

# OPTANDO POR LA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

## *OPTING FOR THE COMMON EUROPEAN SALES LAW*

**Enrique Fernández Masiá(\*)**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. UN INSTRUMENTO OPCIONAL: RAZONES PARA SU ELABORACIÓN. III. EL ACUERDO DE LAS PARTES PARA ELEGIR LA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA. IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL NUEVO INSTRUMENTO. V. LA CONSIDERACIÓN COMO “UN SEGUNDO RÉGIMEN NACIONAL” FRENTE A UN “RÉGIMEN 28”: CONSECUENCIAS, CARENCIAS Y SOLUCIONES. VI. VALORACIÓN FINAL.

RESUMEN: En octubre de 2011, la Comisión Europea publicó una Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea –NCCE-. La característica más importante de este texto es su naturaleza opcional. Además, desde la perspectiva del Derecho aplicable, la Comisión Europea ha caracterizado al instrumento opcional como un “segundo régimen nacional” antes que un “régimen 28”. Como consecuencia, la NCCE sólo se aplicaría si las partes así lo acuerdan, y si, por otra parte, el Derecho de un Estado miembro es aplicable.

*ABSTRACT: In October 2011, The European Commission published a Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law –CESL-. The most important character of this text is its optional nature. Also, from a choice of law perspective, the European Commission has characterised the optional instrument as a “second national regime” rather than as a “28th regime”. As a consequence, the CESL would only apply if the parties agree its application (“opting in”), and if the law of a Member State is otherwise applicable.*

PALABRAS CLAVE: Normativa Común de Compraventa Europea, instrumento opcional, Derecho aplicable, Reglamento Roma I.

*KEYWORDS: Common European Sales Law, optional instrument, choice of law, Rome I Regulation.*

---

Fecha de recepción del original: 29 de marzo de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 19 de junio de 2012.

\*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Castilla-La Mancha. Enrique.Fdez@uclm.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto titulado “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI”, DER2010-17126.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El propósito de este trabajo es, en general, realizar una primera aproximación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea<sup>1</sup> y, más en concreto, analizar los requisitos precisos para su aplicación, poniendo de relieve su carácter “opcional”, lo que obliga a las partes a elegir dicha normativa en su contrato si quieren ver sometido éste a la Normativa Común de Compraventa Europea –en adelante NCCE-.

2. El 11 de octubre de 2011, la Comisión Europea presentó esta Propuesta, fruto de una nueva estrategia que se había gestado a principios del año anterior, propulsada por la vicepresidenta de la Comisión V.Reding, en el ámbito del Derecho europeo de los contratos<sup>2</sup>. Esta nueva estrategia, caracterizada por su extraordinaria velocidad en los tiempos, pretende cambiar el estado de cosas hasta entonces existente<sup>3</sup>.

Hemos de recordar que el pistoletazo de salida a la actuación de las instituciones comunitarias en este ámbito puede encontrarse en la Comunicación de la Comisión Europea sobre el Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001<sup>4</sup>. Tras varios años de trabajos en el marco de una red de expertos en la materia, finalmente a principios del 2009 se publicó el Proyecto de Marco Común de Referencia<sup>5</sup>, un instrumento que debía servir como modelo tanto para los legisladores nacionales como europeo. Sin embargo, a

---

<sup>1</sup>Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

<sup>2</sup>Sobre esta nueva estrategia, REDING, V.; “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, InDret, n.º.2, 2011; GOMEZ 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”, InDret, n.º.1, 2012, pp.1-8; SCHMIDT-KESSEL, M.; “Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung”, en *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?. Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, M.Schmidt-Kessel (ed.), Munich, Sellier, 2012, pp.11-28; SCHULTE-NÖLKE, H.; “Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorlagschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”, en *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, H. Schulte-Nölke, F. Zoll, N. Jansen y R. Schulze (eds.), Munich, Sellier, 2012, pp.1-20.

<sup>3</sup> Para una exposición brillante de los resultados hasta ese momento alcanzados pueden consultarse los trabajos de S. SANCHEZ LORENZO; “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: “softlaw versus hardlaw” o “Comisión contra Parlamento”, en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 377-405; y “La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, en *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85-118.

