

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE COMPRAVENTA EUROPEA: CUESTIONES GENERALES, EN ESPECIAL SU ÁMBITO DE APLICACIÓN*

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)*

Recibido: 10.06.2013 / Aceptado: 14.06.2013

Resumen: El presente artículo realiza una primera aproximación a la propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea, presentado por la Comisión Europea a finales de 2011, para lo que hace una exposición de las razones que la han motivado y examina la situación actual de diversidad normativa en Europa. Posteriormente se examina críticamente el sentido general de la propuesta y su estructura. Finalmente se considera su ámbito de aplicación y los principales problemas que se plantean en relación con esta cuestión.

Palabras clave: compraventa europea, CESL, Derecho de los consumidores, Derecho contractual, Derecho europeo.

Abstract: This article realizes a first approximation to the proposed Common European Sales Law (CESL), presented by the European Commission at the end of 2011. In order to do so, it analyzes, in the first place, the reasons underlining this proposal and the current situation of regulatory diversity in Europe. The general sense and structure of the proposal are examined afterwards. Finally, it is considered the scope of the proposal and the main problems that this question may raise.

Key words: European sales, CESL, consumer law, contracts law, European law.

Sumario: I. La diversidad normativa como barrera al mercado único. II. La situación actual de diversidad normativa en materia contractual. III. La propuesta de Reglamento. 1. Su sentido y estructura. 2. Su ámbito de aplicación. A) Ámbito de aplicación material: contratos que pueden y no pueden someterse. B) Ámbito de aplicación territorial: contratos transfronterizos. C) Ámbito de aplicación personal: comerciantes y consumidores. D) El presupuesto para la aplicación: el acuerdo de las partes.

I. La diversidad normativa como barrera al mercado único

1. La crisis económica que comenzó en 2007-2008 no acaba de abandonar a muchos de los Estados miembros del Unión Europea (UE), algunos de los cuales siguen sumidos en una profunda recesión económica, y son bastantes las voces que ponen en cuestión el funcionamiento de las instituciones europeas, en particular de las que sirven a la Unión Económica y Monetaria (la llamada *zona euro*), al señalar su incapacidad para superar esta situación. Sería un error, sin embargo, olvidar todo lo que ha venido suponiendo la integración europea en los más de 60 años transcurridos desde que se fundó la primera de las Comunidades Europeas¹, y las altas cotas de bienestar social alcanzadas por sus miembros más antiguos y a las que aspiran, obvio es decirlo, los Estados del este europeos recientemente incorporados y los que restan aún por incorporar.

* Este trabajo forma parte del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España DER2011-28722 “Distribución y competencia: nuevos escenarios y nuevos marcos legales y jurisprudenciales”.

¹ La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), fundada en 1951.

Todo esto se ha debido en buena parte a la creación de un gran mercado europeo, al que primero se llamó *común* y, a partir del Acta Única Europea de 1986, *interior*, para resaltar que lo que se pretendía a todos los efectos era que funcionase como los mercados propiamente nacionales², con libre circulación de bienes y factores de producción, en un marco de competencia no falseado³.

2. Con todo, aunque el mercado único europeo hoy en día es una realidad incuestionable, sigue presentando notables zonas de resistencia –proteccionismos nacionales, persistencia de barreras técnicas, prácticas de empresas anti integracionistas, etc.– e imperfecciones varias, que obligan a una permanente vigilancia de las autoridades europeas y a la adopción de nuevos instrumentos de integración⁴.

3. Precisamente, uno de los sectores en el que queda todavía mucho por hacer, es el de la integración de los *instrumentos contractuales*. Paradójicamente las transacciones económicas –un *mercado* no es otra cosa, en el fondo, que un conjunto de transacciones sobre bienes y/o servicios– se siguen basando todavía principalmente en normas contractuales nacionales aunque, como luego se dirá, haya algunos elementos de internacionalización o armonización de legislaciones, particularmente en relación con la protección de los consumidores.

4. En este mismo sentido, la reciente Comunicación de la Comisión sobre *Una normativa común de compraventa europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único*, de 11 de octubre de 2011⁵, resalta que «pese a estos éxitos abrumadores (del mercado único), siguen existiendo barreras entre los Estados miembros de la UE. Los ciudadanos y las empresas no siempre pueden aprovechar todo el potencial que encierra el mercado único y, más en concreto, el comercio transfronterizo. Muchas de estas barreras estriban en las disparidades que existen entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Las diferencias entre los regímenes contractuales de los veintisiete Estados miembros de la UE constituyen uno de los principales escollos al comercio transfronterizo»⁶.

Esta Comunicación cuantifica, además, los *costes de transacción* que la disparidad normativa supone para empresas y consumidores. Para las PYMES que quieran exportar sus mercancías a otro Estado, tales costes se estiman en torno al 7 % de su volumen de negocios anual, llegando al 26 % cuando pretenden hacerlo en cuatro Estados miembros. También se valora el lucro cesante –intercambios no realizados por las empresas como consecuencia de las disparidades normativas– en 26.000 millones de €por año. Respecto a los *consumidores*, estudios demoscópicos ponen de relieve que el 44 % considera que las incertidumbres sobre los derechos que les asisten ejercen efectos disuasorios a la hora de efectuar compras en otros países de la UE, y que un tercio se plantearía hacerlas si se aplicaran normas uniformes. En la actualidad, dice la Comunicación, únicamente lo hace el 7 %. A ello se añade que los consumidores que proactivamente intentan contratar fuera de su Estado miembro, se encuentran frecuentemente con que los comerciantes les deniegan la venta o la entrega. Unos 3 millones de consumidores tuvieron experiencias de este tipo en un año⁷.

