteriores reflexiones sobre un instrumento opcional.²⁶ La Comisión favorecía claramente ese enfoque, porque permitía la subsistencia de los Derechos nacionales y no su reemplazo. El Plan de Acción de 2004 reiteraba y perfilaba la estrategia y sugería cuáles podrían ser los posibles contenidos del CFR, pero no se pronunciaba abiertamente sobre los que debería tener un instrumento opcional, ni qué sectores debían merecer especial atención. La Comunicación se limitaba a recordar que:

“Un instrumento opcional solo debía contener aquellas reglas de Derecho contractual, generales o específicas de ciertos contratos, que claramente contribuyan a identificar los problemas para un adecuado funcionamiento del mercado interior”.²⁷

La Comisión remarcaba expresamente que el CFR no pretendía ser un «código civil europeo» con pretensión de armonizar los Derechos contractuales nacionales²⁸, pero ello contrastaba con las declaraciones de los investigadores implicados en su redacción, que no dudaban en calificar

distancia y contratos fuera de establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la L. 3/2014, de modificación del TRLCU). Reus. Madrid, 2014.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Un Derecho contractual más coherente – Plan de acción (COM (2003) 68 final, Bruselas, 12.2.2003) (DOUE C 63, 15.3.2003).

²⁵Sobre el contexto en que se insería el CFR y su significado, *vid.* TWIGG-FLESNER, Ch., *The Europeanisation of Contract Law. Current Controversies in Law*. 2a ed. Abingdon [et.]. Routledge, 2013, págs. 151-175. Sobre la contribución al CFR del grupo *Acquis*, *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario”, en JEREZ, C. *et al.* (dirs.), *I Jornadas sobre Derecho privado europeo*. Civitas-Thomson. Madrid, 2008, págs. 49-157.

²⁶ COM (2003) 68 final, epígrafe 4.1.1, nn. 62, 64; epígrafe 4.3.

²⁷Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Derecho contractual europeo y revisión del acervo: Perspectivas para el futuro (COM (2004) 651 final). Cfr. Anexo I; Anexo II, epígrafe 4.

²⁸ COM (2004) 651 final, epígrafe 2.3: “La Comisión propiciará un diálogo sobre la oportunidad de adoptar un instrumento facultativo. Aunque es prematuro especular sobre los resultados de dicha reflexión, conviene precisar que la Comisión no pretende proponer un «código civil europeo» que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros, y que dicha reflexión no debería interpretarse como un cuestionamiento de los métodos aplicados actualmente para fomentar la libre circulación mediante soluciones flexibles y eficaces”.

el texto que elaboraban como “proyecto de código”²⁹. En verdad, el texto académico resultante³⁰ difícilmente podía dejar de ser considerado un código, por lo menos uno sectorial de Derecho patrimonial, a la vista de sus amplios contenidos –en buena parte sugeridos por el Parlamento³¹–, su estructura y remisiones internas y la prolijidad de normas.³² Dado que, además, las reglas propuestas iban acompañadas de las respectivas notas y comentarios y todo ello excedía claramente de la finalidad de mejorar el *acquis* presente y futuro –tarea a la que, como se ha dicho, paralelamente se estaban invirtiendo otros esfuerzos– era verosímil pensar que el CFR y el tantas veces aludido instrumento opcional acabarían siendo la misma cosa, como ya había denunciado el Parlamento (sobre todo para reclamar mayor protagonismo en su redacción).³³

2.3. Un instrumento opcional sobre Derecho de contratos

La Comisión no adoptó la versión académica definitiva del CFR que le fue entregado en el año 2009 por los juristas encargados de su redacción. Por el contrario, lo que hizo fue encargar a un grupo de expertos su revisión³⁴, con el fin de seleccionar las materias relevantes para un mejor funcionamiento del mercado interior. El resultado se hizo público el 3.5.2011³⁵, pero todavía sería necesario un Libro Verde de la Comisión

²⁹ VON BAR, C. - SCHULTE-NÖLKE, H., “Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 5, 2005, [págs. 165-168], pág. 166. Repárese, además, que el nombre de uno de los grupos que debía acometer la tarea era, precisamente, “Study Group on a European Civil Code”.

³⁰ VON BAR, C. - CLIVE, E. - SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*. Sellier. Munich, 2009.

³¹ *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 15.1.2001, sobre la aproximación de Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, epígrafe 15 (DOUE C 140 E, 13.6.2002).

³² Ello sin perjuicio de que, una vez enjuiciada su calidad, algunos abominaran del calificativo. Así, muy críticos con el texto, JANSEN, N. - ZIMMERMANN, R., “A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference”, *The Cambridge Law Journal*, 69 (1), 2010, págs. 98-112.

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 23.3.2006, sobre el Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: perspectivas para el futuro, letra B (DOUE C 292 E, 1.12.2006).

³⁴ *Vid.* Decisión de la Comisión 2010/233/UE, de 26.4.2010 (DOUE L 105, 27.4.2010). La doctrina ha criticado abiertamente la falta de legitimación de los redactores del llamado “*Feasibility Study*”. Así, *inter alia*, GRUNDMANN, S., “Costs and Benefits of an Optional European Sales Law”, *Common Market Law Review*, 50, 2013, [págs. 225-242] págs. 234-236; PAISANT, G., “La Proposition d’un droit commun de la vente ou l’espéranto contractual de la Commission européenne”, *La Semaine Juridique. Edition Générale*, 18, 30 avril 2012, doct. 560 (consulta *on line*); ZIMMERMANN, R., “Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law”, *European Review of Contract Law*, 8 (4), 2012, [págs. 367-399], págs. 395-396.

³⁵ Publicado en un anexo en SCHULZE-STUYCK, *Towards...*, págs. 217 ss. Sobre el trabajo de la Comisión, GÓMEZ POMAR, F. - GIL SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, contenido y efectos”, *Indret*, 1, 2012, [págs. 1-27], pág. 8 <www.indret.com> (última descarga: 10.10.2014); SCHULTE-NÖLKE, H., “Vor und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”, en SCHULTE-

sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas³⁶, antes de decidir la naturaleza y ámbito de aplicación del nuevo texto. Estos eran aspectos sobre los que, sorprendentemente, el grupo de expertos no debía pronunciarse.³⁷ En realidad, el ofrecimiento a debatir públicamente las 7 opciones propuestas podía considerarse una mera formalidad³⁸, puesto que la Comisión no escondía sus preferencias por una aproximación focalizada en el Derecho contractual general y de consumo, reflejada en un reglamento de carácter voluntario y opcional, que es la opción que, finalmente, ha prevalecido.³⁹ Aunque ello no iba en la línea de lo sugerido por el Consejo, que en el Programa de Estocolmo solo aspiraba a una caja de herramientas para el legislador europeo⁴⁰, el Parlamento sí que apoyaba cautelarmente la medida, si bien estimaba necesario adoptar nuevas técnicas complementarias.⁴¹

3. ¿Es el CESL un Código?

NÖLKE, H. – ZOLL, F. – JANSEN, N. – SCHULZE, R. (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*. Sellier. München, 2012, [págs. 1-20], págs. 13-16. Vid. también, SCHULTE-NÖLKE, H., "Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law" y FAUVARQUE-COSSON, B., "A Step Further in a Long and Incremental Process: the Feasibility Study of the Expert Group on European Contract Law, ambos en SCHULZE – STUYCK, *Towards...*, págs 35-45 y págs. 173-177, respectivamente.

³⁶ COM (2010) 348 final, Bruselas 1.7.2010.

³⁷Denuncia ese aspecto, entre muchos, MICKLITZ, H. W., "A 'Certain' Future for the Optional Instrument", en SCHULZE – STUYCK, *Towards...*, [págs. 181-193], págs. 182-184.

³⁸Críticas con el proceso, CLARET, H. – PIGNARRE, G., "Les methodes de la Comission: à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ?", *Recueil Dalloz Sirey*, 9, 2011, págs. 1981-1983.

³⁹ Pros y contras de cada opción, en el detallado informe del Max Planck Institute, "Policy Options...", págs. 371-478. Poniendo el acento en el instrumento opcional, BEHAR-TOUCHAIS, M. – CHAGNY, M. (dirs.), *Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponses du réseau Trans Europe Experts*. I. Société de Legislation Comparé. Paris, 2011.

⁴⁰Vid. Consejo europeo – El Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE C 115, 4.5.2010), epígrafe 3.4.2, donde se decía que: "el marco común de referencia para el Derecho contractual europeo debe ser un conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deben ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo".

⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 11.6.2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas (DOUE C 380 E, 11.12.2011), esp. epígrafe 5: "[R]econoce la necesidad de nuevos progresos en el sector del Derecho contractual y se muestra favorable, frente a otras opciones, a la opción 4, consistente en la creación de un instrumento optativo por medio de un reglamento, tras realizar una evaluación de impacto y aclarar el fundamento jurídico; considera que dicho instrumento optativo podría complementarse con una «caja de herramientas», que podría aprobarse por medio de un acuerdo interinstitucional; aboga por la creación de «modelos de contratos europeos normalizados», traducidos a todas las lenguas de la UE, vinculados a un sistema de resolución alternativa de litigios que funcionase en línea, lo que tendría la ventaja de ser una solución más sencilla y rentable para las partes contratantes y la Comisión".

