

LA PROPUESTA DE NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL), UN PASO MÁS HACIA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA, LASTRADO POR LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR*

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Navarra

Recibido: 28.01.2013 / Aceptado: 04.02.2013

Resumen: La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL) es un «instrumento opcional» que los contratantes pueden elegir, en ciertos supuestos, como derecho que regule su contrato. Es un texto basado en los trabajos previos en esta materia, aplicable a contratos transfronterizos y a relaciones B2C y B2B, y que regula tanto una teoría general de contratos como el contrato de compraventa y algunos contratos de servicios. Constituye una gran oportunidad de avanzar hacia la unificación del derecho privado en Europa, si bien la necesidad de incluir normas de protección de consumidores se muestra como un «lastre» que perjudica su coherencia interna y el contenido de la regulación.

Palabras clave: normativa común compraventa europea; derecho de consumidores; CESL; derecho privado comunitario.

Abstract: The proposed Common European Sales Law (CESL) is an «optional instrument» that contractors can choose, in certain cases, such as right to govern their contract. It is a text based on previous works in this area, applicable to cross-border contracts and B2C and B2B relationships, and regulating both a general theory of contract as the contract of sale and some service contracts. It is a great opportunity to move towards the unification of private law in Europe, although the need to include consumer protection rules is shown as a «ballast» that harms its internal coherence and content regulation.

Key words: Common European Sales Law, CESL, consumer law, European private law, unification of private law.

Sumario: I. La gestación de la Propuesta de Reglamento CESL. 1. La necesaria armonización del derecho europeo de contratos. 2. De los principios Lando al CESL, pasando por el DCFR. 3. Las Directivas sobre protección de consumidores. II. La Propuesta de Reglamento CESL. Ámbito de aplicación. 1. Ámbito de aplicación territorial y subjetivo. A) Configuración como un «segundo derecho nacional». B) Aplicación a contratos transfronterizos, incluso con contratantes ajenos a la UE. C) Aplicación a relaciones B2C o B2B PYME. D) Carácter facultativo. 2. Ámbito material. Contratos a los que se aplica: compraventa, suministro de contenidos digitales y servicios relacionados. III. La Propuesta CESL. Algunos aspectos de especial relevancia. 1. Un texto único para contratos con empresas y con consumidores, y que no distingue lo «civil» de lo «mercantil». 2. Una «teoría general del contrato». 3. Una regulación de los «contratos de servicios». IV. Valoración general: un texto positivo, pero lastrado por la protección al consumidor.

* Trabajo elaborado dentro del Proyecto de Investigación de la Universidad de Navarra (PIUNA) «La unificación del Derecho privado patrimonial europeo: el marco común de referencia y otras propuestas de integración», del que es Investigador principal el autor.

I. La gestación de la Propuesta de Reglamento CESL

1. La necesaria armonización del derecho europeo de contratos

1. En el ámbito del comercio internacional son continuos los esfuerzos por lograr una armonización del derecho privado, o al menos una serie de reglas sectoriales que permitan escapar de la aplicación de «derechos nacionales» y acudir a una regulación adecuada para ese sector de la contratación. Desde siempre se ha puesto de manifiesto que la diversidad de los ordenamientos nacionales retrae la contratación internacional, puesto que supone para quien contrata un estudio del otro ordenamiento, de las consecuencias que tendría en el mismo un posible incumplimiento, de cuál sería el derecho aplicable, etc. Estos altos «costes de transacción», además, suelen no conducir a resultados seguros, pues en muchos casos no existen criterios claros de determinación del derecho aplicable o de la jurisdicción competente. Por eso los contratantes prefieren tener unas normas aplicables ajenas a los derechos internos, y un sometimiento a arbitraje para huir de las jurisdicciones nacionales. De esta forma, y con muy diverso alcance, han surgido normas como la Convención de Viena sobre compraventa internacional; reglas modelo sectoriales, como las relativas a los créditos documentarios, a las garantías independientes, o los muy aplicados INCOTERMS; y hasta propuestas de régimen general, como los Principios UNIDROIT para contratos comerciales internacionales.

2. En el ámbito de la Unión Europea el problema se ha planteado de forma parecida, en relación con la «armonización del mercado interior» que se propone en el art. 114 TFUE. Resulta ilusorio hablar de un «mercado único» cuando hay 27 derechos privados distintos aplicables, y en un contrato entre nacionales de distintos países debe determinarse el derecho aplicable, y luego operar conforme a él. De hecho, los estudios demuestran que el comercio internacional interno dentro de la UE es relativamente pequeño, en buena parte por esta diversidad. Los «Eurobarómetros» ponen de manifiesto que muchos consumidores prefieren comprar a empresas de su país porque desconfían de cómo será el derecho aplicable en otro caso; e igualmente, muchas pequeñas PYMEs se dedican al comercio nacional porque no quieren estudiar qué derecho se aplicaría en otros casos y las diversas consecuencias según los países de compra¹. Por eso desde fines del siglo pasado se ha dado un impulso importante para llegar a una posible unificación de ese derecho privado que fuera aplicable, cuando menos, en las relaciones entre nacionales de países distintos dentro de la UE².

2. De los principios Lando al CESL, pasando por el DCFR

3. Uno de los resultados más conocidos de esa vía de estudio fue el logrado por la «Comisión de Derecho Europeo de los Contratos», más conocida como «Comisión Lando», que redactó los *Principles of European Contract Law* (en adelante *PECL*)³. A partir de ahí, la Comunicación de la Comisión

¹ Según la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa (en adelante, Propuesta CESL), sólo uno de cada diez comerciantes vende sus productos fuera del país, y una de las razones fundamentales es la disparidad de derechos nacionales. Una de las conclusiones del Eurobarómetro sobre el Derecho contractual europeo es que el primero de los obstáculos a las transacciones entre empresas y consumidores es la dificultad de investigar las disposiciones de una ley extranjera. Sobre estas cuestiones se expone la Exposición de Motivos de la Propuesta CESL.

El estudio de campo de los problemas de existencia de derechos nacionales diversificados (*Impact Assessment*) y el resultado de los dos Eurobarómetros acerca de la incidencia de esa diversidad de derechos pueden verse en http://ec.europa.eu/justice/contract/impact-assessment/index_en.htm

² Sobre los problemas que plantea la fragmentación y la incoherencia de los diversos derechos contractuales aplicables véase, últimamente, J. SMITS, «Coherence and Fragmentation in the Law of Contract», en P. LETTO-VANAMO - J. SMITS (eds.), *Coherencia and Fragmentation in European Private Law*, München, Sellier, 2012, pp. 9-24.

³ Los Principios se dividen en tres partes y se publicaron en dos volúmenes. El primer volumen, aparecido en 2000, incluye las partes I y II, y versa sobre disposiciones generales, formación de los contratos, representación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento, incumplimiento y remedios frente al incumplimiento del contrato. El segundo volumen apareció en 2005, y recoge la parte III, relativa a pluralidad de sujetos, cesión de créditos, sustitución del deudor, cesión del contrato, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización del interés. Se trata, como se aprecia, de una teoría general del contrato, y no de una «parte especial» de contratos específicos.

Europea al Consejo y al Parlamento de 12 febrero 2003 propuso varios caminos para la superación de la diversidad legislativa⁴, y supuso un impulso relevante, porque a partir de ella se han ido sucediendo diversos textos a un ritmo realmente frenético.

4. Para el estudio y mejora del Derecho comunitario ya existente en materia contractual de protección al consumidor se creó el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Este Grupo no trató tanto de «crear» nuevas reglas, sino de armonizar las ya existentes y de buscar soluciones a problemas de interpretación planteados por ellas. En este sentido se ha afirmado que se trata de una labor de elaboración de *restatements*. Los *Acquis Principles* se formularon en una primera versión de 2007, y actualmente en una segunda de 2009, que además tiene en cuenta el texto del *DCFR*. Su contenido básico es parecido al de una teoría general del contrato, si bien de cada materia se destacan especialidades en relación con ciertas formas de negociación o con ciertos contratos⁵.

5. Para la formulación de principios y reglas se creó en 1999 el *Study Group on a European Civil Code (Study Group)*, como un sucesor de la Comisión Lando. Este grupo, en el que se integraron muchos de los componentes de la Comisión Lando, extendió su labor a mucho más que el derecho contractual, y elaboró en muy poco tiempo a partir de la Comunicación de 2003 los llamados *Principles of European Law* (en adelante, *PEL*). En la propuesta inicial se trataba de catorce volúmenes, cada uno de ellos dedicado a una materia concreta, algunos de los cuales se publicaron ya a partir de 2007, y otros (los menos) aún se hallan en preparación. Esos Principios no tratan teoría general del contrato, pero sí contratos especiales, y además se extienden a derechos reales sobre bienes muebles y a los *trusts* (que se consideran una parte de los derechos reales)⁶.