² El éxito del *mercado interior* es una demostración empírica de las *ventajas comparativas del comercio internacional*, que ya defendieron economistas clásicos como David Ricardo. Para una primera aproximación a estos planteamientos, véanse BUSTOS GISBERT, A.: «Fundamentos económicos de la integración europea», en VEGA MOCOROA, I. (coord.): *La integración económica europea*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 45 y ss. y GARCÍA VILLAREJO, A.: «Los retos fundamentales de la integración económica», en VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.): *MERCOSUR y la Unión Europea: Dos modelos de integración económica*, Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 69 y ss.

³ Son las cuatro clásicas libertades de circulación: mercancías, personas (libertad de establecimiento y de circulación de trabajadores), servicios y capitales. Como obras de referencia en la materia así como del Derecho de la competencia europeo, en castellano, véanse MATTERA, A.: *El mercado único europeo. Sus reglas de funcionamiento*, trad. castellana, Civitas, Madrid 1991; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid 2003 y VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.): *Derecho Europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid 2005.

⁴ La construcción de este mercado ha avanzado en gran medida a impulso de la jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia, a partir de su sentencia de 20 de febrero de 1979, en el célebre asunto del *Cassis de Dijon*.

⁵ COM(2011) 636 final.

⁶ Comunicación cit., p. 2.

⁷ Comunicación cit., p. 3.

Por otro lado, señala asimismo la Comunicación, que la experiencia empírica pone de relieve cómo el comercio bilateral entre países con sistemas jurídicos con un origen común —como el Derecho consuetudinario o la tradición jurídica escandinava— es un 40 % superior a los intercambios comerciales entre países que no cuentan con ese acervo común⁸.

En cualquier caso, en la actualidad el comercio transfronterizo es todavía relativamente escaso, ya que sólo el 9,3 % de las empresas europeas realizan este tipo de actividad⁹.

5. Todo ello es lo que finalmente ha propiciado la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *relativo a una normativa común de compraventa europea* (conocida por las siglas en inglés CESL: *Common European Sales Law*), presentada por la Comisión asimismo el 11 de octubre de 2011, de forma paralela a la citada Comunicación¹⁰, y a cuyo contenido vamos a realizar una primera aproximación, para centrarnos posteriormente en su ámbito de aplicación, aunque no sin antes examinar brevemente su finalidad y justificación.

II. La situación actual de diversidad normativa en materia contractual

6. Como se acaba de indicar, en la actualidad las transacciones se realizan en el mercado único europeo con base principalmente en las distintas legislaciones nacionales. Esta disparidad, por otro lado, se acrecienta en la medida en que las culturas jurídicas de los Estados miembros eran y siguen siendo distintas: sistemas de tradición romano-germánica o de *Civil Law*, sistemas de tradición anglosajona o de *Common Law*, etc.¹¹

7. Con todo, hay elementos significativos que contribuyen a paliar en parte esta diversidad. Entre los de origen legal, y por referirnos a los más significativos, hay que resaltar la existencia de normas europeas de *Derecho internacional privado* sobre competencia judicial internacional y conflictos de leyes establecidas, respectivamente, en el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Bruselas I) y el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma I).

El *Reglamento Bruselas I* establece que, en materia contractual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda (cuando se trate de una compraventa de mercaderías, se considerará como tal el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías) (art. 5°). Los consumidores, por su parte, podrán demandar, a su elección, ante el tribunal del domicilio del demandado o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor (art. 16).

El *Reglamento Roma I*, por su parte, determina la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1°), concediendo primacía a la elección que hagan las partes dentro de los parámetros que establece (art. 3°)¹².

⁸ Comunicación cit., p. 4.

⁹ Este dato es aportado por ESTEBAN DE LA ROSA, F. y 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», en *InDret* 1/2013, p. 11.

¹⁰ COM(2011) 635 final.

¹¹ Entre la literatura más reciente que se refiere a estas divergencias entre las dos culturas jurídicas, véanse RUBINO-SAMMARTANO, M.: «Civil law e common law: differenze anche profonde», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, n° extra 4, pp. 121 y ss. y PELLOSO, C.: «El concepto de «bargain» y la (in-)superable distancia entre Common Law y Civil Law: algunas observaciones históricas sobre la Europeización del Derecho de los Contratos», en *Revista General de Derecho Romano*, n° 19, 2009.

¹² Para una primera aproximación a ambos reglamentos, véase CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Contratos internacionales (I): Competencia judicial y Ley aplicable», en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.): *Derecho del comercio internacional*, Colex, Madrid 2012, pp., 478 y ss..

8. En cuanto a normas de *Derecho material*, existen tanto disposiciones que afectan a los consumidores, como otras que se refieren específicamente a los empresarios. Entre las primeras deben destacarse las numerosas directivas que se han ido produciendo en materia de *defensa de los consumidores*, así como ciertos reglamentos, que en su conjunto diseñan un cuadro relativamente completo de protección desde un punto de vista contractual de los consumidores, proscribiendo determinadas prácticas (prácticas desleales con consumidores, publicidad engañosa y comparativa), y concediéndoles determinados estándares de protección y derechos (frente a condiciones abusivas, ventas fuera de establecimiento y a distancia, crédito al consumo, multipropiedad, viajes combinados, transporte aéreo, garantías en venta de bienes, acciones de cesación, etc.)¹³.

9. Respecto a los *empresarios*, merecen asimismo resaltarse, entre otras disposiciones, las directivas sobre el contrato de agencia –Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*– y la morosidad en las operaciones comerciales –Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*–. Asimismo, aunque no sea una norma europea sino internacional, la Convención de Viena *sobre contratos de compraventa internacional de mercancías*, de 11 de abril de 1980; convención que ha sido ratificada por la mayoría de los Estados miembros de la UE, aunque no por el Reino Unido, Irlanda, Portugal y Malta¹⁴, y que en todo caso no es excesivamente utilizada en la práctica por las empresas¹⁵.