No es raro que la doctrina se refiera al CESL, de forma abreviada, como "código" (opcional), para describir gráficamente la idea de que, frente a la actual legislación fragmentaria en el *acquis*, el CESL contiene normas fundamentales del Derecho privado y, en particular, sobre la parte general del Derecho de obligaciones y contratos.⁴² Es así porque, a propósito de los contratos que regula, el legislador también incorpora reglas sobre aspectos más generales, esto es, no estrictamente necesarias para delimitar el régimen jurídico de los primeros (fundamentalmente, los derechos y deberes de las partes y los remedios en caso de infracción). Así, se ofrece una regulación amplia que incluye normas sobre deberes de información precontractual; conclusión del contrato, incluidos los requisitos formales; derecho de desistimiento y efectos de su ejercicio; anulación del contrato por vicios o explotación injusta y consecuencias de dicha anulación; interpretación, contenido y efectos del contrato; determinación y efectos de las cláusulas contractuales abusivas; restitución de las prestaciones tras la resolución y la anulación del contrato; y prescripción (y preclusión). Sin embargo, el término "código" es improcedente desde otros puntos de vista⁴³. Baste referirse aquí a la incompletitud (a) y a ciertas deficiencias en los contenidos (b) del CESL.

(a) En sus casi 200 preceptos, el CESL no regula todas las materias que idealmente formarían parte de un código, ni siquiera uno sectorial de contratos, puesto que solo contiene los tipos contractuales que, según la Comisión, son más relevantes en las transacciones económicas transnacionales: en particular, la venta. Además, no proporciona un cuerpo uniforme de reglas aplicables *a lo largo del ciclo de vida del contrato*, porque solo incluye "la mayoría de los ámbitos que son pertinentes a la hora de celebrar contratos transfronterizos", o, si se prefiere, "los ámbitos que revisten mayor importancia a la hora de celebrar contratos", o, en fin, aquellos que, según la Comisión, tienen "importancia práctica".⁴⁴ Son afirmaciones poco comprensibles, que dan como resultado que materias como la invalidez por incapacidad, ilegalidad o inmoralidad, la lengua del contrato, la discriminación, la representación, la organización de las relaciones contractuales en caso de pluralidad de deudores y/o acreedores, la cesión de créditos, la compensación o la confusión, deban ser reguladas por las leyes nacionales que resulten aplicables según los Reglamentos Roma I y Roma

⁴² COLLINS, H., "Why Europe Needs a Civil Code", *European Review of Private Law*, 4, 2013, [págs. 907-922], pág. 913: "is described appropriately as an 'optional code'".

⁴³ ZIMMERMANN, "Codification...", págs. 367-399. A propósito del CESL, pone el acento en el distinto estilo y contenido de la regulación, según se trate de redactar un código o leyes especiales, WENDEHORST, Ch., "The 'Legal Basis' of European Private Law in the Light of EU Constitutionalisation", en MOCCIA, L. (ed.), *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*. Sellier. Munich, 2013, [págs. 33-45], págs. 36 ss.

⁴⁴Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento (en adelante, Prop. Regl.), pág. 4. Considerandos 6, 26 Prop. Regl. *Vid.* además Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Common European Sales Law to facilitate cross-border transactions in the single market, COM (2011) 636 final, 11.10.2011, pág. 8 (texto no disponible en castellano).

II.⁴⁵ Con ligeros retoques, el Parlamento europeo insiste en que el ámbito de aplicación material del CESL debe contar con esas mismas limitaciones⁴⁶, sin reparar suficientemente en que algunas de las materias excluidas ya han sido objeto de amplios estudios de Derecho comparado y cuentan con un precedente en los Principios Lando (PECL, siglas en inglés), Unidroit (PICC, siglas en inglés) o el CFR.⁴⁷ El CESL, en fin, tampoco se ocupa de la lengua del contrato⁴⁸, ni de otras materias que podrían tener relación con él, como el enriquecimiento injusto, la transmisión de la propiedad o las garantías⁴⁹. Si la responsabilidad extracontractual también se excluye es porque nada tiene que ver con el contrato. De ahí que el Considerando 10 de la Propuesta de Reglamento afirme que las relaciones precontractuales no quedan cubiertas por el CESL y que debe regir el Derecho nacional, aplicable de acuerdo con el Reglamento Roma II. Con todo, la conclusión debe ser matizada, a la vista del artículo 11,II de la Propuesta de Reglamento, que impone que tales relaciones se rijan por la normativa común europea, cuyo uso se haya acordado válidamente, siempre que el contrato llegue a celebrarse, es decir, retrospectivamente.⁵⁰ Parece que, entonces, la responsabilidad es contractual.

⁴⁵Considerando 27 Prop. Regl. (mal traducido en castellano). *Vid.* Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (EC) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE L 177, 4.7.2008); Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (EC) 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (DOUE L 199, 31.7.2007).

⁴⁶ *Vid.* la enmienda 14 del Parlamento europeo, de reforma del Considerando 27, y la enmienda 76, que incorpora un nuevo artículo 11a en la Propuesta de Reglamento con el fin de dejar claro en el articulado la exclusión de esas materias. Con todo, ahora se precisa que si las razones de la inmoralidad o ilegalidad se tratan en la normativa común europea, son sus normas las que deben servir para enjuiciarla. Un ejemplo de inmoralidad es el artículo 51 CESL sobre explotación injusta. En relación con la representación y la capacidad de obrar, el informe del ELI aborda la cuestión, pero solo de forma parcial. *Vid.* artículo 4 bis ELI 1st Supplement, pág. 37.

⁴⁷*Vid.* la crítica de ZIMMERMANN, R. "Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts", *Juristische Blätter*, 134, 2012, [págs. 2-22], págs. 9-10, que atribuye las lagunas a la precipitación con la que se ha redactado la Propuesta.

⁴⁸Pero *vid.* artículos 61, 76 CESL, sobre interpretación y lengua de las comunicaciones. En materia de interpretación, la enmienda 129 del Parlamento europeo pretende introducir un nuevo artículo 61 (1a) en el que, con carácter imperativo, se considere auténtica la versión del documento contractual escrito en la lengua oficial del consumidor. El artículo 10 (1) del 1st ELI Supplement, pág. 44, opta por la libertad de elección de la lengua del contrato, supuesto que el CESL deba circunscribirse a la contratación a distancia (sobre el particular, *vid. infra* epígrafe 3.2) y añade una regla más detallada sobre la lengua a usar en las comunicaciones, en particular cuando se contrata con consumidores (art. 15) (págs. 45-46).

⁴⁹ La propuesta del Parlamento europeo de incorporar una norma sobre la reserva de propiedad (enmienda 179), no afecta a la regulación de los modos de adquirirla, que continúa sin abordarse, sino solo a una de las obligaciones del vendedor. La exclusión de las garantías puede estar justificada en la medida en que afecta a terceras personas.

⁵⁰ Artículo 11, II Prop. Regl.: "Siempre que el contrato se haya celebrado efectivamente, la normativa común de la compraventa europea regirá igualmente el cumplimiento de los deberes en materia de información precontractual y los remedios en caso de incumplimiento". Fundamentalmente, se trata de la aplicación del Capítulo 2 CESL. Crítica con esa redacción, WENDEHORST, Ch., "Article 11 Reg. Prop.", en SCHULZE, *Common European Sales...*, [págs. 68-72], págs. 71-72.

El inconveniente de tal regulación es que mientras no se concluya el contrato, el empresario deberá cumplir con los deberes de información que impone el CESL (porque, como se ha dicho, esta es la normativa aplicable retroactivamente, si el contrato se acaba concluyendo), pero también con la ley que, de otro modo, sería aplicable (mientras el contrato no se celebra y por si el contrato, finalmente, no acaba celebrándose). El mecanismo es demasiado complejo y, por eso mismo, disuasorio de la utilización del instrumento opcional. A ello trata de poner remedio ahora el Parlamento europeo, inclinándose por la aplicación del CESL desde el mismo momento en que las partes hayan convenido su utilización o se refieran a él, y, por tanto, aunque el contrato (de venta, de contenidos digitales, de servicios relacionados) no se haya concluido (o, eventualmente, cabe añadir, no acabe concluyéndose).⁵¹

(b) Al margen de las denuncias de incompletitud, otras objeciones al CESL tienen que ver con lo excesivamente largo y minucioso de la regulación.⁵² Aun así, estos últimos no son los peores calificativos que podría recibir el texto, a la vista de la extraordinaria dureza con la que algunos autores valoran la calidad técnica de sus contenidos.⁵³ Sin ánimo de profundizar, lo cierto es que algunas reglas son incompletas⁵⁴, a veces poco consistentes⁵⁵ y, en ocasiones, resultan

⁵¹ Enmiendas 73 (de reforma del art. 11 (1) Prop. Regl.) y 74 (con un nuevo artículo 11 (1a) Prop. Regl.). Que el CESL se aplique, ya de entrada, a la fase precontractual, durante las negociaciones, a condición de que las partes hagan referencia a tal la normativa, es sin perjuicio de la legislación aplicable de acuerdo con las normas sobre conflicto de leyes, si resulta que el empresario ha hecho asimismo referencia a otro régimen distinto. En este último caso deberían regir ambos conjuntos de normas. *Vid.* Proyecto de informe de la Comisión de Asuntos jurídicos de 6.3.2013 y allí la justificación de la (entonces) enmienda 68. <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/929/929386/929386es.pdf> (última descarga: 10.10.2014). *Vid.* también el artículo 4 (4) del 1st ELI Supplement, pág 36-37. Se echa en falta que no se modifique el Considerando 10 Prop. Regl.

⁵² VELASCO SAN PEDRO, L. A., "La Propuesta de Reglamento de compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5, 2013, [págs. 468-480], pág. 473 <<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1835/857>> (última descarga: 10.10.2014).