<sup>4</sup> COM (2001) 398, DE 11.7.2001. En esta Comunicación, la Comisión Europea lanzó un proceso de consulta pública sobre los distintos problemas que se derivan de las diferencias entre el Derecho contractual de los Estados miembros y sobre las actuaciones posibles en este ámbito. En 2003, y tomando en consideración las respuestas recibidas, la Comisión publicó un Plan de Acción (COM (2003) 68 de 12.2.2003), en donde se proponía una mejora de la calidad y de la coherencia del Derecho contractual europeo estableciendo un Marco Común de Referencia (MCR) que debería incluir principios, terminología y reglas modelo comunes que podría utilizar el legislador con el fin de adoptar nuevas leyes o modificar las existentes. Además, en este mismo Plan también se proponía revisar el acervo de la Unión en materia de Derecho contractual de consumidores para lograr una mayor coherencia y eliminar las lagunas existentes en la regulación.

<sup>5</sup>VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE NÖLKE, H. (eds.); *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*; Munich, Sellier, 2009.

principios del 2010, varios documentos emanados de las instituciones europeas permitían vislumbrar que la Comisión Europea tenía en este ámbito un objetivo mucho más ambicioso que el presentar un conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que pudieran ser utilizadas por los distintos legisladores, y así como ejemplo, ya en la Agenda Digital para Europa en mayo de 2010, se proponía la adopción de un instrumento opcional de Derecho contractual que complementara la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual<sup>6</sup>.

3. La nueva estrategia europea en materia de Derecho de los contratos que se puso en marcha, en gran medida también influenciada por la postura restrictiva mantenida por los distintos Estados en relación con la entonces Propuesta de nueva Directiva sobre derechos de los consumidores –hoy Directiva 83/2011/UE de 25 de octubre-, se inició mediante la publicación del Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas<sup>7</sup>. La principal finalidad de dicho documento era definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior<sup>8</sup>, definiéndose siete posibles opciones en relación con la naturaleza jurídica del futuro instrumento de Derecho contractual europeo: 1) publicación en el sitio internet de la Comisión de normas modelo no vinculantes en materia de Derecho de contratos que pudieran ser utilizadas en el mercado único; 2) la elaboración de una caja de herramientas por los legisladores europeos actuales y futuros; 3) la adopción de una Recomendación de la Comisión que incentivara a los Estados miembros a incluir en sus legislaciones nacionales un instrumento de Derecho contractual europeo; 4) la creación por Reglamento de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pudiera ser elegido por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales; 5) la armonización de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante una Directiva de la Unión Europea; 6) la armonización máxima de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante un Reglamento de la Unión Europea y; 7) la creación mediante un Reglamento de un Código civil europeo completo que sustituyera todas las normas nacionales en materia de contratos.

A la publicación de este Libro Verde de la Comisión le siguió una consulta pública, recibándose 320 respuestas, una gran parte de las mismas abogando por la opción cuarta, una opción que, por otra parte, venía ya siendo abiertamente defendida en esos momentos

---

<sup>6</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa (COM (2010) 245 final/2, de 19.5.2010). Igualmente, y en el mismo sentido, puede citarse el Programa de Estocolmo 2010-2014, sobre una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C 15, de 4.5.2010) así como la Comunicación Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM (2010) 2020, de 3.3.2010).

<sup>7</sup>COM (2010) 348 final, de 1.7. 2010.

<sup>8</sup> El fundamento de esta búsqueda de reforzamiento del mercado interior mediante el avance en materia de Derecho contractual europeo se encuentra, a juicio de la Comisión, en las diferencias existentes entre las distintas legislaciones contractuales nacionales, lo que puede acarrear costes de transacción adicionales e inseguridad jurídica para las empresas y provocar en los consumidores una falta de confianza en el mercado interior.

por parte de la Comisión y en especial, en los discursos de V. Reding sobre esta cuestión. Un segundo paso en esta estrategia fue la constitución de un grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo<sup>9</sup>. Este grupo formado por veinte expertos en Derecho civil y en especial en Derecho de los contratos, tenía como misión elaborar a partir del Proyecto de Marco Común de Referencia, otros trabajos de investigación realizados en este ámbito y el acervo de la Unión, una propuesta de instrumento opcional. Dicho trabajo se presentó en mayo de 2011 bajo el título “Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo”. Este estudio fue sometido a una consulta pública que finalizaba el 1 de julio de 2011 y tras la recepción de las respuestas al mismo, se presentó, tal y como hemos señalado, la Propuesta de NCCE en octubre de 2011.

4. La Propuesta de Reglamento se divide en tres partes:

1) Un Reglamento de 16 artículos que regula su ámbito de aplicación territorial, material y personal y el modo en que las partes se pueden someter a la NCCE. El articulado de esta parte del Reglamento no está basado, al contrario que la NCCE –Anexo I-, en ningún estudio académico previo, sino que es un trabajo nuevo e innovador, en muchos aspectos, realizado por la Comisión europea.