10. De manera paralela –aunque con un alcance internacional– deben también mencionarse los modelos contractuales convencionales (contratos y cláusulas tipo) surgidos de la praxis empresarial y codificados por organismos empresariales internacionales como la Cámara de Comercio Internacional –lo que se ha venido denominando la nueva *Lex mercatoria*¹⁶–, debiendo destacarse, por lo que ahora interesa, los llamados *Incoterms*, así como las reglas uniformes sobre *créditos documentarios y garantías a primer requerimiento*¹⁷.

11. En la UE, además de impulsarse la legislación que se ha indicado, en los ámbitos de consumo o específicamente empresarial, se han dado determinados pasos que, de alguna manera han servido de precedente y han acabado conduciendo a la propuesta de Reglamento de 2011¹⁸. El primer hito lo constituyó la Comunicación de la Comisión *sobre Derecho contractual europeo*, al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001¹⁹, que sirvió de base para abrir una consulta sobre los problemas que originaba la diversidad de sistemas contractuales entre los Estados miembros.

¹³ Para una aproximación actualizada al contenido material de este Derecho del consumo, y sus líneas de desarrollo en el futuro más inmediato, véanse CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid 2011; REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CASADO, M. (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid 2011 y CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona 2012.

¹⁴ Comunicación de la CE de 2011, cit., p. 6.

¹⁵ Así lo indican ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», en *Derecho de los Negocios*, nº 265/266, noviembre-diciembre 2012, p. 2.

^{En} relación con el contenido de esta Convención, y como obra de referencia en castellano, véase Díez PICAZO, L. (dir.): *La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid 1998.

¹⁶ En expresión de C. SCHMITHOFF («The Unification of the Law of International Trade», en *The Journal of Business Law*, 1968, pp. 105 y ss.).

¹⁷ Las últimas versiones para los *Incoterms* y las garantías a primer requerimiento (URDG 758), son de 2010. La de los créditos documentarios de 2007 (UCP 600).

¹⁸ Da cuenta resumida de estos hitos la cit. Comunicación de la CE, pp. 6 y ss. Para otros antecedentes, véase VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «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 del consumidor», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2013, vol. 5, nº 1, pp. 200 y ss.

¹⁹ COM(2001) 398.

Como resultado de esta consulta, se publicó la Comunicación de la Comisión *Un derecho contractual Europeo más coherente - Plan de acción*, de 12 de febrero de 2003²⁰, en la que se propuso establecer un marco común de referencia sobre Derecho contractual, con principios, términos y reglas comunes, a tener en cuenta por la UE a la hora de adoptar o reformar textos legales que afectasen a la materia²¹.

Más recientemente, la Comisión realizó una nueva consulta sobre estos aspectos en forma de un Libro verde *sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, publicado el 1 de julio de 2010²², y donde se planteaban diversas alternativas, entre las que destacan las de establecer una caja de «herramientas común», con definiciones, principios y modelos de reglas coherentes en materia contractual; un reglamento con una legislación común, o un instrumento facultativo. Asimismo se establecían como opciones los contratos entre empresas y consumidores (B2C) y los contratos entre empresas (B2B). La propuesta de CESL, a la que nos referiremos seguidamente, acoge ambas opciones y se decanta por la alternativa de establecer un instrumento opcional²³.

III. La propuesta de Reglamento

1. Su sentido y estructura

12. La propuesta de Reglamento supone, ante todo, un cambio de orientación en la manera en que, hasta la fecha, se había venido abordando el problema que, para el funcionamiento del mercado único, representa la diversidad normativa en el ámbito del Derecho civil y mercantil (del Derecho privado)²⁴. Si hasta ahora se ha seguido un sistema de intervención puntual, de armonización de determinadas figuras contractuales²⁵, o de aspectos concretos de su régimen²⁶, ahora lo que se pretende es diseñar un régimen completo de la llamada *compraventa europea*, desde los aspectos precontractuales y de formación del consentimiento, pasando por su contenido e interpretación, hasta llegar a los remedios en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso²⁷.

Esta impresión de generalidad se acrecienta, además, no sólo por la superación en el ámbito de la propuesta de lo que *stricto sensu* cabe considerar como *compraventa*, sino porque de hecho buena parte de sus artículos son en realidad una *parte general* aplicable a todos los contratos sinalagmáticos²⁸. En todo caso, algo de esto era esperable, porque como señalaba el Maestro Garrigues, «*elevado este contrato al rango de contrato tipo de los contratos bilaterales, las normas propias de la compraventa se han extendido a todos los contratos de prestaciones recíprocas, cuyos problemas, en su mayoría, despuntaron primero en la compraventa como contrato bilateral el más antiguo y frecuente*»²⁹.

²⁰ COM(2003) 68.

²¹ Aunque con un valor más académico, deben también resaltarse, por un lado, el Proyecto de marco común de referencia de 2008, que fue realizado por un grupo de académicos con financiación de la UE, y por otro los *Principes Contractuels Communs*, realizados en 2008 por la Asociación *Henri Capitant* y la *Société de Legislation Comparée*. Véase Comunicación de la CE 2011 cit., p. 7.

Asimismo, aunque exceda del ámbito europeo, tienen relevancia en la materia los *Principios Unidroit sobre los contratos internacionales*, cuya última versión es de 2010 (<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>).

²² COM(2010)348 final.

²³ Previamente la Comisión había nombrado en 2010 de un Grupo de expertos constituido por antiguos jueces y académicos. Véase Comunicación de la CE de 2011, cit., pp. 7 y 8.

²⁴ No debe olvidarse, no obstante, que la intervención legislativa europea también ha venido motivada por la finalidad de establecer un alto estándar de protección a los consumidores.

²⁵ Por ejemplo, del contrato de agencia.