⁵³ EIDENMÜLLER, H. - JANSEN, N. - KIENINGER, E. M. - WAGNER, G. - ZIMMERMANN, R., "Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht", *Juristenzeitung*, 2012, págs. 269-320.

⁵⁴ Por ejemplo, las reglas sobre vicios del consentimiento o explotación injusta no tienen en cuenta la actuación de terceros. *Vid.* ahora la enmienda 120 del Parlamento europeo, que propone introducir un nuevo artículo 50a CESL.

⁵⁵ La regulación sobre la prescripción sería un ejemplo. *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E. - VAQUER, A., "Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law", *European Review of Contract Law*, 1, 2013, págs. 38-60. Algunas enmiendas del Parlamento europeo pueden ayudar a clarificar el texto, pero todavía no son suficientes. Así, debe ser bienvenida la enmienda 250, a propósito de un nuevo artículo 179 (2a) CESL, porque trata de explicar la relación entre el plazo largo y corto de prescripción (en realidad, el largo es un plazo de preclusión); también la enmienda 251 al artículo 181 y la enmienda 252, de introducción de un nuevo artículo 183a CESL, amplían, con buena lógica, las causas de suspensión. Desgraciadamente, no queda claro si el Parlamento pretende suprimir la causa de

demasiado complejas.⁵⁶ Nada, en fin, que pueda identificarse con las virtudes de un código.

3.1. *Un ámbito de aplicación material muy limitado*

Según la Comisión, los tipos contractuales más relevantes en las transacciones económicas transnacionales son la venta de bienes muebles, los contratos sobre contenidos digitales y los contratos de servicios relacionados con cualquiera de esos dos acabados de mencionar⁵⁷. La venta, incluida la de bienes por fabricar o producir⁵⁸, se incluye por ser el contrato con mayor potencial de crecimiento en el comercio transfronterizo⁵⁹, si bien, tras el Convenio de Viena y la Directiva 99/44, este contrato ya presentaba un elevado nivel de armonización. Por el contrario, el CESL no contribuye en exceso al desarrollo de los contratos de servicios, algo que acaso hubiera sido más necesario.⁶⁰ Estos se incluyen solo con el fin de "maximizar el valor añadido de la normativa común de compraventa europea"⁶¹, de manera que, como se ha dicho, únicamente se regulan los que están directa y estrechamente vinculados con el contrato de compraventa o con el contrato de suministro de contenidos digitales. Así, la reparación, el mantenimiento, o el montaje.⁶² Un ámbito material de aplicación tan limitado ha merecido severas críticas⁶³ y estas deben compartirse si, además, se tiene en cuenta que el CESL no se aplica a los

suspensión en caso de reclamación judicial (hoy regulada en el artículo 181 CESL). Si así fuera, habría que lamentar la decisión.

⁵⁶Sobre la necesidad de revisar las normas sobre resolución del contrato y las de restitución de prestaciones en caso de ineficacia contractual, *vid.* ELI 1st Supplement, págs. 29-33. El Parlamento europeo sugiere algunas modificaciones en materia de restitución (enmiendas 223-246), pero todavía son precisas ulteriores reflexiones. *Vid.* artículos 151-156 ELI 1st Supplement, págs. 107-109.

⁵⁷ Artículo 5 Prop. Regl.

⁵⁸ Artículo 2 (k) Prop. Regl.

⁵⁹ Considerando 16 Prop. Regl. *Vid.* también, COM (2011) 636 final, 11.10.2011, pág. 7.

⁶⁰ ZOLL, F., "Searching the Optimum Way for the unification and approximation of the private law in Europe – a discussion in the light of the proposal for the Common European Sales Law", *Contrato e Impresa /Europa*, 1, 2012, [págs. 397-412], págs. 404-405. Para una propuesta de regulación de los contratos de servicios en el CFR, *vid.* LOOS, M. B. M., "Services Contracts", en HARTKAMP, A. et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*. 4ª ed. Kluwer [etc.]. Aalpen aan den Rijn, 2011, págs. 757-785.

⁶¹ Considerando 19 Prop. Regl.

⁶² Artículo 2 (m) Prop. Regl y allí también las exclusiones. Para un juicio crítico sobre tal regulación, ILLMER, M., "Related Services in the Commission Proposal for a Common European Sales Law", *European Review of Private Law*, 1, 2013, págs. 131-204. Entre nosotros, VAQUER ALOY, A., "Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general", en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, [págs. 421-456], págs. 436-449.

⁶³Entre muchos, CORNELOUP, S. "Der Anwendungsbereich des Optionalen Instruments, Die Voraussetzungen seiner Wahl und das Verhältnis zur Rom I-VO", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 4, 2012, [págs. 704-740], págs. 707-708; BASEDOW, J., "European Contract Law – The Case for a Growing Optional Instrument", en SCHULZE – STUYCK, *Towards...*, págs. 169-171.

contratos mixtos que incorporen cualquier elemento que no se refiera a los anteriores, ni a los contratos que incorporen algún elemento de crédito al consumo, por ejemplo la compraventa a plazos.⁶⁴

La importancia creciente en la economía de los contenidos digitales (música, películas, *software*, etc.) ha sido determinante para la inclusión en el CESL de los contratos sobre estos productos, independientemente de si se adquieren a cambio de un precio y de si se proporcionan o no en un soporte material.⁶⁵ Sin duda, este es uno de los aspectos más novedosos de la Propuesta. Sin embargo, la naturaleza de este tipo de contratos no está clara.⁶⁶ La calificación como venta de la transferencia de contenido digital aparece dudosa, como consecuencia de haber limitado el CESL su objeto (el de la venta) a los bienes muebles corporales o materiales⁶⁷ y de no haber tipificado como tal a la cesión onerosa de derecho de uso (la licencia). Sin embargo, si ese derecho de uso es ilimitado –lo que ya indica que el adquirente puede comportarse como un propietario–, nada debería impedir la equiparación. En su caso, la dificultad provendría más bien del dato de la gratuidad, ya que el contrato de compraventa exige siempre una contrapartida en dinero⁶⁸ y, como se ha dicho, en el contrato sobre

⁶⁴ Artículo 6 Prop. Regl. Pero *vid.* ahora la enmienda 11 del Parlamento europeo a un nuevo Considerando 19a y las enmiendas 63-69 al artículo 6 Prop. Regl. Una aproximación parcialmente distinta, con una nueva formulación del artículo 6, en el 1st ELI Supplement, págs. 26-29, 39-40.

⁶⁵ Considerandos 17-18 y artículo 5 (b) Prop. Regl; para las excepciones, artículo 2 (j) Prop. Regl. *Vid.* también COM (2011) 636 final, págs. 7-8. Para un avance de las líneas maestras de la regulación de tales contratos en el proyectado instrumento opcional, LOOS, M. – HELBERGER, N. – GUIBAULT, L. – MAK, Ch., "The regulation of Digital Content Contract in the Optional Instrument of Contract Law", *European Review of Contract Law*, 6, 2011, págs. 729-758. Más concretamente, sobre la regulación contenida en el CESL *vid.* PISULIŃSKY, J., "The Application of the CESL to a Contract for the Supply of Digital Content (e.g. Software)", en MOCCIA, *The Making...*, págs. 205-215; SPINDLER, G., "Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de la compraventa" y YANGUAS GÓMEZ, R., "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", ambos en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, págs. 471-507 y págs. 457-470, respectivamente. Además, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., "Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL", en CARRASCO PERERA, Á. (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*. I. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2013, [págs. 753-763], págs. 757-760.

⁶⁶ *Vid.* HELBERGER, N. – LOOS, M. B. – GUIBAULT, L. – MAK, Ch. – PESSERS, L. "Digital Content Contracts for Consumers", *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, [págs. 37-57], págs. 42-44. A propósito del CESL, STADLER, A., "Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des *Common European Sales Law*", *Archiv für die civilistische Praxis*, 212, 2012, [págs. 473-501], págs. 492-493; PISULIŃSKY, "The Application...", en MOCCIA, *The Making...*, págs. 208-209; SCHMIT-KESSEL, M. "Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Frage zur Verordnung", en SCHMIDT-KESSEL, M. (Hrsg), *Ein Einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*. Sellier. München, 2012, [págs. 29-50], pág. 30. Con matices, posteriormente, SCHMIDT-KESSEL, "Artikeln 2, 5 GEK-VO-E", en SCHMIDT-KESSEL, *Der Entwurf...* [págs. 56-87], pág. 80; [págs. 94-96], pág. 96, respectivamente. Entre nosotros, YANGUAS, "El principio...", en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, págs. 473-474; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, "Compraventa...", en CARRASCO, *Tratado...*, págs. 757 ss.

⁶⁷ Artículo 2 (h) Prop. Regl.

⁶⁸ Artículo 2 (i), (k) Prop. Regl.

contenidos digitales ese dato o índice no es inherente al tipo. Ahora bien, ya obtenga a cambio el empresario los datos personales del consumidor, ya persiga una mayor reputación comercial, en ambos casos utiliza estrategias de marketing que son incompatibles con el altruismo y ausencia de ánimo de lucro de una donación.⁶⁹ También por esta razón sería lógico equiparar a la venta estos contratos.⁷⁰ La sugerencia del Parlamento europeo de potenciar los contratos *on line*⁷¹ y, en especial, el *cloud computing*⁷², exigiría ulteriores reflexiones⁷³ que, de nuevo, exigirían delimitar claramente cuándo se está ante una venta y cuándo ante un servicio.⁷⁴

3.2. Reglas ¿para qué modalidad de contratación?

En la Propuesta de la Comisión, el CESL se aplica a la contratación transfronteriza que tiene lugar a distancia, dentro de establecimiento, y fuera del mismo. Limitar la aplicación del CESL a solo la primera modalidad de contratación (a distancia) es contraproducente para los empresarios que utilizan varias técnicas de distribución⁷⁵, pero eso es precisamente lo que sugiere ahora el Parlamento europeo, que, además, remarca la necesidad de potenciar los contratos *on line* con consumidores y entre empresarios

⁶⁹ Vid. las reflexiones de WENDEHORST, Ch. "Article 5 Reg. Proposal", en SCHULZE, *Common European Sales...*, [págs. 40-49], págs. 48-49; SPINDLER, "Implicaciones...", en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, pág. 462.