6. Pues bien, ambos grupos, que en ocasiones comparten a las mismas personas, unieron sus esfuerzos para formular un borrador o proyecto de «Marco Común de Referencia» (un *draft* de *Common Frame of Reference*). Ese «Marco Común» era uno de los objetivos que planteaba la Comisión en su Comunicación de 2003, y sobre su finalidad hablaremos a continuación. El primer «borrador del borrador» se hizo público en 2007 (la *Interim Outline Edition*), y en 2009 se publicó una segunda versión, en la que se modificaron algunas redacciones, y se completó la materia⁷. Además del texto de los Principios (la *Outline edition*), se publicó en seis volúmenes una especie de comentario o explicación del *DCFR* (la *Full edition*), exponiendo el contenido de los Principios, las razones de la regulación (*Comments*), y las notas relativas a los derechos nacionales (*Notes*)⁸. El *DCFR* no es una suma o yuxtaposición de

⁴ «Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Un Derecho contractual más coherente. Plan de Acción» [COM (2003) 68 def.]. Son también relevantes las Comunicaciones de 11 julio 2001 [COM (2001) 398 def.] y 11 octubre 2004 [COM (2004) 651 def.]. El Parlamento también ha impulsado la idea de la unificación en sus Resoluciones de 26 mayo 1989, 6 mayo 1994, 15 noviembre 2001, 15 marzo 2006 y 12 diciembre 2007.

⁵ La primera versión está en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of the Existing EC Contract Law (Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms)*, München, Sellier, 2007. La segunda versión se publica como RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions. Delivery of Goods. Package Travel and Payment Services*, München, Sellier, 2009.

⁶ Los volúmenes que recogen los *PEL* se han ido publicando desde 2007, conforme cada grupo acababa su trabajo. Al igual que los *Principios Acquis*, cada libro recoge los Principios (en realidad, un verdadero texto articulado), un comentario explicativo sobre los mismos, y las notas relativas a cómo contemplan esa institución los ordenamientos nacionales comunitarios. Los 14 volúmenes de los *PEL* son: *Benevolent Intervention in Another's Affairs; Commercial Agency. Franchise and Distribution Contracts; Service Contracts; Personal Security; Lease of Goods; Sales; Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another; Unjustified Enrichment; Proprietary Security Rights in Movable Assets; Loan Agreements; Acquisition and Loss of Ownership in Movables; Donation; Mandate Contracts; y Trust*.

⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition*, München, Sellier, 2009. En la versión de 2007 no se habían redactado las reglas relativas al préstamo; a la donación; a la adquisición y pérdida de la propiedad y garantías reales sobre muebles; y a los trusts.

⁸ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, München, Sellier, 2009. El texto puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf

los *Acquis Principles* (teoría general del contrato) y los *Principles of European Law* (parte especial de contratos), sino una nueva exposición de la teoría general y una nueva redacción de los *PEL*⁹.

7. Es más que posible que los órganos comunitarios no esperaran unos resultados tan «completos» en tan poco tiempo¹⁰. Como casi siempre, el entusiasmo mostrado por el Parlamento y por la Comisión fue muy distinto. La Comisaría de Justicia del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo consideró, en la reunión de 12 de enero de 2010, que el DCFR presentado era una maravillosa pieza de trabajo, que podía ser un embrión del Código civil europeo al que un día se llegará. Frente a esto, la Comisión dictó la Decisión 2010/233/EU de 26 abril 2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. En esa Decisión se menciona al proyecto académico de marco común de referencia, pero se señala que el Programa de Estocolmo para 2010-2014 invita a la Comisión a presentar una propuesta sobre un marco común de referencia, y concluye que «es necesario, por tanto, crear un Grupo de expertos en el ámbito del Derecho civil y, en particular, en el ámbito del Derecho contractual». La Decisión estableció que ese Grupo debía seleccionar las partes del DCFR pertinentes para el Derecho contractual y reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo también en cuenta otros trabajos, y el acervo de la Unión¹¹. Resultaba, así, que el DCFR no era un punto de llegada, pero casi ni siquiera un punto intermedio, sino un

⁹ La bibliografía sobre el DCFR no se ha hecho esperar. Entre los libros colectivos dedicados a valorar el DCFR véanse VAQUER ALOY, Antoni (ed.): *European Private Law beyond the Common Frame of Reference. Essays in honour of Reinhard Zimmermann*, Groningen (The Netherlands), Europa Law Publishing, 2008; A. SOMMA (ed.): *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer Law International, New York, junio 2009; G. WAGNER (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, München, Sellier, 2009; L. ANTONIOLLI - F. FIORENTINI (eds.) - COMMON CORE EVALUATING GROUP (pr.), *A factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier, 2011; E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch, 2011.

¹⁰ Cuestión distinta es que, aparte ser completo, sea valioso. Como era de esperar el DCFR tuvo sus defensores y detractores. Uno de los trabajos más críticos fue el de H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, «The Common Frame of Reference for European Private Law. Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, 2008, pgs. 659-708. Véanse también R. SCHULZE, T. WILHELMSSON, «From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *European Review of Contract Law*, vol. 4, issue 2, may 2008, pgs. 154-168; C. VON BAR, «A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (mayo 2008), pgs. 1-10; M. W. HESSELINK, *CFR&Social Justice*, München, Sellier, 2008; E. CLIVE, «An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference», *ERA-Forum*, agosto 2008; S. WHITTAKER, *The «Draft Common Frame of Reference. An assessment*, University of Oxford, 2008; HOUSE OF LORDS, *European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference*, London, 2009; EUROPEAN FINANCIAL MARKETS LAWYERS GROUP. *The Draft Common Frame of Reference. A position paper*, septiembre 2009; L. MACGREGOR, *Report on the Draft Common Frame of Reference: a report prepared for the Scottish Government*, mayo 2009. En la doctrina española F.J. INFANTE RUIZ, «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *InDret*, abril 2008, y A. VAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia», en E. BOSCH CAPDEVILA (dr.), *Derecho Contractual Europeo*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 235-259. Para las críticas generales formuladas me remito a E. VALPUESTA GASTAMINZA, «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», en E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación ... cit.*, pp. 73 y ss.

¹¹ Según la Decisión, «La función del Grupo será asistir a la Comisión para la preparación de una propuesta de marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluido el Derecho en materia de contratos mercantiles y de consumo y, en particular: a) para seleccionar las partes del proyecto de marco común de referencia que sean pertinentes, directa o indirectamente, para el Derecho contractual, y b) para reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados del proyecto de marco común de referencia, teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este ámbito, así como el acervo de la Unión».

El grupo debe incluir a expertos de las siguientes categorías: organizaciones científicas y de investigación, mundo académico; profesionales de la Justicia; y expertos que representen a la sociedad civil. Las personas nombradas son las siguientes: Susanne Czech, European E-commerce and Mail Order Trade Association; prof. Fernando Gómez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona; prof. Luc Grynbaum, Université Paris-Descartes; prof. Torgny Håstad, Justiteråd Högsta domstolen, Stockholm; prof. Martijn W. Hesselink, University of Amsterdam; prof. Miklos Kiraly, Eötvös Loránd University, Budapest; prof. Irene Kull, Faculty of Law, Tartu; Maître Pierre Levêque, Avocat au Barreau de Paris; prof. Paulo Mota Pinto, Universidade de Coimbra; prof. Jerzy Pisulinski, University Jagiellonian, Krakow; Mr Bob Schmitz, European Consumer Consultative Group, Luxembourg; prof. Hans Schulte-Nölke, European Legal Studies Institute, Osnabrück; prof. Jules Stuyck, Avocat au Barreau de Bruxelles; profa. Anna Veneziano, Università degli Studi di Teramo; Maître Ioana Lambrina Vidican, Notary, Bucarest; prof. Simon Whittaker, University of Oxford; prof. Hugh Beale, University of Warwick; prof. Eric Clive, University of Edinburgh. Los profs. Bénédicte Fauvarque-Cosson (Université Panthéon-Assas) y Christian von Bar (University of Osnabrück) actuarán como asesores especiales de la Vicepresidenta sobre derecho contractual europeo, y le comunicarán las conclusiones del grupo de trabajo.

«punto de partida» y sin ataduras para el posterior trabajo de revisión. También era sintomático que para asesorar al Grupo de Expertos se nombrara un comité que integraba a diversos *stakeholders*, a prácticos del derecho, posiblemente porque se consideraba que el DCFR era demasiado «académico», «teórico» o alejado de la realidad¹².

8. El «Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas» (Bruselas, 1 julio 2010) mantuvo el desapego hacia el valor del DCFR, y volvió a proponer hasta siete vías de posible avance en la búsqueda de una mayor armonización o unificación¹³. A continuación, lanzó una «consulta pública para recabar orientación y opiniones sobre actuaciones posibles en materia de Derecho contractual europeo», hasta el 31 de enero de 2011.