²⁶ Por ejemplo, del derecho de desistimiento como mecanismo de protección de los consumidores (en ventas a distancia, fuera de establecimientos mercantiles, etc.).

²⁷ Destacan oportunamente este cambio de orientación, que se remonta a la primera Comunicación de la Comisión en materia contractual del año 2001, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret* 1/2012.

²⁸ En sentido semejante VALPUESTA GASTAMINZA, E.: ob. cit., p. 211, señala que los primeros 86 artículos son una «teoría general» aplicable a cualquier contrato.

²⁹ GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, III, 1º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1963, p. 230.

13. En cuanto a su *estructura*, la propuesta de Reglamento presenta cuatro partes bien diferenciadas. La primera es la *exposición de motivos*, que da cuenta, como es habitual en este tipo de textos, de las motivaciones y objetivos de la propuesta, y explica sus antecedentes, principios y principales aspectos. La segunda el *Reglamento* propiamente dicho, con 16 artículos que se ocupan principalmente de establecer las definiciones (art. 2º), su carácter facultativo (arts. 3º y 8º), y su ámbito de aplicación territorial (art. 4º), material (arts. 5º y 6º) y personal (art. 7º). La tercera el *anexo I*, donde se establece el conjunto de reglas del régimen jurídico que se establece para la llamada *compraventa europea* y que contempla a su vez 8 partes, estructuradas en diversos capítulos o secciones [Disposiciones preliminares, carácter vinculante de un contrato, celebración del contrato, vicios de consentimiento, obligaciones y remedios de las partes (IV y V), indemnización de daños y perjuicios e intereses, restitución y prescripción]. En total este anexo I comprende 186 artículos. Finalmente un *anexo II*, que contiene una *ficha informativa* estándar que los empresarios deben suministrar a los consumidores en la fase precontractual.

14. Como *observaciones críticas* de carácter general, a mi juicio habría que hacer al menos las siguientes. En primer lugar, la extensión desmesurada de la propuesta. Si lo que se quiere es dar certidumbre de régimen jurídico, particularmente a los consumidores, no tiene mucho sentido establecer una propuesta tan compleja y minuciosa, máxime cuando, como enseña la experiencia, los casos patológicos a los que se aplicarían muchas de esas disposiciones (por ejemplo vicios de consentimiento), van a ser en la práctica más bien escasos. Lo que podría conducir, de salir adelante la propuesta tal como está, a desalentar la opción por el nuevo instrumento y a que se sigan prefiriendo los modelos nacionales, en general más simples.

En segundo lugar, la técnica utilizada para la regulación. Ya hemos señalado que en Europa conviven al menos dos grandes tradiciones jurídicas. La prolijidad de las soluciones, frente a la utilización de cláusulas más generales y menos casuísticas, hasta la misma terminología [*remedios* (del inglés *remedies*), no *acciones*, etc.], creo que apuntan hacia modelos más bien de *Common Law* que de *Civil Law*, como ya sucedió en su momento con la Convención de Viena, muy influenciada por el *Article 2 - Sales* del *Uniform Commercial Code* (UCC) de los Estados Unidos³⁰. Por otro lado, la forma de redacción, empezando por la larga lista de definiciones del art. 2³¹, que emula la de los §§ 2- 103, 2- 104, 2-105 y 2- 106 del UCC, y que recuerda a las fórmulas rituales de la praxis contractual anglosajona, brillantemente parodiadas por Groucho Marx en la célebre escena del contrato de «Una noche en la ópera»³². Por tanto, no sólo demasiado apego al *anglosajónico modo*, sino a prácticas manifiestamente mejorables procedentes de aquel ámbito. Asimismo, qué decir de la solución de llevar a un anexo, lo que realmente es el contenido sustancial de la propuesta CESL. Esta forma de legislar, ensayada por cierto en otros textos europeos, como alguna de las directivas de consumo (p. ej., la de prácticas comerciales desleales), recuerda a la *adicionalitis*³³ que padece desde hace años nuestro legislador, y merece cuando menos igual censura.

Finalmente, también cabe dudar de que la elección de la alternativa del *instrumento opcional*, sea la más adecuada para resolver el problema de raíz existente (la diversidad de legislaciones), pues nada impide que se siga optando por legislaciones nacionales. Por otro lado, pudiera aquí reproducirse el conocido problema de *competencia entre legislaciones a la baja*, muy presente en el ámbito del Derecho de sociedades (de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los casos *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* y otros³⁴), que podría decantarse a favor de la que incorpore menores

³⁰ GARRIDO, J. M.: «Estudio Introductorio» de su traducción al castellano del *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, p. 47.

³¹ En algunas definiciones se bordea el ridículo al definir lo obvio: acreedor, deudor, obligación... En cambio, parece valorar positivamente estas definiciones, como forma de entroncar con la tradición jurídica que compartimos los europeos, CASTRESANA, A.: «Las definiciones de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo de 2013, vol. 5, nº 1, pp. 103 y ss.

³² «La parte contratante de la primera parte, será considerada como la parte contratante de la primera parte...», etc.

³³ Como contribución personal a un futuro diccionario sobre el arte de legislar: *dícese de la costumbre que tienen algunos legisladores de situar los contenidos más sustanciales de una Ley en sus disposiciones adicionales o finales*.

³⁴ Véase al respecto VELASCO SAN PEDRO, L.A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M.: «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 19, 2002., págs. 15 a 38.

estándares de protección de los consumidores³⁵. Con todo, hay que reconocer que la propuesta se ha esforzado por incorporar el acervo comunitario en la materia, introduciendo además en algunos aspectos mayores niveles de protección que los hasta ahora existentes³⁶.