⁷⁰ Vid. ahora artículos 2 (1) (b) y 2 (2) y el artículo 82 (1) (b) del ELI 1st Supplement, págs. 18-20, 35, 80. Además, el artículo 82 (3) de este documento toma en consideración las expectativas del adquirente de contenidos digitales (descargas múltiples, reventas, actualizaciones). Para las explicaciones, vid. ELI 1st Supplement, págs. 23-24.

⁷¹ Vid. epígrafe siguiente, en especial n. 76.

⁷² Vid. Enmiendas 8, 10 a los Considerandos 17a (nuevo) y 19 Prop. Reg., respectivamente. Sobre la necesidad de impulsar el desarrollo de esta materia, vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, el Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Liberar el potencial de la computación en nube en Europa", Bruselas, 27.9.2012 (COM (2012) 529 final). La "computación en nube" se define, de forma simplificada, así: "[...] almacenamiento, tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso a través de Internet" (pág. 1). Se considera ventajoso que los usuarios puedan acceder a sus datos desde cualquier lugar con una conexión a Internet, porque eso reduce los gastos informáticos de los usuarios y a las empresas les permite que se desarrollen muchos servicios nuevos.

⁷³ La Comisión creó un grupo de trabajo para abordar la regulación de esta materia, en fecha 18.6.2013. Un resumen de los trabajos en <http://ec.europa.eu/justice/contract/cloud-computing/expert-group/index_en.htm> (última descarga: 10.10.2014).

⁷⁴ Vid. ahora el 1st ELI Supplement, págs. 20-22 y el artículo 98 (4) y (5) contenido en tal propuesta (pág. 87).

⁷⁵ Max Planck Institute, "Policy Options...", págs. 425-426; DORALT, W., "The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on Scope rather than Substance", *Max Planck Private Law Research Paper*, 11 (9), 2011, [págs. 1-26], pág. 17 <<http://ssrn.com/abstract=1876451>> (última descarga: 10.10.2014).

(B2C y B2B, respectivamente, según las siglas en inglés).⁷⁶ Es así, sin perjuicio de reconocer la necesidad de valorar, en el futuro, si es conveniente ampliar el ámbito de aplicación de la norma hasta incluir, entre otros, a los contratos concluidos en el establecimiento comercial del empresario.⁷⁷

Ese nuevo enfoque, al que, por otra parte, nunca le han faltado partidarios⁷⁸, debería verse completado con reglas específicamente diseñadas para satisfacer las necesidades del comercio electrónico, por ejemplo en relación con determinado tipo de información precontractual o la determinación de los medios de comunicación a distancia que pueden ser utilizados; igualmente requiere introducir normas sobre protección de datos, subastas por internet o servicios de pago, por citar solo algunos ejemplos.⁷⁹ Sorprende, pues, que el Parlamento europeo deje incompleta su propuesta y que se limite a sugerir la supresión de las normas sobre contratos dentro⁸⁰ y fuera de establecimiento comercial.⁸¹

El Parlamento tampoco modifica el concepto de contrato a distancia. De acuerdo con el artículo 2 p de la Propuesta de Reglamento⁸², la venta a distancia exige que no exista presencia física simultánea de los contratantes ni en la fase de negociación ni tampoco en la de conclusión del contrato.⁸³ Por consiguiente, de triunfar las enmiendas del Parlamento que proponen limitar el texto a este tipo de distribución, determinados contratos que no entran en la estricta definición de aquel precepto quedarán excluidos, siempre que, a pesar de ser transfronterizos, hayan

⁷⁶Vid. enmiendas 2 al Considerando 9 Prop. Regl.; 26 al artículo 1 (1) Prop. Regl.; 60 al artículo 4 (1) Prop. Regl.; 61 al artículo 5 (parte introductoria) Prop. Regl. Para la inclusión de la contratación a distancia entre empresas, *vid.* enmienda 49 al artículo 2 (p) Prop. Regl.

⁷⁷ Vid. enmienda 22 al Considerando 35 Prop. Regl. y la enmienda 260 a un nuevo artículo 186d CESL.

⁷⁸ El el contexto de los contratos con consumidores, *vid.*, entre otros, TWIGG-FLESNER, Ch., *A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU. A Fresh Approach to EU Consumer Law*. Springer. New York [etc.], 2012, págs. 26 ss.

⁷⁹Sobre el particular, *vid.* el 1st ELI Supplement, págs. 8-9, 10-17 y los correspondientes artículos de su propuesta, contenidos en la parte B del citado informe. Sin embargo, la enmienda 46 al artículo 2 (m) (iv) Prop. Regl. remarca expresamente que el CESL no se ocupa ni de los servicios de pago, ni de otros temas que tengan que ver con el dinero electrónico.

⁸⁰ Enmienda 103 al artículo 20 CESL.

⁸¹ Enmienda 50 al artículo 2 (q) Prop. Regl.; enmienda 51 al artículo 2 (r) Prop. Regl.; *vid.* además otras enmiendas con supresiones y ajustes terminológicos, como los referidos en las enmiendas 93-98 al artículo 13 CESL, 100-102 a los artículos 17 (título), 18 y 19 (título) CESL.

⁸² Vid. también Considerando 20 y artículo 2 (7) Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores.

⁸³ En la propuesta de informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, de 18.2.2013 <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/927/927290/927290en.pdf> (última descarga: 10.10.2014), la enmienda 56 introducía un nuevo artículo 5 (1a) Prop. Regl., según el cual el CESL debía aplicarse a contratos en que la negociación, pero no necesariamente la conclusión, se habían llevado a cabo sin la presencia simultánea de los contratantes. Tal propuesta no fue adoptada en la sesión de 26.2.2014.

sido concluidos cara a cara.⁸⁴ Será así cuando tanto el consumidor como el empresario residan en el mismo Estado miembro, pero el primero proporcione la dirección de otro distinto para cualquiera de las finalidades previstas en el artículo 4.3 de la Propuesta de Reglamento. Quedarán igualmente excluidas otras situaciones siempre que las negociaciones se lleven a cabo en presencia de las partes, pero el contrato se concluya a distancia. Por ejemplo, cuando el consumidor visite la tienda del empresario, se interese y examine personalmente los bienes, pero luego realice el pedido a través de los ordenadores instalados en la tienda, que conectan con las oficinas de la empresa domiciliada en el extranjero.⁸⁵ Efectivamente, a pesar de ser una transacción transfronteriza, no se le podría aplicar el CESL si, finalmente, el instrumento debe circunscribir su ámbito de aplicación a la contratación a distancia dentro de los estrechos márgenes de la definición actual.⁸⁶

4. Un cuerpo uniforme de reglas opcionales

El CESL pretende contribuir al desarrollo de un Derecho europeo de contratos en el comercio transnacional dentro de la Unión Europea.⁸⁷ Según la Comisión, la puesta a disposición de los contratantes de un *corpus* uniforme e idéntico de reglas eliminaría la complejidad inherente a la pluralidad de regímenes jurídicos nacionales y, a la vez, solucionaría el problema de la comprensibilidad y consistencia de los códigos civiles y leyes nacionales. La estrategia del reglamento opcional respeta los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por consiguiente, también su soberanía, sin renunciar a la ambición de reducir al máximo los problemas inherentes a la diversidad legislativa. En opinión de la Comisión, con la adopción de un instrumento opcional todo son ventajas. Las empresas exportadoras no tendrán necesidad de adaptar sus contratos o páginas web a una pluralidad de legislaciones nacionales y eso será particularmente beneficioso para las pequeñas y medianas empresas (SME, siglas en inglés), que, de esta manera, se verán impulsadas a conquistar nuevos mercados. La elección del CESL estimularía la competencia entre los empresarios y, por consiguiente, el consumidor tendría más posibilidades de comparar y elegir ofertas y, en definitiva, podría beneficiarse de

⁸⁴ Vid. TWIGG-FLESNER, *A Cross-Border...*, págs. 29, 63, 76.

⁸⁵ Sugiere el desarrollo de esta modalidad de contratación al amparo del CESL, BASEDOW, J., "An EU Law for Cross-Border Sales Only – Its Meaning and Implications in Open Markets" , en BONELL, M.J – HOLLE, M. L. – NIELSEN ARNDT, P. (eds.), *Liber Amicorum Ole Lando*. DJØF Publishing. Copenhagen, 2012, [págs. 27-44], págs. 36-37.

⁸⁶ También el artículo 2 (1) del 1st ELI Supplement, pág.35 restringe el ámbito de aplicación del instrumento a la contratación a distancia, pero, con buen criterio, el artículo 8 (b) del 1st ELI Supplement, pág. 40, amplía el concepto tradicional de contratación a distancia (basta que lo sea la conclusión del contrato). Eso, naturalmente, repercute en el fundamento del derecho de desistimiento, que se mantiene en el texto (¿tiene sentido cuándo el consumidor ya puede examinar las mercancías?).