9. En respuesta al Libro Verde, el Parlamento Europeo, en su perpetuo optimismo hacia la consecución de un derecho privado común, adoptó el 8 junio 2011 una Resolución en la que expresaba su firme apoyo a un instrumento que permitiría mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y beneficiaría a los comerciantes, los consumidores y los sistemas judiciales de los Estados miembros.

10. El grupo de expertos creado mediante la Decisión 2010/233/EU antes citada realizó un estudio de «factibilidad» (*feasibility*) o «viabilidad» de un derecho contractual europeo para consumidores y empresarios. Se publicó una primera versión de agosto de 2011 (*Contract law, Work in progress, versión of 19 august 2011*), y una definitiva fechada el 3 de mayo de 2011¹⁴. A partir de ella, se redactó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en siglas inglesas, Propuesta de Reglamento CESL), de 11 octubre 2011. El Reglamento tiene dos partes bien diferenciadas: la Exposición de Motivos y los artículos del Reglamento en sí (en adelante, Reglamento CESL); y como anexo, la «normativa común de compraventa europea» (en adelante, Propuesta CESL).

11. Resulta curioso, si no vergonzoso, que el Reglamento no haga referencia alguna al DCFR. Parece como si el texto surgiera de la nada, o directamente del *Feasibility study*, cuando es evidente que está directamente inspirado en el *DCFR*. Quizás la «soberbia» de los redactores del *Common Frame*, que fueron mucho más allá del puro derecho contractual, y que además propusieron figuras totalmente

¹² Las conclusiones de las diversas reuniones del «Key stakeholder Experts Group» pueden consultarse en http://ec.europa.eu/justice/contract/stakeholder-meeting/index_en.htm

¹³ Las opciones presentadas fueron: a) una simple publicación de los resultados del Grupo de expertos, que podría inspirar la redacción de los Derechos nacionales, o de las cláusulas contractuales; b) considerar los resultados como una «caja de herramientas» oficial para el legislador, que sirviera para redactar propuestas normativas o revisar medidas en vigor, dándole un respaldo oficial bien mediante un acto del Consejo, bien mediante un acuerdo interinstitucional entre Consejo, Comisión y Parlamento; c) dictar una Recomendación de la Comisión, animando a los Estados miembros bien a sustituir sus legislaciones contractuales con ese instrumento, bien a incorporarlo como régimen optativo para las partes contratantes; d) dictar un Reglamento de creación de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo, que constituiría un «segundo régimen contractual» por el que podrían optar las partes al contratar; e) dictar una Directiva sobre Derecho contractual europeo, para armonizar las legislaciones nacionales con base en normas mínimas comunes; f) dictar un Reglamento que estableciera un Derecho contractual europeo, que sustituyera las legislaciones nacionales; y g) dictar un Reglamento de creación de un Código civil europeo, que no sólo cubriera materia contractual, sino también, p.ej., responsabilidad civil o prestaciones de beneficencia.

¹⁴ *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*. El documento incluye como anexo el *Commission Expert Group on European Contract Law. Feasibility study for a future instrument in European Contract Law. 3 May 2011*, que es el germen de la CESL.

Para consultar las diversas reuniones del grupo, y los resultados de la información pública a la que se sometió el *Feasibility Study* véase http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm y http://ec.europa.eu/justice/contract/background/index_en.htm

Una valoración doctrinal del *Feasibility Study* en R. SCHULZE - J. STUYCK (eds.), *Towards an European Contract Law*, München, Sellier, 2011, que contiene la intervención de la Comisaria de Justicia Viviane REDING, cuyo papel fue fundamental en el impulso de las decisiones finalmente adoptadas («The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers», pp. 9-20).

novedosas alejadas del puro «comparatismo», ha querido ser castigada con este ostracismo. No es justo, porque por muchas objeciones que cupiera realizar al *DCFR*, ha supuesto una revitalización de la discusión sobre cómo llegar a una mayor armonización. Posiblemente los autores se «pasaron de frenada» al proponer un texto tan ambicioso, y en algunas partes no demasiado meditado, pero sería justo reconocerle un mérito cuando buena parte de la Propuesta CESL bebe directamente del diseño de la teoría general de obligaciones y del régimen de la compraventa diseñados en el *DCFR* (que a su vez supuso una evolución más a partir de los *PEL*, de los *Principios Acquis*, y de los avances de los otros grupos de trabajo existentes).

3. Las Directivas sobre protección de consumidores

12. La cuestión es diferente, aunque en cierta forma paralela, con la problemática de la protección del consumidor. La Unión Europea sí tiene competencia plena para dictar normas de protección del consumidor, en virtud del art. 169 TFUE, que buscan un nivel de protección mínimo del consumidor igual para todos los países de la Unión. Lo que se pretende no es tanto una uniformidad, un derecho único, sino una armonización de normas y un mínimo de protección. Pero el problema real es muy parecido, porque de hecho las diversas materias en las que se han dictado Directivas han dado lugar a otros 27 ordenamientos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos, lo cual plantea de nuevo la diversidad de los derechos nacionales como problema. El *EC Consumer Law Compendium* puso de manifiesto esta diversidad¹⁵. En las ventas a distancia a través de medios electrónicos, cada país tiene distintas normas acerca de los requisitos de las páginas web, de la información precontractual, del derecho de desistimiento, etc., pese que la Directiva 2000/31/CE asegura una protección mínima uniforme en materia de comercio electrónico, y la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/CE). Esto hace que cada comerciante deba cumplir muy diferentes requisitos según el país en el que se le compren bienes o servicios.

13. La discusión acerca del camino a tomar tampoco ha dado un resultado claro. En octubre de 2008 se hizo pública una propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores que reunificara las normas de las Directivas de negocios fuera de establecimiento, a distancia, cláusulas abusivas y garantía en las ventas a consumidores, basada en un criterio de «armonización máxima» (no establecer unos mínimos uniformes, sino unos máximos). Pero ese enfoque, que resultó muy criticado entre la doctrina, se abandonó en 2010, cuando la responsabilidad de la propuesta recayó en la Dirección General de Justicia. Finalmente, la Directiva 2011/83/CE (en adelante, DDC) únicamente modifica las reglas de ventas a distancia y negocios fuera de establecimiento, y sigue la vía de la «armonización plena selectiva», que significa una armonización máxima en ciertos aspectos muy concretos de alguna regulación¹⁶.

14. El resultado sigue siendo la dispersión, porque existen muchas Directivas, no siempre coordinadas entre sí, con regulaciones válidas sólo para ese ámbito de regulación (como, por ejemplo, el concepto de consumidor, y la solución -o no solución- al problema del acto mixto). El aplicador tiene que contemplar no sólo la Directiva (o, a menudo, las Directivas aplicables a un mismo negocio), sino la forma en que cada país la ha traspuesto y establecido, en su caso, una protección superior al mínimo exigido por la norma comunitaria. Y la revisión del *Grupo Acquis* sigue sin dar un fruto seguro, pues aparte de las publicaciones antes referidas, el derecho de protección de consumidores derivado de las Directivas sigue perdiéndose en demasiados detalles distintos para negocios muy parecidos. Los propios órganos comunitarios vienen a aceptar que la vía de las Directivas resulta poco efectiva cuando afirman,

¹⁵ La última versión del *EC Consumer Law Compendium* puede consultarse en http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf

¹⁶ Entre otros, véase C. TWIGG-FLESNER, «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.) - E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2012, pp. 83 y ss. Sobre los criterios de armonización mínima y máxima véase F. GÓMEZ POMAR - J. J. GANUZA FERNÁNDEZ, «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *Indret*, 2-2011, pp. 1-29.

al final del apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta CESL, que «Tampoco sería adecuada una Directiva por la que se establecieran normas mínimas de Derecho contractual europeo de carácter obligatorio, pues no lograría el nivel de seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesario para reducir los costes de transacción». Las Directivas respetan la autonomía de los Estados, pero al precio de no lograr una armonización real.

II. La Propuesta de Reglamento CESL. Ámbito de aplicación

1. Ámbito de aplicación territorial y subjetivo

15. La Propuesta CESL se ha preocupado especialmente por cumplir con la regla de subsidiariedad y de proporcionalidad. El legislador comunitario es consciente de que, al menos por ahora, no puede plantear una normativa obligatoria que suprima los derechos nacionales; ni tiene competencias para ello, ni aunque las tuviera sería algo admitido por los operadores económicos. Por eso avanza por una vía intermedia, una especie de «caballo de Troya» que permita introducir una «unificación no obligatoria», pero efectiva si se elige. La «normativa común de compraventa» será: a) un «segundo derecho nacional»; b) que se aplicará en negocios transfronterizos; c) entre consumidor y empresario, o entre PYME y empresa no PYME; y d) si así lo aceptan las partes¹⁷.