15. Como *aspectos positivos* de la propuesta, hay que resaltar el trabajo serio que se ha hecho para construir un acervo común –hasta el momento inexistente– en materia de Derecho de obligaciones y contratos, y que además, por encima de las deficiencias que se han criticado, ofrece soluciones materiales a todos los problemas relevantes y cuando menos actualizadas³⁷. También que se intente hacer una propuesta que contemple tanto las relaciones entre empresarios o comerciantes –aunque, como luego se verá, de forma algo limitada–, como las relaciones entre estos y los consumidores, ya que los problemas de protección de los contratantes son esencialmente los mismos (vicios de consentimientos, saneamiento por vicios o defectos de las cosas, etc.)³⁸. No obstante, por la existencia de normas específicas de protección de los consumidores, vía directivas integradas en las legislaciones nacionales, se ha incurrido para ello en un casuismo excesivo, tratando además, como ya se ha dicho, de incrementar los estándares de protección de los consumidores que ya ofrecen tales directivas³⁹.

Las empresas, en todo caso, parecen haber valorado positivamente la iniciativa, ya que un 70 % se han mostrado dispuestas a utilizar el futuro instrumento opcional⁴⁰.

2. Su ámbito de aplicación

16. El ámbito de aplicación de la CESL, como ya se ha indicado, se contempla en la parte articulada del Reglamento propiamente dicho. Las condiciones para que resulte aplicable esta normativa, basculan en torno a los cuatro aspectos que se indican a continuación.

A) Ámbito de aplicación material: contratos que pueden y no pueden someterse

17. La CESL, pese a las numerosas disposiciones que contempla que podrían considerarse de aplicación general, está prevista únicamente para los contratos definidos en el art. 5º y que son los que a continuación se señalan.

En primer lugar y principalmente aparecen los *contratos de compraventa*, pues no en vano son los que titulan la propuesta. En virtud de la definición que se aporta en el precedente art. 2.k), por tal hay que entender «*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*»⁴¹, y el comprador paga o se

³⁵ Un apunte de esta crítica, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: ob. cit., p. 12.

³⁶ Estudia en detalle estos aspectos SCHULTE-NÖLKE, H.: «El derecho de consumo en la propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): ob. cit., pp.68 y ss.

Lo cual no obsta, para que la propuesta haya sido mal acogida por los representantes de los consumidores. Véase el informe sumamente crítico del EUROPEAN CONSUMER CONSULTATIVE GROUP, *Opinion on the Commission's proposal for a regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final*, adoptado el 30 de marzo de 2012 por su plenario (disponible en Internet http://ec.europa.eu/consumers/empowerment/docs/eccg_opinion_commissions_proposal_regulation_common_european_sales_law_com_2011_635_en.pdf).

³⁷ La falta de actualización del Derecho contractual codificado de alguno de los Estados miembros es evidente; p. ej. en materia de saneamiento por vicios o defectos de las cosas.

³⁸ En sentido contrario, por entender que con ello se desplaza indebidamente la aplicación de la Convención de Viena, a la que se estaría haciendo una suerte de competencia desleal, disponiéndose además en este ámbito de otros instrumentos opcionales como los *Principios Unidroit* o los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (PECL), ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.: ob. cit., p. 3.

³⁹ Un apunte crítico en relación con la compleja imbricación de las normas B2C y B2B, en ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.: ob. cit., p. 4, y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: ob. cit., p.214.

⁴⁰ Según el Eurobarómetro 320, *apud* ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.: ob. cit., p. 2.

⁴¹ La disyuntiva que aquí se introduce obedece, sin duda, a los distintos sistemas de adquisición del dominio que se siguen en los Estados miembros. España, como es bien sabido, sigue el sistema del título y del modo (art. 609 del Código civil), pero otros ordenamientos siguen un sistema de transmisión consensual de la propiedad.

*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 contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública*⁴²). En definitiva, no sólo la figura prototípica de la *compraventa* –cambio de cosa por precio–, sino también el llamado *suministro con fabricación*, en realidad contrato de naturaleza mixta, combinación de arrendamiento de obra y venta⁴³. El objeto, en cualquier caso, tienen que ser *bienes* en el sentido con que son definidos en el art. 2.h); es decir, *artículos muebles materiales*, con exclusión de la electricidad y el gas natural; así como del agua y otros tipos de gases a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas. Ello excluirá no sólo la compraventa de inmuebles, sino también la de valores o instrumentos financieros, al carecer estos últimos de la materialidad exigida por el precepto.

18. En segundo término, también está prevista para los «*contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no*»⁴⁴. En este punto, la norma parece tener el objetivo de reconducir a esta normativa principalmente a las «*ventas*» de *contenidos digitales*, entendiendo por tales, como señala el art. 2.j) «*los datos producidos y suministrados en formato digital... 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*»⁴⁵. Normalmente estas «*ventas*» cuando se hagan sin soporte material se realizarán por Internet o a través de otras plataformas electrónicas (teléfonos móviles, televisión por cable, TDT con codificación, *pay per view*, etc.)⁴⁶. Cuando se efectúen sobre soportes materiales, en realidad se producirá un solapamiento con el supuesto de compraventa antes contemplado, al suponer normalmente la venta del soporte material propiamente dicho: CDs, vinilos, cintas de video, etc.

Se ha planteado doctrinalmente la duda de si las condiciones requeridas por la propuesta, cuando habla de datos digitales («*que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso*») son acumulativas o alternativas, advirtiéndose de que si sucediera lo primero, el *suministro instantáneo de contenidos digitales* –p. ej., visionado de una película *on line*– quedarían fuera de la CESL⁴⁷. Sin perjuicio de que parezca razonable optar por la segunda interpretación, pues no hay motivo para descartar este supuesto, no descubro un ejemplo de datos que no puedan ser reutilizados, ya que en el caso señalado, aunque se prohíba por el suministrador la reutilización e incluso se adopten medidas para evitar el copiado digital de la película, se puede recurrir a sistemas más artesanales para ello⁴⁸: p. ej. grabando en video la pantalla reproductora.