⁸⁷ Vid. Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, Brussels, 11.10.2011 (SEC (2011) 1165 final (version castellana no disponible).

precios más bajos. Además, el incremento del comercio transnacional vendría favorecido por un elevado nivel de protección de los consumidores.⁸⁸

4.1. La opción y la protección de los consumidores

Según parece, la elección del CESL no implica elección de ley aplicable, como si se tratara de elegir un ordenamiento jurídico nacional más, en el sentido del artículo 3 Reglamento Roma I. Es más bien una elección entre dos sistemas distintos que se ponen a disposición de los contratantes dentro del Derecho nacional interno de cada país (el llamado segundo régimen).⁸⁹ Una vez que las partes hayan optado por el CESL, solo sus reglas deben regir el contrato, en lugar de las propias del ordenamiento jurídico que, a falta de tal acuerdo, resultarían aplicables. Ahora bien, aunque la elección del CESL es independiente de la elección de la ley aplicable, para que esa opción por el CESL sea eficiente es preciso que resulte aplicable la ley de un Estado miembro. En contratos B2C, el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, que obliga a la aplicación de las leyes imperativas del lugar de residencia del consumidor, si son más protectoras, quedaría intacto, pero, una vez materializada la opción por el CESL, parece que el mecanismo se desactivaría, puesto que el texto ya comprende un cuerpo completo de normas imperativas y plenamente armonizadas que protegen a los consumidores tanto o más que sus Derechos nacionales. La estrategia de reemplazar por completo a las leyes nacionales, incluso las normas imperativas, es loable y obedece a que, de otro modo, el régimen del contrato se complicaría en exceso y, por tanto, no serviría al fin declarado de eliminar costes de transacción.

Sin embargo, el planteamiento de la Comisión no deja de generar dudas. No está claro que el alto nivel de protección del consumidor exigido por el artículo 1 (3) Prop. Regl. sea tan alto o más que el de cualquier Estado miembro, porque tampoco existe coincidencia en la forma en que debe llevarse a cabo tal enjuiciamiento. Efectivamente, no es lo mismo valorar la protección "en general"⁹⁰ que, "en particular", analizar cada supuesto de hecho concreto y, uno por uno, compararlo con la protección que ofrece

⁸⁸ Exposición de Motivos Prop. Regl., págs. 2 ss.; Considerandos 1-9 Prop. Regl.; artículo 1 Prop. Regl. Vid. además COM (2011) 636 final, págs. 9-10.

⁸⁹ Exposición de Motivos Prop. Regl, pág. 6 y Considerando 10 Prop. Regl. Algunas enmiendas del Parlamento europeo insisten sobre este punto. Así, enmiendas 2-3 a los Considerandos 9-10 Prop. Regl.; enmienda 26 al artículo 1 (1) Prop. Regl.; enmienda 73 al artículo 11 (1) Prop. Reg. Sobre la discutida calificación del CESL como "segundo régimen", *vid.*, recientemente, DANNEMANN, G. "Choice of CESL and Conflict of Laws", en DANNEMANN – VOGENAUER, *The Common European Sales...*, [págs. 21-81], págs. 24-26.

⁹⁰ Resalta que el nivel de protección es muy elevado, "*in der Summe*", SCHULTE-NÖLKE, H., "Die Zwecke des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts: Markförderung und Verbraucherschutz", en HAHN, J. U (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Moderner Ansatz oder Praxisferne Vision?*. Beck. München, 2012, [págs. 25-32], págs. 28-30; *vid.* también, SCHULTE NÖLKE, H., "El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa", en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, [págs. 63-80], págs. 68-71.

cada ordenamiento jurídico nacional.⁹¹ Si se opta por lo primero, no puede negarse que, en conjunto, el CESL es muy protector para los consumidores: no existe jerarquía de remedios, los plazos de prescripción son largos, la mora no es automática y, además, los intereses moratorios son bajos.⁹² Si, por el contrario, se pone el acento en lo segundo, seguro que más de un ejemplo merece distinta opinión a, por lo menos, las asociaciones de consumidores: en particular, la regulación que pone límites a la resolución del contrato.⁹³ También una somera comparación con el Derecho español demostraría que el CESL rebaja la protección en determinados casos. Por lo menos puede parecerlo, ante la ausencia de una norma como la del artículo 66 bis (3) TR-LGDCU, que, en caso de resolución del contrato y de demora del empresario en el reembolso de las cantidades abonadas por el consumidor, legitima a este último a reclamar el doble de lo adeudado, además de la indemnización de daños en lo que exceda de esa cantidad.⁹⁴ En relación con la lengua en que debe formalizarse el contrato a distancia, frente al silencio del CESL, el artículo 98 (1) TR-LGDCU impone la que el legislador supone que es la lengua del consumidor, esto es, el castellano (sin perjuicio de que otras lenguas puedan igualmente utilizarse)⁹⁵. De hecho, bastaría traer a colación la distinta noción de consumidor en el CESL [solo persona física, artículo 2 (f)] y en el Derecho español [también las personas jurídicas y entidades sin personalidad sin ánimo de lucro, artículo 3 (2) TR-LGDCU].⁹⁶

⁹¹ Así, PACHL, U., "The Common European Sales Law – have the right choices been made? A consumer Policy Perspective", *Maastricht European Private Law Institute. Working Paper*, 6, 2012, [págs. 1-16], págs. 11-12 <<http://www.ssrn.com>> (última descarga: 10.10.2014). En la página web de la Comisión puede verse un cuadro que compara el CESL con las leyes nacionales imperativas de protección del consumidor en 13 Estados miembros <http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm#studies> (última descarga: 10.10.2014).

⁹² artículo 106 (1) y (3) CESL; artículos 166 (2), 167 (2) y (3); artículo 179 (2) CESL. Aun así, *vid.* la enmienda 249 al artículo 179 (2) CESL, que pretende reducir el plazo de preclusión a 6 años.

⁹³ Efectivamente, la vaguedad con la que se expresa el artículo 174 (1) (c) CESL puede condicionar enormemente el ejercicio de ese derecho al consumidor, tal y como recalca el ELI 1st Supplement, págs. 30-31. Además, con el fin de equilibrar el derecho del comprador a resolver el contrato y el del vendedor a subsanar el cumplimiento, la enmienda del Parlamento europeo 192 al artículo 106 (3) CESL introduce ahora un derecho de subsanación del vendedor cuando la prestación se ha realizado a medida [con todo, *vid.*, ya antes, artículo 155 (2) CESL].

⁹⁴ Cfr. artículo 106 (1) (c) (e), artículo 115 CESL. Las normas sobre mora del empresario (arts. 168-169 CESL) parecen estar pensadas para otras hipótesis.

⁹⁵ Cfr. la diferencia con los artículos 60 (2) (g) –que no impone ninguna lengua en la que deberá formalizarse el contrato– y 97 (1) (h) TR-LGDCU –que tampoco la impone para proporcionar la información precontractual en la contratación a distancia.

⁹⁶ Sobre el concepto de consumidor en el Derecho español, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. "Artículo 3 TR-LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Colex. Madrid, 2011, págs. 102-154, esp. pág. 129-133, en lo que concierne a las personas jurídicas consumidoras; tras la reciente reforma del año 2014, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., "El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 9, 2014, págs. 9-16, esp. págs. 13-15.

El problema es, en definitiva, que no está claro que la elección del CESL pueda tener el efecto de desplazar las normas imperativas nacionales, cuando, en algún aspecto -ahora o en el futuro-, estas sean más favorables para el consumidor.⁹⁷ Consciente del problema, el Parlamento europeo propone ahora reforzar su protección en el CESL, a base de extender el control de abusividad a las cláusulas sobre el objeto del contrato y el precio⁹⁸; establecer un control de abusividad sobre todas las cláusulas contractuales, se hayan o no negociado individualmente⁹⁹; e incrementar la lista negra de cláusulas abusivas¹⁰⁰, entre otras medidas.¹⁰¹ Está claro, sin embargo, que todas esas medidas no pueden despejar los interrogantes que suscita la técnica empleada por la Comisión mientras el artículo 6 Reglamento Roma I siga vigente.

<<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401>> (última descarga: 10.10.2014).
Vid. todavía epígrafe 4.3.

⁹⁷ No duda de la primacía del CESL en cualquier caso, VALPUESTA GASTAMINZA, E., "La Propuesta de normativa común de la compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión europea, lastrado por la protección del consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (1), 2013, [págs. 199-216], pág. 207 <<http://e-REVISTAS.UCLM.ES/INDEX.PHP/CDT/ARTICLE/VIEWFILE/1718/793>> (última descarga: 10.10.2014). Más críticos, apuntando que tal conclusión no es segura, WHITTAKER, S. "The Proposed 'Common European Sales Law': Legal framework and the Agreement of the Parties", *The Modern Law Review*, 75 (4), 2012, [págs. 578-605], pág. 590; SÁNCHEZ LORENZO, S., "La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 11, 2011, [págs. 35-61] págs. 47-52, 60; EIDENMÜLLER, H., "What can be wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool", *Common Market Law Review*, 50, 2013, [págs. 69-84], págs. 79-80; STADLER, "Anwendungsvoraussetzung...", págs. 479-480; RODRÍGUEZ PINEAU, E., "El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común europeo de Ventas (CESL)", en CARRASCO, *Tratado...*, [págs. 261-271], págs. 267-268.