A) Configuración como un «segundo derecho nacional»

16. En primer lugar, se plantea como un «segundo derecho nacional», aplicable a ciertos contratos internacionales. El instrumento opcional europeo podría haberse configurado «un ordenamiento más» que las partes podrían elegir. Se optaría, así, por la vía que ofrecía el Reglamento Roma I en su Considerando 14: «En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas» (se llama a esto el «régimen 28º», porque el nuevo ordenamiento sería uno más añadido a los 27 regímenes nacionales). En tal caso, la elección de esa regulación era una «elección de derecho aplicable» que se sometía a los requisitos generales de Derecho internacional privado. En vez de esto, la Propuesta CESL se plantea como un «segundo ordenamiento nacional» («régimen 2º» o «2º régimen»), de forma que una vez elegido como ordenamiento aplicable el (transfronterizo) de un país de la Unión, sería el obligatorio. Las diferencias son notables en el caso de contratos con consumidores. Si fuera «un ordenamiento más» (el 28º ordenamiento), de ser elegido por las partes, sería además aplicable el ordenamiento del país de residencia del consumidor en la medida en que fuera más beneficioso (art. 6 Roma I)¹⁸. En cambio, al ser un «segundo ordenamiento nacional»

¹⁷ En cuanto al ámbito material de la propuesta CESL pueden verse, recientemente, R. ILLESCAS ORTIZ – P. PERALES VISCASILLAS, «El reglamento opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», *Derecho de los Negocios*, núm. 265-266, 2012, pp. 9 y ss.; F. GÓMEZ POMAR - M. GILI SALDAÑA, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret*, 1-2012, pp. 1-27,

¹⁸ Art. 6 Roma I: «1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1».

Conforme al art. 3.1 Roma I « El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato».

es el ordenamiento del país de residencia del consumidor para sus contratos transfronterizos, y entonces no existe el límite señalado. Se aplicaría en bloque la Propuesta CESL, con independencia del nivel de protección de consumidor del ordenamiento nacional interno de ese país (si bien, de todas maneras, se parte de que la protección del consumidor en la CESL es muy elevada, y por eso normalmente no será inferior a la del propio país). De esta forma, no es preciso modificar Roma I ni el derecho de normas de conflicto (Cdo. 12 del Reglamento). Ahora bien, lo que sí resultará preciso es que el ordenamiento nacional de uno de los países de la Unión sea el aplicable, de forma que sí no lo fuera como regla general, las partes tendrían que poder elegir, y elegir, como aplicable el ordenamiento nacional del país de la UE, y además la propuesta CESL (que siempre es opcional).

17. Esta vía no se halla exenta de problemas, como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina¹⁹. Supongamos un contrato realizado con un consumidor con residencia fuera de la UE, siendo el vendedor un país domiciliado en la UE, en el que ambas partes eligen como aplicable el ordenamiento del país del vendedor y la CESL. Como el «ordenamiento del país de residencia del consumidor» no es la CESL, operarán todos los efectos del art. 6 Roma I (no perderá la protección que le dispensan sus normas nacionales). Por otra parte, también se plantean problemas en el supuesto de contratos entre empresa vendedora no comunitaria, y compradora comunitaria, que eligen como aplicable el CESL. Como regla general, sería aplicable el derecho del país de residencia del vendedor (art. 4.1 Roma I). ¿La elección del CESL supone, implícitamente, también elección del derecho comunitario? Porque si no lo supone (y, desde luego, en principio no, porque la aplicabilidad del derecho comunitario es un *præius* para poder optar por la CESL), no podría operar. Todas estas cuestiones aconsejan una reforma de la Propuesta que evite este tipo de problemas.

B) Aplicación a contratos transfronterizos, incluso con contratantes ajenos a la UE

18. En segundo lugar, se aplica sólo a contratos transfronterizos (art. 4 Reglamento). Cuando el contrato es entre comerciantes, se considera transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro. Y si es con consumidores, si: a) la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual, y b) al menos uno de dichos países es un Estado miembro. Por lo tanto, lo relevante es que sean contratantes de países distintos, y que uno de esos países, al menos, sea de la Unión Europea. La aplicación a contratantes no comunitarios no deja de ser curiosa, pues no queda claro con base en qué competencia puede la Unión regular en esta materia, pero el Reglamento toma esta opción. Esto, además, planteará problemas en función de posibles normas imperativas del país del contratante no comunitario, como se ha expuesto en el epígrafe anterior al tratar del supuesto de consumidor no comunitario y empresa comunitaria.

19. Por ahora no se quiere ni siquiera plantear un «derecho privado uniforme» que sustituya a los derechos nacionales internos, porque ni hay competencia para ello, sería contrario al principio de proporcionalidad, y además resultaría difícilmente admitido por los países. El Libro Verde de 2010 se planteaba si resultaría mejor dictar una norma sólo para contratos transfronterizos o también para los internos, y la opción actual es evidente.

20. Esta elección no impide que un país pueda decidir hacer de la normativa común su derecho interno (esto es, que no se aplique «sólo» a contratos transfronterizos), art. 13 Reglamento. Aunque esto no hacía falta que lo dijera el Reglamento, pues entra dentro de la libertad y autonomía de los órganos

¹⁹ Véase a este respecto S. SÁNCHEZ LORENZO, «La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el derecho internacional privado», *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, n.º 11, 2011, pp. 42 y ss.; G. RÜHL, «The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2012/5*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025879; E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, «Optando por la normativa común de compraventa europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23, 2012, pp. 11-20.

legislativos internos, es claro que en cierta forma los órganos comunitarios consideran positivo que los Estados realicen esta ampliación. La UE no puede imponer los derechos privados internos de cada país, pues esto excedería con mucho de asegurar el «funcionamiento del mercado interior», competencia recogida en el art. 114 TFUE que justifica la regulación. Pero es evidente que sería todo más sencillo si la normativa interna y transfronteriza sobre compraventa de un país es la misma, pues evita a consumidor y empresario el tener que pensar con quién contrata para determinar qué derecho se aplica. De todas formas, la discusión sobre el *DCFR* ha puesto de manifiesto que, como es evidente, por ahora los países no están dispuestos a renunciar a «sus» derechos internos, y suplirlos por una normativa europea que, por muy buena que sea (y que aún no es, obviamente), se separa de sus tradiciones.

C) Aplicación a relaciones B2C o B2B PYME

21. En tercer lugar, se aplica a negocios empresario/consumidor (B2C) o empresario no PYME/PYME (art. 7 Reglamento)²⁰. Para contratos entre consumidores o entre grandes empresas se considera que no es preciso uniformizar el derecho de la compraventa (de nuevo el principio de proporcionalidad). En el fondo la Propuesta CESL sigue siendo una norma basada -aunque no lo diga- en el principio de protección de la parte compradora débil, imponiendo una serie de reglas imperativas defensoras de su interés. De hecho las referencias continuas en la Exposición de Motivos a la protección de los consumidores muestran que su preocupación es esta defensa, quizás también porque así ha nacido el derecho contractual comunitario, y dar un paso claro hacia una normativa para todo tipo de partes resultaría hoy en día políticamente incorrecto.

22. Ahora bien, precisamente porque la Propuesta CESL se va a aplicar a negocios con consumidores, el nivel de protección de éstos tiene que ser alto, mayor incluso, que el de las Directivas, ya que sólo de esta manera será compatible esta normativa con la armonización (sea mínima o máxima) lograda por la vía de las Directivas. Por eso la Propuesta recoge reglas propias de la protección del interés de consumidores, pero elevando incluso plazos de reclamación, posibilidades de resarcimiento, etc.²¹. De forma un tanto paradójica, el consumidor está más protegido por el sistema optativo que por el mínimo de las Directivas obligatorias. Esto no impedirá, por supuesto, que en algunos países y casos concretos la normativa nacional interna, que «mejore» la Directiva, pueda ser más beneficiosa para el consumidor que la de la CESL. Pero aun en tal caso, si las partes eligen la CESL como aplicable, prevalecerá ésta sobre la nacional (no transfronteriza) más favorable, pese a que el art. 6 Roma I pudiera dar una solución contraria (véase lo dicho anteriormente).