⁴² La exclusión de estos últimos contratos es redundante, ya que el art. 7.1 solo permite recurrir a la CESL cuando el vendedor es un comerciante, condición que obviamente no tendrán las autoridades públicas, judiciales o administrativas.

⁴³ Sobre este suministro, no regulado legalmente en nuestro Derecho vigente, me remito al tratamiento clásico de GARRIGUES, J.: ob. cit., p. 416.

⁴⁴ Aquí la CELS tiene un ámbito mayor que los de la Convención de Viena y los *Principios Unidroit*, que no se refieren expresamente a estos contenidos digitales, como advierten ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 5.

⁴⁵ El art. 2.j) excluye los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea, el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica, los servicios sanitarios electrónicos, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados, los juegos de azar y la creación o modificación de contenidos digitales por los consumidores o cualquier otra forma de interacción. Como advierten ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 7, la articulación de la propuesta en este punto es criticable al excluir sólo en algunas modalidades las formas electrónicas y no las presenciales, cuando la razón de su exclusión estriba más bien en su consideración como servicios y no en la forma en que éstos se acaben prestando.

⁴⁶ Jurídicamente, no obstante, es dudoso que estos contratos puedan calificarse como *ventas* o, como apunta la norma comentada, *suministros*. Pudieran calificarse quizás como contratos de prestación de servicios (digitales), y quizás por ello se reconduce a esta normativa, como se verá a continuación, a los llamados *servicios relacionados*, que en muchos casos son inescindibles de la propia «*venta*» de los contenidos digitales. Con todo, también hay que reconocer que aquí lo más importante es el bien inmaterial que es su objeto (obras protegidas mediante derechos de autor).

⁴⁷ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 6, quienes ponen también como ejemplo la adquisición de entradas no reutilizables para un espectáculo, sin reparar que en este caso no hay suministro alguno de contenidos digitales.

⁴⁸ Sin perjuicio de que, según las circunstancias del caso, pudieran estimarse ilegales.

La CESL se va a aplicar también en este ámbito de los contenidos digitales, a los *contratos gratuitos* en los que el cliente no paga un precio por ellos. No obstante, en muchos casos lo que parece gratuito realmente no lo es⁴⁹, bien porque lleve aparejada algún tipo de contraprestación por el usuario, aunque ésta no sea un precio⁵⁰ –en este sentido es frecuente que estas cesiones impliquen una obligación de registro que supone una cesión de datos personales–, bien porque los contenidos se suministran en el marco de un previo contrato oneroso –p. ej., se vende un libro electrónico y por el mismo vendedor del soporte se pone gratuitamente a disposición del cliente determinadas ediciones electrónicas– o se venden inescindiblemente con otro bien –p. ej., venta de ordenador con programas preinstalados–⁵¹.

19. Finalmente, también resulta aplicable a los «*contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no*». Debe tenerse en cuenta que el art. 2.m) considera como tales «*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*», excluidos no obstante los servicios de transporte, formación, apoyo a las telecomunicaciones y financieros.

Sorprende la exclusión del transporte como contrato de servicios relacionado del ámbito de la CESL, ya que de ordinario la entrega del bien al comprador requerirá de su transporte. En razón a ello, la propuesta debería ser modificada para considerar como contrato auxiliar al transporte cuando el vendedor se obligue a dicho transporte, bien lo preste con medios propios o recurriendo a un tercero⁵².

20. Obsérvese que nada se dice sobre la *forma de celebrar* estos contratos, a la hora de definir el ámbito material de la CESL. Lo que permitirá su aplicación no sólo en los contratos celebrados a distancia, particularmente de comercio electrónico –y que será el campo de aplicación más frecuente en la práctica–, sino también a los celebrados entre presentes, dentro o fuera de establecimientos mercantiles. Aplicación general que luego queda confirmada por la CESL, que contempla reglas específicas para estas distintas modalidades de contratación.

21. Este ámbito material se complementa en el art. 6º con dos exclusiones. En primer lugar, la de «*los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios*», en los términos que acaban de examinarse; aunque lógicamente habría que incluir el suministro con fabricación por lo ya dicho. En segundo lugar los contratos entre comerciante y consumidor (B2C) en que se conceda a éste «*un crédito en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de financiación similar*»; contratos que, no obstante, caerían en muchos casos en el ámbito de la *Directiva de crédito al consumo* (2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, *relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE*)⁵³. Lo cual implica, por otro lado, que los contratos entre empresarios de este tipo (B2B), sí pueden someterse a la CESL.

22. En todo caso, el art. 5.2 aclara que «*se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y*

⁴⁹ Una observación semejante se hace por YANGUAS GÓMEZ, R.: «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): ob. cit., p. 489.

⁵⁰ El art. 2.i) considera como precio «*el dinero pagadero a cambio de bienes vendidos, contenidos digitales suministrados o servicios relacionados prestados*».

⁵¹ Véase el considerando 18 de la exposición de motivos de la Propuesta.

⁵² En similar sentido, ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 7.

⁵³ Véase su art. 2º.

el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación del Consejo». Esto abarcaría la venta con entregas fraccionadas, el suministro⁵⁴ y la prestación de servicios continuados con contenidos digitales.