⁹⁸ Vid. enmienda 153, de supresión del artículo 80 (2) CESL. En la propuesta de informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, de 24.9.2013 <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+XML+V0//ES>> (última descarga: 10.10.2014), la medida se justifica de la siguiente manera: "La supresión del apartado 2 del artículo 80 tiene por objeto extender el control de las condiciones abusivas a las «cláusulas centrales» («cláusulas principales»). Esta es la mejora de mayor alcance en la protección de los consumidores. En la mayoría de los Estados miembros, los tribunales no pueden controlar la equidad de las cláusulas «centrales» (entre ellas, el precio), pero en algunos Estados miembros pueden hacerlo, de manera general (véase la «gran cláusula general» recogida en el artículo 36 de la Ley escandinava relativa al Derecho contractual) o en contextos específicos (véase, para los contratos hipotecarios en España, los hechos del asunto del TJUE referente a Caja de Madrid)". Para profundizar sobre esto último, CÁMARA LAPUENTE, S., "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 6, 2013, págs. 98-115; el mismo autor, "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? : De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2), 2013, págs. 209-233.

⁹⁹ Vid. enmiendas 154-155 a los artículos 82 y 83 (1) CESL, respectivamente.

¹⁰⁰ Vid. enmiendas 156-164 al artículo 84 CESL. Sobre el particular, vid. también las observaciones contenidas en el ELI 1st Supplement, pág. 33.

¹⁰¹ Vid. enmienda 247, de adición de un nuevo artículo 177a CESL, sobre la garantía comercial.

4.2. El CESL solo se aplica en transacciones transfronterizas

La Comisión ha limitado el ámbito de aplicación territorial del CESL al comercio transnacional, por considerar que ese es el contexto en que las disparidades entre las legislaciones nacionales generan complejidad y costes adicionales y ejercen un efecto disuasorio para las partes a la hora de entablar relaciones contractuales.¹⁰² Se da por supuesto que al pequeño empresario dedicado al comercio local no le resulta atractiva la propuesta de redactar de nuevo los términos de sus contratos para adaptarlos a un nuevo régimen europeo, aunque se deja abierta la posibilidad de su utilización en un contexto puramente nacional, si así lo deciden los Estados Miembros.¹⁰³

La decisión de no interferir en el mercado nacional se justifica en la necesidad de respetar el principio de subsidiariedad.¹⁰⁴ Es una decisión controvertida porque, más bien, lo lógico sería continuar pensando que el objetivo global tendente a la realización del mercado interior no puede conseguirse sin suprimir las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.¹⁰⁵ De otro modo, se corre el riesgo de fragmentar los mercados. Así, si una empresa deseara expandir sus negocios a otro Estado miembro de la Unión europea, se vería obligada a operar con, por lo menos, dos regímenes distintos, según la modalidad de contratación fuera doméstica o transfronteriza.¹⁰⁶ Parece que la Propuesta solo beneficiaría a las empresas, preferentemente multinacionales, que están en condiciones de poder expandir sus negocios a distintos países a la vez, sobre todo gracias a las técnicas de contratación *on line*. Si tales compañías ya operaran a través de sucursales en los distintos Estados miembros, el CESL apenas tendría eficacia práctica.

4.3. El CESL solo se aplica en contratos B2C y B2B

La Propuesta considera proporcionado focalizar la regulación en los contratos en que intervienen personas que "actualmente sienten recelos de

¹⁰²Exposición de Motivos Prop. Regl., págs. 2-4; Considerando 13 Prop. Regl; artículo 4 Prop. Regl. *Vid.* también COM (2011) 636 final, pág. 9.

¹⁰³ Considerando 15 y artículo 13 (a) Prop. Regl.

¹⁰⁴ Exposición de Motivos Prop. Regl., págs. 10-11; Considerando 36 Prop. Regl.

¹⁰⁵ Para los argumentos, BASEDOW, "An EU Law...", en BONELL *et al.*, *Liber Amicorum...*, págs. 33-34.

¹⁰⁶ DORALT, "The Optional...", págs. 16-17; HESSELINK, M. W. – RUTGERS, J. W. – DE BOOYS, T., "The Legal Basis for an optional instrument on European contract law", *Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series*, 4, 2007, [págs. 1-82], pág. 27 <http://ssrn.com/abstract_1091119> (última descarga: 10.10.2014); EIDENMÜLLER *et al.*, "Der Vorschlag...", pág. 275; Max Planck Institute, "Policy Options...", págs. 420-421; FAUVARQUE-COSSON, B., "Hacia un Derecho común europeo de la compraventa", en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, [págs. 41-61], págs. 45-46.

hacer negocios en el extranjero por las diferencias entre las legislaciones nacionales".¹⁰⁷ Según la Comisión, esas personas son los consumidores, pero también las pequeñas y medianas empresas. Una de las peculiaridades del CESL es, pues, que regula aspectos generales del Derecho de contratos, con las necesarias especialidades para los contratos con consumidores (B2C) y entre (algunos) empresarios (B2SME). Esto último se ha creído necesario para superar las lagunas que presenta el Convenio de Viena en materia de validez por vicios de consentimiento, control de cláusulas abusivas o prescripción.¹⁰⁸

Para ambas modalidades de contratación (B2C, B2B), el instrumento contiene, a la vez, Derecho dispositivo e imperativo.¹⁰⁹ Puede sorprender la previsión de normas imperativas en los contratos entre empresas, por un lado porque el artículo 1.3 de la Propuesta de Reglamento no alude a la necesidad de protegerlas y, por el otro, porque el final del Considerando 21 expresamente afirma que "los comerciantes disfrutan de plena libertad de contratación".¹¹⁰ Resulta curioso comprobar que, a pesar de que ahora el Parlamento pretenda eliminar el requisito de que una de las partes sea una SME¹¹¹, todavía subsistan normas imperativas originalmente pensadas para proteger a estas últimas que, por consiguiente, podrían acabar aplicándose a cualquier empresario, esto es, también a las grandes multinacionales.¹¹²

¹⁰⁷ Considerando 21 Prop. Reg.

¹⁰⁸En la Exposición de Motivos Prop. Regl., pág 6, se califican como "cuestiones importantes". Favorable, BEALE, H., "A Common European Sales Law (CESL) for Business-to-Business Contracts", en MOCCIA, *The Making...*, [págs. 65-75], págs. 70-73. Críticos, ILLESCAS-ORTIZ, R. - PERALES VISCASILLAS, R., "El Reglamento Opcional en material de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación", *Derecho de los Negocios*, 265-266, 2012, [págs. 9-17], págs. 9-11. Escéptico, cuando no contrario a la regulación del CESL, MAGNUS, U., "CISGC vs. CESL", en MAGNUS, U. (ed.), *CISGC vs. Regional Sales Law Unification With a Focus on the New European Sales Law*. Sellier. Munich, 2013, [págs. 97-123], pág. 97.

¹⁰⁹Son ejemplos de normas imperativas en contratos con consumidores los artículos 22, 27, 29 (4), 47, 56 (2), 64 (2), 71 (2), 72 (4), 74 (2), 75 (4), 77 (2), 92 (3), 101 (2), 102 (5), 105 (5), 108, 135 (4), 142 (5), 148 (5), 150 (3), 158 (3), 167 (5), 171, 177, 186 (5) CESL. Los artículos 2 (2), 56 (1), 70 (3), 74 (2) CESL proporcionan ejemplos de normas imperativas en contratos entre empresas. Para la definición de norma imperativa, *vid.* artículo 2 (v) Prop. Regl.

¹¹⁰ LOOSCHELDERS, D., "Das allgemeine Vertragsrecht des Common European Sales Law", *Archiv für die Civilistische Praxis*, 212, 2012, [págs. 581-693], págs. 592-593. Con todo, la expresión entrecomillada del texto, que aparece en la versión en castellano de la Propuesta de Reglamento, se lee en rojo en el texto inglés (como si fuera algo provisional y/o presto a desaparecer).

¹¹¹*Vid.* enmienda 70, de reforma del artículo 7 (1) Prop. Regl. y de supresión de párrafo 2 del precepto.

¹¹² Con todo, algunas enmiendas del Parlamento europeo tratan de limitar su número. Así, la enmienda del Parlamento europeo 145 al artículo 74 (2) CESL, propone que la norma que regula la determinación unilateral del precio solo sea imperativa en contratos con consumidores. Parece que también se pretende que el deber de llamar la atención sobre cláusulas no negociadas individualmente se restrinja a ese mismo tipo de contratos. De ahí las enmiendas 143 (de supresión del artículo 70 CESL) y 147 ss. (de incorporación de un nuevo artículo 76a CESL).

Siguiendo el enfoque tradicional, en el CESL es consumidor la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión.¹¹³ El Parlamento europeo pretende ampliar la definición para dar cabida a los contratos con doble finalidad, de acuerdo con la Directiva 2011/83, que, para otorgar la protección de la que goza el consumidor, exige que la finalidad comercial sea tan limitada que no predomine en el contexto general del contrato.¹¹⁴ El problema es que esa expresión es susceptible de diversas interpretaciones. Puede leerse a la luz de la STJUE *Gruber*¹¹⁵, que dictaminó que para que el consumidor pudiera gozar de la protección que solicitaba la finalidad profesional debía ser tan limitada que apenas debía ser relevante; o puede entenderse que la directiva simplemente establece el test de la finalidad predominante.¹¹⁶ La redacción que propone el ELI, que se decanta por poner el acento en la finalidad principal con la que se contrata, es mucho más clara y, por tanto, hubiera sido preferible.¹¹⁷ Lo que el Parlamento europeo no aborda es el problema de la protección de las personas jurídicas u otras entidades sin personalidad que no actúan con fines lucrativos.¹¹⁸ En aras a la simplicidad, esto es, para evitar que el empresario tenga que dilucidar en cada caso en qué condición contrata la otra parte, el ELI pretende equiparar las *non-profit organizations* a las empresas.¹¹⁹ Con todo, ello podría desincentivar la elección del CESL en países que no les niegan la condición de consumidor, como España y, por lo tanto, lo preferible sería ampliar esta última definición.