D) Carácter facultativo

23. Por último, el sistema es facultativo. De nuevo la proporcionalidad exige no imponer un sistema imperativo a las partes, y respetar la autonomía de la voluntad. Por ello «La utilización de la normativa común de compraventa europea requiere un acuerdo al efecto entre las partes» (art. 8.1 Reglamento. Véase también art. 3 Reglamento). Además, ese acuerdo exige un consentimiento expreso y

²⁰ Por PYME se entiende, a efectos del Reglamento, un comerciante que: a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual no superior a 43 millones de euros, o para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país (art. 7.2 Reglamento). Esta caracterización se toma de la Recomendación de la Comisión 2003/61, de 6 mayo 2003, sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

²¹ Acerca del «nivel muy elevado de protección del consumidor» de la Propuesta CESL véase H. SCHULTE-NÖLKE, «El derecho de consumo en la propuesta de reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 68-72. Considera también que el nivel de protección en materia de cláusulas abusivas es mayor M. EBERS, «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *Indret*, núm. 1/2012, pp. 43-47. En cambio se muestra crítica con este sistema de protección, que cambia el rumbo de actuar mediante Directiva, U. PACHL, «The Common European sales law – have the right choices been made? A consumer policy perspective», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2012/6*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027455

pleno para el caso de consumidor, pues en tal supuesto se precisa «una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato» (art. 8.2 Reglamento); el comerciante deberá facilitar al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero; e incluso, el vendedor debe alertar al consumidor, dentro de la información precontractual, acerca de la intención de aplicar dicha normativa, entregándole una ficha informativa cuyo modelo se incluye en el anexo (art. 9.1 Reglamento). Todo este sistema de *opt-in* respecto del consumidor resulta un tanto «intimidante», como ya ha tenido ocasión de señalar la doctrina²². Con tanta precaución y avisos la impresión que puede darle es la de que aceptar la normativa común es peor que no hacerlo, que va a quedar menos protegido. Esto, además, resulta contradictorio con la valoración de que la Propuesta CESL es más protectora del interés del consumidor que el nivel mínimo de las Directivas; si es así, no tiene quizás tanto sentido el tomar prevenciones para su aplicación. En la discusión acerca de cómo uniformizar el derecho privado se acuñó la expresión del «*blue button*», para significar que al concertarse un contrato podía incluirse una «casilla» o «botón azul», con la bandera de la UE, para que tachándola o pulsándola se indicase la aceptación de la normativa europea, y no la de la normativa nacional²³. Si en vez de un atractivo y curioso «botón azul» lo que se hace es «prevenir» al consumidor, el efecto será distinto.

24. El carácter facultativo u optativo de la normativa común ha sido un requisito importante. Desde los trabajos preparatorios del DCFR la idea de un «instrumento opcional» era la más aceptada entre la doctrina, porque permite ofrecer a las partes una normativa adecuada, protectora de sus intereses y moderna, sin obligarles a someterse a ella. Aunque el Libro Verde de 2010 ofrecía varias opciones, varias de ellas eran casi imposibles por problemas de planteamiento (como la propuesta de un reglamento que impusiera un derecho interno obligatorio a todos los países). En cambio el «instrumento opcional» no violenta ninguna voluntad, y supone una riqueza más de ordenamientos a los que acudir.

25. Cabe también resaltar que la aceptación de la normativa común, si se realiza, debe ser total en contratos empresario/consumidor (art. 8.3 Reglamento). En cambio, entre PYME/Empresa no PYME sí cabría una aceptación parcial. Parece con ello se intenta evitar que el empresario ofrezca sólo la vinculación a las partes más «técnicas» en las que no exista una alta protección del consumidor, y así el contrato se regiría en parte por la normativa común, y en parte por la nacional aplicable, lo cual resulta demasiado complejo, porque además de nuevo entraría en juego el art. 6.2 Roma I que exigiría tener en cuenta el nivel de protección del derecho del país de residencia del consumidor.

2. **Ámbito material. Contratos a los que se aplica: compraventa, suministro de contenidos digitales y servicios relacionados**

26. El ámbito «material» de la regulación lo constituyen tres grupos de contratos: compraventas; suministro de contenidos digitales; y contratos de servicios relacionados (art. 5 Reglamento).

27. Por compraventa se entiende «todo contrato en virtud del cual el comerciante (“el vendedor”) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (“el comprador”) la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los

²² Sobre estas cuestiones véase M. W. HESSELINK, «How to Opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission’s Proposal for a Regulation», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2011/15*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950107; B. FAUVARQUE-COUSSON, «Hacia un derecho común europeo de la compraventa», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revision ... cit.*, pp. 55-57. O. LANDO, «On a European Contract Law for Consumers and Businesses – Future perspectives», en R. SCHULZE - J. STUYCK (eds.), *Towards an ... cit.*, p. 22, considera que los sistemas de *opt-in* suelen fracasar, por lo que duda del acierto de la regla que proponía, en esos momentos, el *Feasibility Study*.

²³ La idea del *blue button* fue inicialmente lanzada por H. SCHULTE-NÖLKE, «EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the “Blue Button”», *European Review of Contract Law*, 3/2007, pgs. 348-349. Remarcaba esta opción S. LEIBLE, «¿Qué hacemos con el marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», en M. R. DÍAZ ROMERO (coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, pp. 221-249.

contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública» [art. 2.(k) Reglamento]. Como se aprecia, y en línea con la Convención de Viena, se incluye la compraventa «clásica», pero también el arrendamiento de obra, el «suministro de bienes que se deban fabricar o producir»²⁴.

28. El suministro de contenidos digitales incluye tanto el suministro en soporte material como sin soporte material; tanto contenidos que pueden ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario como aquellos a los que simplemente se pueda tener acceso; y tanto la entrega a cambio de precio como gratuita [art. 5.b) Reglamento]. Por otra parte, por «contenidos digitales» se entienden «los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes», con algunas exclusiones [art. 2.(j)]²⁵. Lo importante es el «formato» digital, no el contenido de ese formato. Y como en la compraventa, vale tanto la compra de contenidos estándar como los que se elaboren «siguiendo las especificaciones del consumidor» (*sic*, por adquirente). La «personalización de *software* estándar» es también objeto de esta regulación²⁶.

29. Por lo que se refiere a los «servicios relacionados», son «cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales» [art. 2.(m) Reglamento]. Se excluyen ciertos servicios que, de otra forma, encajarían en el ámbito material, pero que constituyen contratos diversos con regulación propia: los servicios de transporte, de formación, de apoyo a las telecomunicaciones, y financieros. Lo relevante es que ciertos contratos típicos de «arrendamiento de servicios» como la instalación, mantenimiento, reparación o tratamiento se regulan también por la normativa común, y se establecen respecto de ellos reglas que bien pueden entenderse como las tendencias en derecho comunitario en materia de contratos de servicios (véase más adelante III.3).

III. La Propuesta CESL. Algunos aspectos de especial relevancia

1. Un texto único para contratos con empresas y con consumidores, y que no distingue lo «civil» de lo «mercantil»

30. Está claro que para el Derecho comunitario privado no existe el «Derecho mercantil», pero tampoco el «Derecho civil». Sólo existen consumidores y comerciantes que contratan entre sí. La distinción «contratos civiles» y «contratos mercantiles», consagrada en los derechos continentales por los códigos decimonónicos, ya no se mantiene, porque no tiene sentido alguno. Si pudo tener sentido en algún momento fue por la existencia de dos «mentalidades», «conservadora» vs. «especuladora», que podía justificar crear reglas paralelas con distintos *tempos* de actuación. Pero actualmente, cuando todos, consumi-

²⁴ La misma regla se aplicaba en el *DCFR*, véase M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «Libro IV.A. Compraventa», en E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación ... cit.*, pp. 221-223. Sobre la ampliación del concepto de compraventa véase P. PERALES VISCASILLAS, «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Aranzadi Civil*, nº 4-2003, pp. 1199 a 1224.

²⁵ Las excepciones son: i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; y vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios.

²⁶ Sobre esta regulación véanse G. SPINDLER, «Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la propuesta de reglamento sobre un derecho común de compraventa», y R. YANGUAS GÓMEZ, «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», ambos trabajos en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 457-469 y 471-508 respectivamente.

dores y empresarios, tenemos la misma mentalidad especulativa y capitalista, no tiene sentido mantener la distinción²⁷. Menos aún en el ámbito de los contratos transfronterizos, en el cual todos los que actúan tienen esa mentalidad de aprovechamiento de las oportunidades de negocio y de maximización del valor.

31. La Propuesta es, además, un texto único para contratos entre empresas y entre empresas (B2B, si la adquirente es PYME) y consumidores (B2C). Así como en las Directivas los órganos comunitarios operan únicamente hacia contratos con consumidores, en estos otros instrumentos reguladores no existe esa limitación. Lo importante es que frente a la doctrina que considera que el «Derecho del consumo» es una especie de rama independiente o autónoma, regida por principios propios (como el cuestionado principio *pro consumatore*), el derecho privado europeo apuesta por lo contrario, por unas reglas especiales para consumidores pero integradas, y sin estrépito, en la regulación general del derecho privado. Se muestra así que si se considera precisa una especial protección al interés del consumidor, esto puede hacerse mediante la introducción de reglas especiales, pero no es precisa la creación de todo un conjunto de normas paralelas más proteccionistas que las generales. En muchos casos la combinación de intereses contenida en la norma general es la situación de «equilibrio», por lo que no resulta preciso distinguir si la contraparte es consumidor, PYME o, incluso, gran empresa. De hecho, en la regulación general de la compraventa y de los servicios relacionados las normas específicas sobre consumidores suponen una proporción bastante pequeña.