23. ¿Puede ampliarse la aplicación de la CESL a otros contratos por voluntad de las partes? El tenor de los dos preceptos que acabamos de examinar parece excluirlo, pero eso es contradictorio con la naturaleza facultativa del instrumento, con su propia generalidad –idónea en muchos aspectos para regular, como ya hemos dicho, cualquier tipo de contrato sinalagmático–, y con el *principio de autonomía de la voluntad* (consagrado en nuestro Derecho en el art. 1255 del Código civil). Por ello, seguramente lo más apropiado es entender que las partes podrían someter voluntariamente cualesquiera otros contratos a esta normativa, en sus aspectos de alcance general, salvo que estén implicadas cuestiones de orden público o resulte de preceptiva aplicación una legislación imperativa. Es más, la última exclusión de los contratos que impliquen concesión de crédito a los consumidores, puede perfectamente explicarse en esta última clave, ya que la regulación sobre crédito al consumo es, como en general toda la de protección de los consumidores, imperativa.

B) Ámbito de aplicación territorial: contratos transfronterizos

24. El objeto de la CESL, como aclara el art. 1.1 de la propuesta de Reglamento, es «*mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, estableciendo para ello un conjunto uniforme de normas de Derecho contractual (la normativa común de compraventa europea)*». En este contexto, el art. 4º limita en principio su aplicabilidad a la regulación de los «contratos transfronterizos».

25. Este mismo precepto determina qué debe considerarse, a estos efectos, como *transfronterizo*. En los contratos entre comerciantes (B2B), se considera como tales aquellos en que «*las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro*». Por tanto, no sólo a los contratos intraeuropeos, sino también a contratos internacionales entre comerciantes de la UE y de fuera de ella⁵⁵.

26. En los contratos entre comerciantes y consumidores (B2C), el carácter transfronterizo viene dado por la concurrencia de dos circunstancias: 1º, «*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 , 2º, «*al menos uno de dichos países es un Estado miembro*». En definitiva, ya no se trata (sólo) de que el consumidor resida o declare residir en un país distinto, sino de que la ejecución de las obligaciones principales dimanantes del contrato (entrega del bien y pago del precio), impliquen a un país distinto de aquél en el que el comerciante tenga su residencia. De nuevo, en todo caso, la normativa será aplicable a contratos internacionales dentro de la UE y con países de fuera de ella. En este punto, podrá ser asimismo utilizada por comerciantes extraeuropeos, que comercien con consumidores europeos.

27. Ha sido ampliamente criticado que la ECSL no pueda ser aplicable a contratos puramente nacionales, habida cuenta de que los empresarios preferirán utilizar un mismo régimen para todas sus ventas, nacionales o transfronterizas, por el ahorro de costes de transacción que ello supone⁵⁶, por más

⁵⁴ Para estas figuras, reconducibles a la compraventa, me remito de nuevo a la obra de J. GARRIGUES, cit., pp. 414 y ss.

⁵⁵ La aplicación, en todo caso, de la CESL, en relación con las normativas nacionales y la de la Convención de Viena, y en conexión, además, con lo dispuesto en el *Reglamento Roma I*, plantea complejas cuestiones de Derecho internacional privado, no resueltas de manera convincente por la propuesta CESL. Véase a este respecto, FERNÁNDEZ MASÍA, E.: «Optando por la normativa común de compraventa europea», en [23] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012 y ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: ob. cit., pp. 17 y ss.

⁵⁶ Si se usa Internet, ello obligaría además a configurar al menos dos plataformas distintas, con diferentes condiciones de contratación, etc.

que la propuesta lo justifique en la exposición de motivos sobre la base de principios generales del Derecho europeo como son los de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*⁵⁷.

Con todo, el art. 13.a) permitirá que los Estados miembros decidan que se pueda recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular «*los contratos en los que la residencia habitual de los comerciantes o, en caso de un contrato entre un comerciante y un consumidor, la residencia habitual del comerciante, la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación estén localizadas en dicho Estado miembro*». Esto es, su posible aplicación a contratos puramente nacionales y, en principio, sometidos a la legislación interna.

Aunque no es probable que los Estados miembros renuncien a la aplicación de su propia legislación en estos casos, bastaría con que uno solo de ellos lo haga, para que automáticamente se pueda aplicar en los demás países, ya que el art. 3.3. del *Reglamento Roma I* permite la elección de la legislación de otro país, excluyendo solamente los aspectos de *ius cogens*⁵⁸.

C) **Ámbito de aplicación personal: comerciantes y consumidores**

28. Como ya se ha señalado, la CESL optó por resultar aplicable –en los términos que se examina seguidamente– tanto a contratos celebrados entre empresarios o comerciantes (B2B), como entre éstos y consumidores (B2C); aunque no entre particulares cuando ninguno de ellos es empresario (C2C)⁵⁹. A estos efectos, el art. 2º mantiene los conceptos habituales de empresario o *comerciante* (éste último es el término que se utiliza) y *consumidor* que se emplean en las directivas de consumo, entendiendo por tales, respectivamente, a «*toda persona física o jurídica que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*» (letra e), y «*a toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*» (letra f).

En cualquier caso, la diferenciación que hacen algunos Derechos de los Estados miembros entre contratos civiles y mercantiles, como sucede en muchos de los Estados de cultura de *Civil Law* (entre ellos España), es indiferente, de manera que la CESL desplazaría a la normativa nacional aplicable, sea ésta de la naturaleza que fuere.

29. Con todo, esta aplicación se matiza en el art. 7º que señala que «*solo se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea si el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales es un comerciante*». En el caso de que ambas⁶⁰ partes del contrato sean comerciantes, «*la normativa común de compraventa europea podrá utilizarse si al menos una de las partes es una pequeña o mediana empresa («PYME»)*», condición que define el propio precepto a continuación⁶¹. Obsérvese que la condición de PYME puede aquí tenerla cualquiera de las partes, el vendedor o el comprador, a diferencia de lo que sucede con el consumidor, que siempre tendrá que ser el comprador, como además es lógico.