Como se ha adelantado, el CESL solo regula los contratos entre empresarios cuando al menos uno de ellos es una SME. El problema es que los criterios que se utilizan en su definición son demasiado restrictivos¹²⁰ y, en cualquier caso, muy complicados de apreciar para la empresa que no lo es y quiere contratar con aquella, de manera que –tal y como ahora propone el Parlamento europeo–, lo más coherente sería prescindir de los mismos y extender el ámbito de aplicación personal a todos los contratos con empresarios, porque, de otro modo, se corre el riesgo de complicar

¹¹³ Artículo 2 (f) Prop. Regl.

¹¹⁴ Considerando 17 Directiva 2011/83. *Vid.* enmienda 5, a un nuevo Considerando 11a Prop. Regl; enmienda 32 al artículo 2 (f) Prop. Regl.

¹¹⁵ C-464/01, *Johann Gruber v BayWa AG* (ECR 2005 I-439).

¹¹⁶ *Vid.* las diversas aproximaciones en SCHULTE NÖLKE, "El Derecho de consumo..." en CÁMARA – ARROYO, *La revisión...*, págs. 76-77; WENDEHORST, C., "Article 2 Reg. Prop. ", en SCHULZE, *Common European Sales...*, [págs. 13-30], pág. 20; STADLER, "Anwendungsvoraussetzungen...", pág. 488.

¹¹⁷ *Vid.* artículo 8 (2) (b) 1st ELI Supplement, pág 42.

¹¹⁸ Señalan el problema de la persona jurídica consumidora en la Propuesta de Reglamento, DE LA ROSA – OLARIU, "La aplicación...", págs. 15-16.

¹¹⁹ 1st ELI Supplement, pág. 25.

¹²⁰ Artículo 7 (2) Prop. Regl.

innecesariamente el sistema.¹²¹ No es suficiente con dar esa opción a los Estados miembros.¹²²

Finalmente, no se explica por qué el CESL no puede servir para regular las ventas concluidas entre particulares a través de plataformas como *e-Bay*¹²³, ni queda claro por qué ni siquiera se prevé que esa opción pueda ser ofrecida por los Estados miembros.¹²⁴ Si, además, resulta que el Parlamento pretende limitar el ámbito de aplicación del CESL a la contratación *on line*, entonces resulta obvio que, a la hora de regular las fases precontractual y de conclusión del contrato, habría que focalizar la atención en la idea de contratación en masa, más que recurrir a la tradicional distinción entre contratos B2C o B2B.¹²⁵

5. La elección y sus efectos en el mercado interior

La idea básica del instrumento opcional es que este potencia la autonomía de los individuos porque estos pueden elegir el Derecho que mejor se adecúa a sus necesidades.¹²⁶ Esa decisión expresa sobre el Derecho aplicable viene favorecida mediante la técnica del *opt-in*, en detrimento de la otra opción posible, que es la del *opt-out*. Esta última interfiere más en la autonomía legislativa de los Estados miembros, pero, probablemente, tendría la ventaja de incrementar las posibilidades de aplicación del instrumento opcional.¹²⁷ Otra de las virtudes

¹²¹ EIDENMÜLLER *et al.*, "Der Vorschlag...", pág. 275; WENDEHORST, Ch., "Article 7 Regl. Prop.", en SCHULZE, *Common European Sales...*, [págs. 53-57], pág. 57; STADLER, "Anwendungsvoraussetzung...", págs. 489-490; LANDO, O., "Comments and Questions relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law", *European Review of Private Law*, 6, 2011, [págs. 717-728], pág. 721; GÓMEZ -GIL, "El futuro instrumento...", pág. 12.

¹²² Artículo 13 (b) Prop. Regl.

¹²³ Críticos, SCHMIDT-KESSEL, "Anwendungsbereich...", en SCHMIDT-KESSEL, *Ein Einheitliches...*, págs. 32-33; el mismo autor, "Artikel 7 GEK-VO-E", en SCHMIDT-KESSEL, *Der Entwurf...*, [págs. 99-101], pág. 100; ZOLL, F., "Das Konzept des Verbraucherschutzes in der Machbarkeitsstudie für das Optionale Instrument", *Zeitschrift für europäisches Unternehmensrecht*, 2, 2012, [págs. 9-23], págs. 9-11; DE LA ROSA, E. - OLARIU, O., "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", *Indret*, 1, 2013, [págs. 1-32], pág. 16 <www.indret.com> (última descarga: 10.10.2014); STADLER, "Anwendungsvoraussetzung...", pág. 488. El 1st ELI Supplement, sí que incorpora una regla sobre la conclusión del contrato en las subastas *on line* (art. 34).

¹²⁴ Cfr. artículo 13 (b) Prop. Regl. Críticos, SMITS, J. M., "The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 4, 2012, [págs. 904-917], pág. 907; SCHMIT-KESSEL, "Artikel 7 GEK-VO-E", en SCHMIDT-KESSEL, *Der Entwurf...*, pág. 100.

¹²⁵ Es lo que ahora propone el 1st ELI Supplement, págs. 10 ss. Para la definición de "*mass communication contract*" y unas reglas mejor adaptadas a la contratación a distancia, *vid* artículos 8 (c), 14 ss., y Capítulos 2 y 3 de la Parte B del 1st ELI Supplement, págs. 40, 44 ss.

¹²⁶ SMITS, J. M., "Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a Lemmon on the Law Market", *Common Market Law Review*, 50, 2013, [págs. 51-68], esp. págs. 55-60.

¹²⁷ LANDO, O., "On a European Contract Law for Consumers and Businesses - Future Perspectives", en SCHULZE - STUYCK, *Towards...*, [págs. 203-214], págs. 210-212, 214.

teóricas de tal instrumento es que la elección alentaría la competencia entre ordenamientos jurídicos, porque es lógico pensar que los Estados se verán compelidos a mejorar y modernizar su legislación si quieren hacerla más atractiva a los ciudadanos que están en condiciones de elegir.¹²⁸ Sea o no empíricamente cierta esa premisa¹²⁹, está claro que la elección depende de que el instrumento opcional sea competitivo y contribuya, realmente, a la eliminación de costes de transacción.¹³⁰

5.1. ¿Quién elige en contratos con consumidores?

El instrumento opcional solo se aplica si las partes lo eligen, pero las apreciaciones de la Comisión en torno a la elección de los contratantes parecen muy optimistas. Por de pronto, si la protección del consumidor es tan elevada, los sacrificios a las empresas son mayores y ello puede ser considerado un importante elemento de disuasión.¹³¹ Ciertamente, ello dependerá, en gran medida, de que la uniformización jurídica comporte reducción de costes de transacción.¹³² Si ello es así, entonces lo que sucederá es que la opción acabará siendo una imposición unilateral del empresario. Por más que se insista en la sencillez con la que se el consumidor podría optar por el CESL mediante un simple click en un botón azul¹³³, no se puede obviar el dato de que, en la mayoría de ocasiones, este no estará en condiciones de poder valorar si el régimen contractual que le ofrece el CESL es más favorable para él que el que le ofrece su Derecho interno.¹³⁴ De momento, el Anexo II, que contiene la ficha

¹²⁸Sobre la competencia entre el CESL y otros ordenamientos jurídicos y, en concreto, los Derechos inglés y alemán, *vid.* DANNEMANN – VOGENAUER, *The Common European Sales Law...* y allí, más específicamente, DANNEMANN, G., "The CESL as Optional Sales Law: Interaction with English and German Law", [págs. 708-731], págs. 721-730. Para la comparación con el Derecho belga, *vid.* CLAEYS, I. – FELTKAMP, R. (eds), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law?: a Belgian perspective*. Intersentia. Cambridge [etc.], 2013.

¹²⁹ Sobre el tema, VOGENAUER, S., "Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence", en EIDENMÜLLER, H. (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*. Beck [etc.]. Munich, 2013, págs. 227-284. Un apunte, GÓMEZ, C., "Comment to Gerhard Wagner", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 4, 2012, [págs. 826-833], pág. 833.

¹³⁰ Sobre el particular, *vid. infra* epígrafe 5.2.

¹³¹ SEFTON-GREEN, R., "Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less", *European Review of Contract Law*, 2, 2011, [págs. 134-149], págs. 142-143. Distinta perspectiva, GÓMEZ, F. – GANUZA, J. J., "Optional Law for Firms and Consumers: Economic Benefits of Opting into the Common European Sales Law?", en MOCCIA, *The Making...* págs. 93-110.

¹³² *Vid.* epígrafe siguiente.

¹³³ SCHULTE-NÖLKE, H., "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...*, [págs. 131-146], pág. 142.

¹³⁴ CARTWRIGHT, J., "Choice is good. Really?", *European Review of Contract Law*, 2, 2011, [págs. 335-349], págs. 343-344; WHITTAKER, "The Proposed...", págs. 593, 601-602; AUBERT DE VINCELLES, C., "Les caractères du Droit commun européen de la vente", en DESHAYES, O. (dir.), *Le Droit Commun*

informativa estándar, no le informa de los supuestos en que su protección es más elevada y, aunque existen propuestas de cambio que tratan de mejorar la percepción y comprensión de los consumidores¹³⁵, todavía cabe dudar de que ello vaya a ser determinante a la hora de tomar la decisión de contratar con el CESL. Por lo menos en contratos con consumidores, parece que la elección es unidireccional. Para algunos no importa, si, en definitiva, resulta que el consumidor puede comprar a precios más bajos y, además, su protección es más elevada.¹³⁶ Pero ya se ha visto que puede legítimamente dudarse de que esto vaya a suceder siempre¹³⁷ y, entonces, el problema que se plantea es cómo ponderar intereses tan distintos.¹³⁸ En cualquier caso, las complicadas disposiciones que rigen para obtener el consentimiento del consumidor no le predisponen a creer que, de verdad, estará más protegido.¹³⁹

5.2. ¿Reducción de los costes de transacción?