32. Pero además de esto, lo que también resulta relevante es que muchas de las soluciones generales se basan en reglas que, hasta ahora, se habían enunciado en las Directivas de protección de consumidores. Así pasa, p.ej., con la exigencia de «conformidad» de la prestación fundamental, tan alejada de la distinción entre vicios aparentes y vicios ocultos propia de los derechos continentales. Este paradigma de cómo medir el cumplimiento se había formulado hasta ahora en la Directiva sobre garantía en la venta de bienes de consumo (Directiva 1994/44/CEE), y sólo para consumidores, pero a partir de ahí se toma como el modelo general de cumplimiento en la compraventa²⁸. Lo mismo cabría señalar de la regulación de las «cláusulas contractuales no negociadas individualmente»: en la Directiva 93/13/CEE sólo se establecen requisitos para tales cláusulas cuando son pactadas con consumidores, pero en la Propuesta CESL parte de esas normas se generalizan para todo tipo de contrapartes, e incluso el «control de contenido» (el concepto y régimen del «*unfair term*», traducido al español como «cláusula abusiva») se aplica también a contratos entre empresarios, si bien con un paradigma de abusividad distinto (véanse arts. 79 y 81 Propuesta CESL, como normas generales, y 82 a 85 para el control de contenido en contratos con consumidores, y 86 para igual control en contrato entre empresarios)²⁹. También la «información precontractual» es un requisito de todo contrato, y de las cinco secciones que la regulan sólo una es específica para consumidores, siendo el resto de normas predicables de toda contratación (véanse arts. 13 a 29 Propuesta CESL)³⁰.

²⁷ Resulta por ello especialmente sangrante que en España, en pleno siglo XXI, y cuando todo el Derecho privado europeo piensa en clave de «derecho privado», queramos aún mantener la distinción entre «contratos civiles» y «contratos mercantiles» con ocasión de la «modernización» o «refundición» de un nuevo Código de comercio (sobre el mismo véase A. ROJO, «El Código mercantil», *Revista Otrosí*, nº 12, 2012, pp. 17-21). Ciertamente el problema «político» que plantea el art. 149.1.6º y 8º CE parece conducir al mantenimiento de la diferencia, pero habría que buscar otras soluciones que no supongan mantener un absoluto anacronismo.

²⁸ Ciertamente, el modelo no es original de la Directiva, sino que a su vez ésta se inspiró en el sistema de la compraventa internacional del Convenio de Viena, Convenio que, como es bien sabido, sólo se aplica a compraventas entre comerciantes (véase art. 35 CV). Esta paradoja de que una norma para compraventas entre comerciantes sea tomada como modelo para una Directiva de protección de consumidores ya ha sido puesta de manifiesto por H. BOUCARD, «La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, marzo 2008, pp. 1-30.

²⁹ Para el tratamiento de las condiciones generales en la Propuesta CESL véanse M. EBERS, «El control ... cit., pp. 1-46; S. WHITTAKER, «Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 509-533.

³⁰ Sobre la información precontractual en la Propuesta CESL véase E. A. MAUD PIERS, «Pre-contractual information Duties in the CESL», *ZEUP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, nº 4-2012, pp. 797-833; X. BASOZÁBAL ARRÚE, «Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 181-209.

33. Esta «generalización» muestra que esas reglas, enunciadas hasta ahora sólo para consumidores, son más bien reglas generales propias de una contratación que responda a los principios de transparencia y buena fe, de una contratación sometida a los principios del «mercado». Si hasta ahora se recogían en Directivas para consumidores no es porque recogieran «principios consumeristas», sino porque la única regulación sobre derecho privado realizada por los órganos comunitarios era en materia de protección de consumidores. Pero son reglas que, en general, se derivan del equilibrio de los intereses en juego en todo contrato.

34. Resulta curioso constatar, en este punto, que regulaciones como la Convención de Viena sobre compraventa internacional o los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales excluían de su regulación las ventas o contratos con consumidores, porque en esta materia existen normas nacionales imperativas que podrían colisionar con la regulación propuesta. Pues bien, las Directivas comunitarias han tomado algunos modelos de esas regulaciones -como la regla de la «conformidad»- para la protección de los consumidores; y la Propuesta CESL ha acabado generalizando esas reglas para todo tipo de contratos. De esta forma se muestra que son reglas adecuadas para contratos entre comerciantes y entre comerciantes y consumidores.

35. De todas formas, como opinión personal el texto final sigue rezumando un exceso de celo en la protección del consumidor. Posiblemente no tenga más remedio que hacerlo, porque, como ya se ha señalado, tiene que ser más protector para el consumidor que las mismas Directivas para lograr que sea aplicable a todo contrato transfronterizo. Pero la «hiperprotección» del consumidor a menudo es completamente inútil. Basta observarlo en la materia de la información precontractual, una de las «regulaciones estrella» en cuanto a protección del consumidor. Exigir que se «atiborre» al consumidor con información precontractual en realidad no defiende al consumidor, más bien todo lo contrario. El consumidor no sólo no lee la información, sino que casi no podría hacerlo aunque se lo propusiera, porque además incluso el mínimo legal es absolutamente indigesto. Sin embargo, sólo por darle un prospecto o suministrarle una información *on line*, y que el consumidor tache la casilla en la que reconoce que se le ha suministrado el ejemplar, todo eso que él no lee le resulta oponible. Sobre estas cuestiones volveré en la conclusión de este trabajo.

2. Una «teoría general del contrato»

36. Aunque la normativa común parece regular «sólo» el contrato de compraventa y los servicios relacionados, los 86 primeros artículos son una «teoría general» aplicable a cualquier contrato; y a partir de ahí, incluso muchos capítulos regulan cuestiones generales que no se refieren únicamente a la compraventa y a los servicios, como la indemnización de daños y perjuicios e intereses, la obligación de restitución, y las reglas sobre prescripción (arts. 159 a 186). Todas estas reglas se basan en la Convención de Viena, en los Principios Unidroit, en los Principios Lando, en el *DCFR*, en los Principios *Acquis* y en otros textos que recogen las propuestas de una moderna regulación de la teoría general de obligaciones y contratos.

37. En realidad, los expertos que realizaron el *Feasibility Study* posiblemente optaron por este instrumento porque es una forma «elegante» de continuar con las partes del *DCFR* más técnicas y que mejor recepción tenían en la doctrina, precisamente porque se basaban en trabajos previos ya conocidos, testados en la realidad, perfeccionados, enriquecidos, etc. En cambio otras partes de la regulación del *DCFR* que eran mucho más «atrevidas», «novedosas» y, posiblemente, discutibles, quedan abandonadas (singularmente, lo relativo a derechos reales sobre muebles, y cuestiones como el enriquecimiento injusto o la responsabilidad extracontractual, materia esta última sobre la que ya existen grupos de trabajo específicos que han realizado avances notables). Mantener la teoría general del contrato, la compraventa y los servicios relacionados permite conservar la parte más asentada de los trabajos realizados e incorporar los *Principios Acquis* bajo la vestimenta de una «sencilla» normativa común sobre la compraventa. Por eso decía anteriormente que esta Propuesta es como un «caballo de Troya» mediante el cual en realidad

se viene a proponer una regulación básica de las obligaciones y contratos (teoría general y parte de la especial), que de ser aceptada y luego generalizarse, e incluso adoptarse como normativa interna por algún Estado, pueda servir para luego avanzar más en la unificación.

3. Una regulación de los «contratos de servicios»

38. Por último, es preciso hacer una referencia, aunque sea somera, a la regulación de los «contratos de servicios relacionados». Aunque parece que sólo se tratan los contratos de servicios relacionados con la compraventa, o con el suministro de contenidos digitales, tales como el mantenimiento o la reparación, en realidad es una regulación que puede ser general de todo contrato de servicios (o, como diríamos en España, de «arrendamiento de servicios»). Por lo tanto la Propuesta CESL es bastante más ambiciosa de lo que parece, pues de admitirse, tendremos una regulación de la teoría general de obligaciones y contratos, y de los contratos paradigma de dos de las partes especiales más relevantes: cambio y servicios.