¿Cuál es la razón de que se exija esa condición de PYME? ¿Podría convencionalmente acordarse la aplicación de la CESL entre empresarios que no sean PYMEs? En cuanto a la primera pregunta, creo que la razón estriba en que se hace una cierta asimilación de las PYMEs a los consumidores, en la medida en que por su menor poder económico, pueden estar en una situación de inferioridad semejante frente a otros empresarios o comerciantes de mayores dimensiones. En este sentido, se les está también

⁵⁷ Propuesta de Reglamento, pp. 10 y 11 de la exposición de motivos. Sobre el particular véase FAUVARQUE-COSSON, B.: «Hacia un Derecho común europeo de la compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): ob. cit., p. 46, que refiere las críticas que en este mismo sentido han hechos diversas entidades.

⁵⁸ Así lo entiende también FAUVARQUE-COSSON, B.: ob. cit. p. 46.

⁵⁹ Puede ofrecer dudas, a este respecto, qué sucede cuando se realizan las transacciones a través de plataformas de contratación dispuestas por profesionales (tipo *eBuy* y similares). Con independencia de la responsabilidad que le puede corresponder a estos organizadores de mercados, me inclino por la negativa.

⁶⁰ La norma habla de «todas las partes», pero en el marco de los contratos sometidos a esta normativa, obviamente sólo cabe hablar de dos partes: vendedor y comprador.

⁶¹ El Art. 7.2 establece dos condiciones para ser considerado PYME: «(a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, 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».

protegiendo por el régimen establecido en la CESL. Con todo, hay disposiciones de la CESL que, como ya se ha apuntado, únicamente se aplicarán a consumidores. P. ej. el *derecho de desistimiento* en contratos a distancia y fuera de establecimientos mercantiles, contemplado en el art. 40 de la CESL, y que sólo se reconoce a consumidores.

Respecto a la segunda pregunta, la respuesta inicialmente debería ser negativa, máxime cuando se deja en manos de los Estados miembros en el sucesivo art. 13.b), el permitir que se recurra a la CESL cuando «*todas las partes sean comerciantes pero ninguno de ellos sea una PYME*». Ahora bien, no encuentro explicación satisfactoria a esta solución, por lo que, de igual manera que se argumentó en relación con el ámbito de aplicación material, entiendo que voluntariamente empresarios que no sean PYME podrían acordar someterse a la CESL, si las normas aplicables directamente tienen carácter dispositivo.

D) El presupuesto para la aplicación: el acuerdo de las partes

30. Como ya se ha dicho repetidamente, la propuesta de la CESL se ha encauzado por la vía del *instrumento facultativo*. El art. 3º señala, a este respecto que «*las partes podrán acordar que la normativa común de compraventa europea regule sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entren dentro de su ámbito personal, material y territorial, tal como se establece en los artículos 4 a 7*».

Esta opción facultativa, como también se ha indicado, tiene aspectos positivos y otros no tanto. En todo caso, según se ha visto al comentar los diferentes ámbitos previstos en la propuesta, el mantener sólo la opción dentro de los mismos, además de criticable, creo que podría en parte superarse con una interpretación adecuada en los términos indicados.

31. El acuerdo de aplicación de la CESL, tiene que cumplir las condiciones establecidas en el art. 8º de la Propuesta de Reglamento. En las relaciones entre comerciante y consumidor (B2C), el acuerdo «*solo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato*». A estos efectos, se exige además, que el comerciante facilite al consumidor «*una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero*» (art. 8.2), después de haberle enviado la ficha estándar del anexo II en la forma contemplada en el art. 9. Lo establecido en este precepto, no obsta a que la iniciativa de acogerse a la CESL parta del comerciante, formando incluso parte de sus condiciones generales, como además será lo más habitual en la práctica, con tal de que por el consumidor se preste un consentimiento separado para la aplicación de esta normativa (tipo doble firma, si se contrata por escrito, o doble clic si se hace por Internet) previa facilitación de la señalada ficha estándar. Es obvio que cuando la aplicación de la CESL forme parte de las condiciones generales del comerciante, si el consumidor se niega a aceptar dicha aplicación, el contrato no se llegará a celebrar, salvo que el comerciante acceda a negociar individualmente con él⁶².

Asimismo se puntualiza que en estos casos B2C «*no se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea parcialmente, sino únicamente en su integridad*». Regla que esta vez sí que nos parece conveniente, para otorgar una mayor seguridad a los consumidores sobre el régimen aplicable, y conseguir la íntegra protección que les va a dispensar la CESL⁶³.

De ello se infiere que en las relaciones entre empresarios (B2B), cabe sumisiones *parciales*; razón de más para entender en estos casos que, pese a la dicción literal del Reglamento, cabría también su aplicación, lógicamente parcial, a otros contratos distintos de los contemplados en el ámbito objetivo y personal, en los términos expuestos anteriormente.

En todo caso, en estas relaciones B2B hay que tener en cuenta que en la mayoría de los Estados miembros de la UE rige la Convención de Viena sobre compraventa internacional, por lo que, conforme se establece en el art. 6 dicha Convención, para aplicar el régimen opcional de la CESL no bastaría con

⁶² Así lo entiende también FAUVARQUE-COSSON, B.: ob. cit. p. 55.

⁶³ Esa es también función de la ficha informativa del anexo II.

acordar dicha aplicación (*opting in*), sino que también sería preciso excluir la aplicación de aquella Convención (*opting out*). Así lo advierte el considerando 25 de la propuesta de Reglamento, cuando señala que «cuando sea aplicable a un contrato la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la elección de la normativa común de compraventa europea debe requerir un acuerdo de las partes contratantes para excluir la aplicación de dicha Convención»⁶⁴.

⁶⁴ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit. , p. 2, señalan que eso es un «contrasentido», pero parece difícilmente evitable salvo que se modifique la Convención o se denuncie su aplicabilidad por los Estados miembros de la UE.