La elección corresponde a las empresas exportadoras y, como se ha dicho, el incentivo radica en la reducción de costes de transacción. Ese es el *leit motif* de la Propuesta¹⁴⁰, a pesar de que la doctrina no siempre está de acuerdo sobre esta cuestión tan crucial.¹⁴¹ A parte de factores irracionales que pueden conducir a la no utilización del instrumento opcional por las empresas, poco propicias a aceptar condiciones que no conocen, aunque

Européen de la vente. Examen de la Proposition de Règlement du 11 Octobre 2011. Société de Legislation Comparé. Paris, 2012, [págs. 23-38], pág. 37.

¹³⁵ Vid. Testing of a Standardised Information Notice for Consumers on the Common European Sales Law (Octubre 2013) <http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm#studies> (última descarga: 10.10.2014).

¹³⁶ HESSELINK, M. W., "How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation", *European Review of Private Law*, 1, 2012, [págs. 195-212], pág. 209; BUSCH, "Scope and Content...", pág. 205.

¹³⁷ Supra epígrafe 4.1

¹³⁸ Gráficamente se ha dicho que sería como comparar peras con manzanas. Vid. TAMM, M., "Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als Optionales Instrument – eine kritische Analyse zur Binnenmarktharmonisierungskompetenz der Kommission", *Verbraucher und Recht*, 1, 2012, [págs. 3-12], pág. 11.

¹³⁹ Artículos 8-9 Prop. Regl. El artículo 4 del 1st ELI Supplement, pág. 36, simplifica la redacción de los artículos 8 y 9 Prop. Regl. Para ulteriores consideraciones sobre la problemática que plantean estos preceptos, vid. WHITTAKER, "Proposal...", págs. 596 ss. El Parlamento europeo propone que, en caso de invalidez del acuerdo sobre la utilización del CESL, la determinación de si se ha concluido un contrato y en qué términos, deban regirse por la ley nacional. Vid. enmienda 13, a un nuevo Considerando 23a Prop. Regl. Sobre el particular, vid. HARVEY, C. – SCHILLING, M. "Consequences of an Ineffective Agreement to Use the Common European Sales Law", *European Review of Contract Law*, 2, 2013, [págs. 143-162], págs. 153 ss.

¹⁴⁰ Exposición de Motivos Prop. Regl. pp. 2-4, 5, 9, 10, 11, 12.

¹⁴¹ Así, en contra, POSNER, E., "The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition", *Common Market Law Review*, 50, 2013, págs. 261-276.

ello redundara en un mayor beneficio para ellas, el principal argumento que permite dudar de que estas puedan ahorrar en costes de transacción es que el sistema introduce complejidad.¹⁴² De entrada, el empresario solo ofrecerá el CESL previa comparación con la norma aplicable por defecto; además, en contratos B2C, debe obtener expresamente el consentimiento del consumidor y confirmarlo en un soporte duradero, porque la opción de contratar con él no puede incluirse en las condiciones generales de la contratación¹⁴³. Adicionalmente, deberá preparar un folleto con la información sobre la naturaleza y características del CESL. No es seguro que los costes invertidos en el conjunto de tales operaciones, así como, si decide adaptarse al CESL, los costes suplementarios de marketing y tecnología, sean necesariamente inferiores a las ventajas que pueda obtener. Aunque la Comisión preparase medidas complementarias para aligerar esas u otras cargas –se propone la elaboración de un modelo de condiciones contractuales¹⁴⁴–, todavía hay que recordar que el CESL solo se aplica a la contratación transfronteriza, que su ámbito de aplicación personal es limitado, y que tampoco regula todos los contratos relevantes para el buen funcionamiento del mercado interior, de manera que es probable que no todos los contratos de una misma empresa puedan regirse por él. Hecha válidamente la elección, el recurso a los Derechos nacionales, de acuerdo con los Reglamentos Roma I y II, tampoco se excluye, puesto que existen cuestiones específicas que, tengan que ver o no con el régimen jurídico del contrato, tampoco caen dentro del ámbito de aplicación del CESL. Muy en particular, en contratos mercantiles (B2B), materias tan relevantes en la práctica como la compensación, la representación o la cesión de créditos. Las fricciones entre el Derecho contenido en el CESL y los Derechos nacionales pueden ser distorsionadoras. Por otra parte, no es verosímil pensar que el empresario acepte de buen grado reglas imperativas en contratos B2B, ni que pueda sentirse cómodo con el CESL antes de que exista un cuerpo sólido de doctrina y jurisprudencia. El artículo 4 CESL lleva el concepto de interpretación autónoma muy lejos y existen demasiados conceptos indeterminados¹⁴⁵ que deberán ser interpretados por los jueces nacionales, con el riesgo evidente de que esa interpretación no sea uniforme.¹⁴⁶ Si, para conjurarlo, los jueces nacionales

¹⁴² Para los argumentos que siguen, DORALT, "The Optional...", págs. 13 ss., 18 ss.; CARTWRIGHT, "Choice is good'...", esp. págs. 339-341, 346-349; SMITS, "Party Choice...", págs. 61-67; EIDENMÜLLER *et al.*, "Der Vorschlag...", pág. 286; EIDENMÜLLER, "What can be wrong...", págs. 76 ss.

¹⁴³ Considerando 22 Prop. Reg.; artículos 8, 9 Prop. Regl.; Anexo II CESL. *Vid.* EIDENMÜLLER *et al.*, "Der Vorschlag...", pág. 276.

¹⁴⁴ *Vid.* enmienda del Parlamento europeo 21, a un nuevo Considerando 34c; y enmienda 201 a un nuevo artículo 186c CESL.

¹⁴⁵ Por ejemplo, artículos 2, 83 (1) (buena fe); artículo 5 (razonable); artículo 86 (1) (b) (buenas prácticas comerciales) CESL. Sobre el alcance del principio de buena fe, *vid.* enmiendas del Parlamento europeo 17 al Considerando 31 Prop. Regl.; 37 a un nuevo artículo 2 (f e) Prop. Regl.; y 83 al artículo 2 (2) CESL. La enmienda 175 al artículo 86 (1) (b) CESL pretende reemplazar la expresión "buenas prácticas comerciales" por "prácticas comerciales habituales", lo que desde luego no es lo mismo.

¹⁴⁶ SMITS, "The Common European Sales...", págs. 911-914.

deben plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, entonces probablemente quepa lamentar que la deseada uniformización sea excesivamente lenta, por no hablar del riesgo de colapso y de la consiguiente imposibilidad de acceder a la justicia.¹⁴⁷

6. Consideraciones finales

Más de una década de búsqueda de mayor coherencia en el Derecho contractual europeo ha sido tiempo suficiente para que la Comisión haya optado, finalmente, por un enfoque más pragmático. El instrumento opcional sobre la compraventa es lo que queda de la más ambiciosa pretensión de elaborar un Código civil europeo, con el que el CFR habría llegado a identificarse en algún momento. Ciertamente, el buen funcionamiento del mercado interior exige eliminar barreras administrativas, fiscales, lingüísticas y los problemas asociados al transporte y la litigación, pero eso no puede desmerecer el intento de eliminar los obstáculos legales. Es lo que ahora propone la Comisión mediante un instrumento opcional sobre Derecho contractual, que trata de conciliar las necesidades del mercado interior y la protección de los consumidores. La Propuesta es deficitaria en más de un aspecto, aunque probablemente no hay más remedio que admitir que algunos de los inconvenientes que presenta son inherentes a cualquier instrumento opcional. El Parlamento ha introducido numerosas enmiendas -gracias, sobre todo, a las valiosísimas aportaciones del ELI-, pero todavía no son suficientes; en particular, el ámbito de aplicación territorial no resulta modificado. Por otra parte, la intención de limitar el CESL a los contratos a distancia reduce sus posibilidades de aplicación. Si, con todo, este es el enfoque que debe prevalecer, es evidente que las normas tendrán que adaptarse a este específico contexto. Tal y como están redactadas, son generales y no están específicamente diseñadas para la contratación *on line*. Otros ajustes técnicos, algunos apenas esbozados en las líneas precedentes, son igualmente necesarios si de verdad se quiere legislar de forma inteligente.

¹⁴⁷ Se han propuesto medidas complementarias para facilitar que el CESL cumpla su propósito. Así, SMITS, "The Common European Sales ...", pág. 912, sugiere crear un tribunal europeo especializado. En lugar de eso, la enmienda 20 del Parlamento europeo a un nuevo Considerando 34b Prop. Reg. y la enmienda 257 a un nuevo artículo 186b CESL, se limitan a alentar la resolución alternativa de conflictos. *Vid.* además las enmiendas 18, 19 al Considerando 34 y a un nuevo artículo 34a Prop. Reg., y enmiendas 253-256 a un nuevo artículo 186a CESL, sobre la necesidad de crear una base de datos con las sentencias nacionales recaídas sobre el CESL y la elaboración de un comentario doctrinal sobre el CESL.