39. Los «servicios» constituyen una categoría negocial básica, que tiene como centro la realización de una actividad del sujeto obligado, en contraposición al objeto real, centrado en la adquisición de la propiedad o del uso de un bien, de los contratos de compraventa o arrendamiento³¹. Por eso las reglas fundamentales de la regulación general se centran en caracterizar cómo debe ser esa actuación: información precontractual, pericia y cuidado, obtención de un resultado y seguimiento de las órdenes del cliente. Después, el contenido concreto de esa conducta, la finalidad económica y social perseguida por quien actúa, puede ser muy diversa. El Derecho comunitario ya promulgado sigue esta consideración de los «servicios» como una categoría general y relevante del Derecho, pues la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, regula los servicios en el mercado interior. Ciertamente es una norma que se refiere a los aspectos del ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, a la libre circulación de los servicios, y al nivel elevado de calidad en los servicios (art. 1.1). No trata, por lo tanto, al menos directamente, los aspectos jurídico-privados de la relación negocial de servicios, por no existir competencia para ello de la Unión. Sin embargo sí que indirectamente existen reglas en aquellas materias que tienen incidencia en la vertiente negocial, como la obligación de información y también la de pericia para la obtención del resultado³².

40. Un rápido vistazo a la regulación CESL constata que se separa bastante de la regulación que proponían los arts. IV.C.-1:101 a IV.C.-2:111 *DCFR*. En el *DCFR* resultaba una regulación bastante novedosa, posiblemente demasiado detallista, si bien lo más objetable no era tanto la «teoría general» de los contratos de servicios (que es lo que trata la Propuesta CESL) cuanto el elenco y regulación de los contratos de servicios especiales (construcción, procesamiento, depósito, diseño, información y asesoramiento, y tratamiento). Por otra parte, si los contratos de servicios se diseñaban en el *DCFR* básicamente como negocios con una «obligación de resultado», esta característica se difumina en la Propuesta CESL. En efecto, conforme al art. 148.1 «El prestador del servicio deberá lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato»; pero tras este apunte hacia una obligación de resultado, el apartado 2 del mismo precepto establece que «A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia

³¹ Para estas cuestiones de propuesta de creación de una categoría general de «contrato de servicios» basada en ser una prestación de resultados véanse M. J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios: propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, Comares, 2005, y J. F. ORTEGA DÍAZ, «Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, pp. 221-269.

³² Por «servicio» entiende la Directiva «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado». Se trata de un concepto quizás demasiado genérico, pero en tal genericidad posiblemente se halle su mayor acierto. El «centro», lo definitorio del servicio, es la realización de una actividad personal, una actuación personal. La Directiva ha sido traspuesta al Derecho español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; esta norma fue complementada por la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de libre prestación de servicios, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado». Por lo tanto, parece que la obligación se configura entre las partes como de medios o de resultado según el pacto, y además a falta de pacto la obligación es de medios. Esto supone un «paso atrás», porque la doctrina ya ha puesto de manifiesto hace tiempo que la distinción entre obligación de medios y de resultado no es nada clara, y provoca más problemas que los que resuelve. Pero, sobre todo, el caracterizar a la obligación del prestador de servicios por la diligencia exigible, y no por alcanzar el resultado, luego se coordina mal con el régimen de la «falta de conformidad» en el contrato (arts. 155 a 158), que se diseña con base en una obligación de resultado. En este punto, por lo tanto, sería mejor que la Propuesta CESL fuera en la misma línea que el *DCFR*, objetivando las obligaciones del prestador de servicios³³. Piénsese, además, que el carácter «ejemplificador» de esta relación la convierte en el paradigma del negocio de servicios, por lo que su regulación se extenderá a otras muchas prestaciones.

IV. Valoración general: un texto positivo, pero lastrado por la protección al consumidor

41. El Reglamento CESL resulta, a mi juicio, un ejemplo excelente de que se puede avanzar en la unificación del Derecho privado en la Unión Europea. Lo que hace diez años parecía un sueño imposible, hoy es una realidad mucho más que posible. Seguro que la regulación es muy perfectible, y desde luego tiene problemas en el diseño del ámbito de aplicación y en muchas de las soluciones concretas. Sin embargo, lo positivo que supondría tener una regulación unificada de estos contratos para todos los negocios transfronterizos realizados en el territorio de la Unión, y aun fuera de él si uno de los contratantes es comunitario, compensa con creces esos problemas. La regulación se podrá mejorar, bien antes de la aprobación del instrumento, bien con posterioridad, pero una ocasión como ésta no se presenta todos los días. Lo que resulta insoportable es tener 27 regulaciones distintas, incluso en materia de contratos con consumidores, dentro de un «mercado único», de forma que el empresario que ofertara bienes y servicios para toda la Unión tiene que cumplir con 27 regulaciones de protección del consumidor, y además 27 derechos imperativos de regulación contractual con no consumidores (aunque éstos sean, desde luego, mucho menos distintos y problemáticos). El cinismo de llamar a eso un «mercado interior» salta a la vista.

42. Desde luego, no estoy diciendo que cualquier regulación unificada, por mala que sea, resulte mejor que la situación actual. La Propuesta CESL bebe de los *PECL*, de los *Principios Acquis*, de los *PEL*, de los resultados de otros grupos de trabajo, no es el resultado caprichoso y creacionista de un «inventor de legislación». Y si después de varios años de discusiones se ha llegado a este texto, podremos no estar de acuerdo con soluciones concretas, pero una «enmienda a la totalidad» me parece excesiva. Además, tenemos que partir de que la Propuesta CESL es optativa, de forma que no se está obligando a nadie a someterse a ella. Se trata de una regulación de «coste cero», que no vincula a nadie, pero que se ofrece en el «menú» de ordenamientos aplicables, y que en muchos casos es más equilibrada y lógica que muchos derechos nacionales que serían aplicables en otro supuesto.

43. Ahora bien, situados bajo esta valoración inicial positiva, hay dos grupos de ideas que resultan muy relevantes. En primer lugar, en el «menú» de ordenamientos elegibles, como acabo de llamarlo, hay también otras muchas ofertas: no olvidemos que la Convención de Viena está ratificada por 24 países de la Unión, de forma que es la vinculante cuando uno de ellos es parte contratante en contratos B2B (no en contratos con consumidores); y están también los Principios Unidroit, los PEL, los ordenamientos nacionales, etc. No todos son elegibles en todos los casos, desde luego. Pero sí que al existir varias posi-

³³ La caracterización de la obligación del prestador de servicios en el *DCFR* como «de resultado», y el avance que esto suponía al no ahondar la división «prestación de servicios» vs. «prestación de resultado», se refleja en E. VALPUESTA GASTAMINZA, «Libro IV.C. Servicios», en E. VALPUESTA GASTAMINZA (dr.), *Unificación ... cit.*, pp. 264-269, con cita de la doctrina en este sentido. Respecto de la Propuesta CESL pone de manifiesto que la opción del prelegislador se coordina mal con la exigencia posterior de una «conformidad» en la prestación A. VAQUER ALOY, «Contratos de servicios: entre el derecho de consumo y el derecho contractual general», en S. CÁMARA LAPUENTE (dr.), *La revisión ... cit.*, pp. 438-445.

bilidades hay que valorar la «competitividad» de estos ordenamientos entre sí. Dos comerciantes que al contratar pueden elegir someterse a la Convención (si bien, en este caso, «no renunciando a ella», pues la Convención resulta aplicable si una de las partes es nacional de un país miembro, si no la excluyen -sistema de *opt-out*, frente al sistema de *opt-in* de la Propuesta CESL), a los Principios Unidroit o a la CESL valorarán cuál responde mejor a sus intereses. De aprobarse la CESL, el futuro dirá si resulta competitiva porque los resultados son que ha resultado elegida más que otras posibilidades. Y en este punto, además, sí que se podrá ir mejorando el texto para ir adecuándolo cada vez más a las necesidades reales. Pero «competitividad» no significa que sea mejor para los comerciantes grandes, o para las PYMEs, o para los consumidores; «competitividad» significa que sea más equilibrado y lógico en su conjunto³⁴.

44. En segundo lugar, aun con todas las valoraciones positivas que se me puedan ocurrir, el «lastre» del derecho de protección a los consumidores es evidente. La norma quiere valer tanto para contratos B2B como B2C, y el precio de esto es introducir toda una serie de «precisiones» y reglas especiales para consumidores que «empañan» la claridad y la coherencia del texto. En la situación actual del Derecho europeo no hay otro remedio, porque la protección de consumidores ha ido creando toda una serie de Directivas cuyos «mínimos» tienen que recogerse (y, además, ampliados) si se quiere que el texto jurídico valga para todos. Por eso es un lastre del que no podemos desprendernos, pero que pesa demasiado.

45. Aun así, estimo mejor esta solución de un texto único con especialidades para consumidores, que optar por dos textos, uno para B2B y otra para B2C³⁵. De seguirse esta segunda vía estaríamos ahondando una separación que no tiene sentido. La protección del consumidor no exige, en términos teóricos, una protección mayor que la de cualquier otro contratante, de forma que los «límites inmanentes a la autonomía de la voluntad» (el principio de buena fe, de razonabilidad, etc.) y los requisitos de la contratación libre (que sólo es libre si hay información suficiente previa y libertad de decisión) deben cumplirse en todos los contratos. Por supuesto debe tenerse en cuenta a veces, y para ciertos aspectos, la personalidad del contratante, pero eso ya lo cubre bien la teoría general al precisar cuándo hay información veraz, error no vencible, etc. en función de cada caso concreto. Por lo tanto, no tiene sentido hacer un «derecho especial» de protección de la parte débil frente a un «derecho general». Como se expuso anteriormente, la Ley de garantía en la venta de bienes de consumo se basó en el Convenio de Viena, que es una normativa pensada exclusivamente para empresarios. ¿Acaso el régimen de «conformidad» viene exigido, o justificado, por la condición de consumidor de una de las partes? Evidentemente no, pues es un sistema importado de una norma para empresarios. Simplemente es una norma más «moderna» y más adecuada a los intereses de ambas partes³⁶.

³⁴ Ponen de manifiesto esta «competencia» entre los diversos instrumentos elegibles J. SMITS, «The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2012/11*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039345, o S. SÁNCHEZ LORENZO, «La propuesta cit., pp. 58-60. En esa comparación el resultado es claramente negativo para la CESL para E. POSNER, «The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition», *Institute for Law and Economics Working Paper n° 597*, disponible en <http://www.law.uchicago.edu/files/file/597-eap-European.pdf>. También una visión global negativa en H. EIDENMÜLLER - N. JANSEN - E.M. KIENINGER - G. WAGNER - R. ZIMMERMANN, «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts», *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 269-320.

Un estudio comparativo de la CESL, el Uniform Commercial Code estadounidense, la Convención de Viena y otros instrumentos se realiza en MAGNUS, Ulrich (ed.), *CISG vs. Regional Sales Law Unification. With a Focus on the New Common European Sales Law*, München, Sellier, 2012. El profesor MAGNUS realiza un estudio específico de comparación entre la Convención de Viena y la CESL para concluir que en los contratos B2B la regulación de la Convención es más completa y adecuada, mientras que lo positivo de la CESL es que cubre contratos con consumidores, pero también a cambio de ser más protectora del interés del comprador, «CISG vs. CESL», en MAGNUS, Ulrich (ed.), *CISG vs. ... cit.*, pp. 97-123. Por su parte, el profesor KOCH considera que no tiene sentido la existencia de una regulación como la CESL cuando ya existe el Convenio de Viena, y valora que sería mejor que la CESL se limitara a contratos entre consumidores, R. KOCH, «CISG, CESL, PICC and PECL», en U. MAGNUS, (ed.), *CISG vs. ... cit.*, pp. 125-146.

³⁵ En este mismo sentido positivo por la inclusión de ambos aspectos en un mismo instrumento O. LANDO, «On a European ... cit., pp. 213-214, y en esa misma obra colectiva las opiniones en igual sentido de Viviane REDING. En cambio una visión crítica en U. PACHL, «The Common ... cit., pp. 1-23.

³⁶ Como ha señalado A. RECALDE CASTELLS, «El derecho del consumo como derecho privado especial», en J. TOMILLO URBINA - J. ÁLVAREZ RUBIO (coords.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano*

46. Además, puestos a hacer distinciones no salen sólo dos derechos (el general y el de consumo), sino mínimo tres (el general para dos empresas grandes, el especial de empresa grande/PYME y el de consumo), y por qué no cinco o seis (dos grandes empresas, gran empresa/PYME, PYME/PYME, gran empresa/consumidor, PYME/consumidor, y consumidor/consumidor). Y cualquiera de estas distinciones es irreal, pues no siempre el grado de «debilidad» depende de las condiciones subjetivas (una PYME muy especializada en su sector de producto puede tener un enorme poder fáctico de negociación). En definitiva, mejor el «mal menor» de un único derecho con especialidades de consumo que «dos derechos». Va a resultar que después de olvidarnos de que existe «derecho mercantil» frente a «derecho civil», vamos a crear la dicotomía «derecho mercantil» frente al «derecho de consumo».

47. El lastre es aún mayor porque con la CESL, además, se intenta mejorar una situación que es muy mejorable, teniendo en cuenta la protección «real» que proporcionan las Directivas de consumo. Como las Directivas son de mínimos, siguen existiendo 27 derechos de consumo distintos, unificados «sólo por abajo» (aunque la actual DDC intente invertir los términos, pero únicamente para dos grupos de contratación). Como eso parece claro que no se va a poder cambiar de inmediato, por la oposición a las Directivas de máximos, la CESL camina por la opción de ser una norma que «repita» reglas de consumidores que ya están en las Directivas, pero con soluciones más defensivas del consumidor que las propias Directivas. Los errores en el camino de las Directivas repercuten, y perjudican, a una regulación que busca ser general pero que tiene que conservar ese nivel de protección. Lo único posible, si realmente se quiere «unificar», sería olvidarnos del sistema de Directivas de mínimos, y de la hiperprotección del consumidor mal entendida, para hacer un sistema coherente y realmente único de derechos del contratante sin exagerar la protección (en realidad, con la protección lógica de cualquier contratante para que el consentimiento sea informado y libre, y la contratación acorde con la buena fe). Pero como es por ahora imposible, no está tan mal un sistema como el de la CESL.

48. La discusión que se mantiene ahora respecto de la CESL es la misma que se plantea desde la creación de la CEE: los que realmente creen en la unificación, y los que consideran que es mejor mantener la identidad de cada país y de cada régimen jurídico. Un «mercado interior» exige una regulación única de los contratos, de forma que, p.ej., la venta a través de páginas web no tenga que cumplir distintos requisitos en función de cuál sea el país en el que contrata el adquirente del producto o servicio. Si consideramos que los principios de proporcionalidad y subsidiariedad nos impiden poner un derecho interno obligatorio único, al menos admitamos la validez de un derecho elegible común para todos (e, incluso, que fuera obligatorio en relaciones transfronterizas). Pero mantener la situación actual resulta cínico. Es verdad que los «derechos nacionales» responden, a veces (sólo a veces), a una tradición que se considera positiva, e incluso ya los conocemos y sabemos cómo actuar frente a ellos (y aplicamos aquello de «Más vale malo conocido ..»). Pero si somos un mercado interior único, su mantenimiento a ultranza no tiene sentido³⁷. Por otra parte, ¿no será esta la ocasión para hacer un derecho privado moderno frente a las «antiguallas» que conservamos, que arrastramos más bien, en algunos países?

de Protección Jurídica de los Consumidores, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, «De ahí que pueda considerarse que esta regulación no es tanto una normativa de protección del consumidor sino un estricto desarrollo general del Derecho contractual común» (la cursiva es del autor).

³⁷ Quizás al principio de la armonización se planteaba una armonización de mínimos, pero los resultados bien avalan el sistema contrario. Recientemente afirmaba VON BAR «As much diversity as possible, as less uniformity as necessary? – No, I for my part would certainly change the question into a statement and turn it around: As much uniformity as possible, as less diversity as necessary!», «Statements on Perspectives for European Private Law: As much diversity as possible, as less uniformity as necessary?», en R. SCHULZE - H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*, München, Sellier, 2011, p. 265 (por su parte, el profesor Norbert REICH manifestaba su respetuosa discrepancia en esa misma obra y en mismo *panel* de expertos).

Por otra parte, el «éxito» de la CESL dependerá también de que los diversos actores que pueden incentivarla (profesores, empresarios, parlamentos nacionales, etc.) promuevan su difusión, su conocimiento o su aplicación, como señala J. SMITS, «The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice», *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n° 2012/11*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039345

49. Concluyo reiterando que, pese a sus muchas imperfecciones y aspectos críticos, la posible aprobación de la CESL supondría vencer un obstáculo y actuar con la CESL como un «caballo de Troya». Si la comunidad acepta, a regañadientes, que existe una regulación única de la teoría general de obligaciones y contratos, de la compraventa y de los servicios, eso ya es un logro. A partir de ahí, podremos ir perfeccionando esa pieza del sistema, limando sus asperezas, incorporando nueva piezas a la regulación, haciendo un derecho privado transfronterizo más coherente, incluso -quién sabe- olvidando la hiperprotección del consumidor. Y quizás en un futuro algunos países vean que este derecho transfronterizo funciona mejor y es mejor que el suyo nacional, y hagan el cambio, o los comerciantes lo apliquen incluso en relaciones que no sean con PYMEs y con consumidores. Llegados a este punto tras evolucionar a través de la Convención de Viena, de los *PEL*, de los *PECL*, del *DCFR*, del Código de Pavía, y de tantos otros trabajos, ¿por qué no intentarlo?