2) Un Primer Anexo (Anexo I) que incorpora un conjunto de reglas constitutivas de un régimen jurídico común europeo para la compraventa y los servicios auxiliares a la compraventa (o sea, lo que es propiamente las normas materiales que conforman la NCCE), y que se articula siguiendo las distintas fases de la vida contractual: Disposiciones Preliminares, Carácter vinculante del contrato, Evaluación del contenido del contrato, Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa, Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de servicios, Indemnización de daños y perjuicios e intereses, Restitución y, por último, Prescripción. La NCCE consta de 186 artículos y es muy similar, salvo pequeñas modificaciones, al texto presentado unos pocos meses antes y al que nos hemos ya referido bajo el título “Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo.

3) Un segundo Anexo (Anexo II), que incluye una ficha informativa estándar sobre la NCCE que los empresarios han de facilitar a los consumidores antes de la celebración de los contratos.

## **II. UN INSTRUMENTO OPCIONAL: RAZONES PARA SU ELABORACIÓN**

5. Tal y como ya hemos señalado, la Comisión Europea ha optado finalmente por proponer un Reglamento relativo a la NCCE de carácter facultativo. Esta elección de esta especial naturaleza jurídica se justifica ya que las otras opciones, según la Comisión, o bien plantean graves diferencias de tratamiento entre los empresarios o no logran alcanzar los objetivos que se pretenden lograr mediante la adopción de este instrumento jurídico de

---

<sup>9</sup> Decisión de la Comisión 2010/233/UE, de 26.4.2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo (DOUE L 105/109, de 27.4.2010).

la Unión Europea. Si se quiere decir de una forma mucho más simplista, en el momento actual, mientras que unas opciones no llegaban, otras se pasaban<sup>10</sup>.

6. El adoptar un instrumento opcional en forma de Reglamento comunitario conlleva un cierto número de ventajas<sup>11</sup>, que son el fundamento de la acción de la Comisión Europea en este ámbito:

a) Se consigue un elevado nivel de seguridad jurídica en las relaciones contractuales, tanto en los contratos entre empresas como en los contratos de consumo, ya que las partes pueden escoger de forma previsible una normativa aplicable a sus relaciones, evitando al mismo tiempo las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que respecta al contenido de su Derecho contractual. Pero además, por una parte, en relación con los contratos entre empresas, se logra encontrar la elección de una normativa neutral, equilibrando los intereses de las partes en la relación contractual. Por otra parte, en relación con los consumidores, además, éstos gozarían de una mayor seguridad en cuanto a los derechos que les asisten, ya que contarían al realizar una transacción transfronteriza con un elevado nivel de protección basado en esta normativa uniforme.

b) Se logran evitar los costes de transacción derivados de la aplicación de distintos Ordenamientos jurídicos nacionales en las operaciones transfronterizas. Esta es quizás, la motivación más fuerte que la Comisión ha expuesto para adoptar este instrumento opcional, ya que lo se pretende es que los operadores se eviten los costes relativos a “la necesidad de documentarse sobre las disposiciones de la normativa contractual extranjera aplicable, de recabar asesoramiento jurídico, de negociar la ley aplicable en las

---

<sup>10</sup>En relación con el Marco Común de Referencia, la idea presente en la Propuesta de Reglamento relativo a la NCCE, se ha defendido por parte de E.VALPUESTA GASTAMINZA; “La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: El Draft Common Frame of Reference”, en *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch, 2011, pp.86-87, al declarar que “como propuesta personal, un texto opcional que sirva tanto para contratos de consumo como empresariales, y para contratos nacionales como interestatales, sería la opción menos «agresiva», que dejando intocados los derechos nacionales permitiría a las partes contractuales elegir un ordenamiento mejor que el nacional, o al menos uno conocido. Con todos sus problemas, su excesivo reglamentismo y su alta imprecisión (que deberían ser mejorados), el DCFR parece en su conjunto un conjunto de reglas mucho más lógico que, al menos, el Derecho español actual”.

<sup>11</sup>Sobre las posibles ventajas de un instrumento opcional en este ámbito, HESSELINK, M.; “An Optional Instrument on EU Contract Law: Could It Increase Legal Certainty and Foster Cross-Border Trade?”, *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series n.º2010/6*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1695617](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1695617); PALAO MORENO, G.; “El marco común de referencia como sistema opcional 28: algunas reflexiones desde el Derecho internacional privado”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp.1910-1913; LEIBLE, S.; “¿Qué hacemos con el marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional”, en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 221-249; P-C. MÜLLER-GRAFF; “Ein fakultatives europäisches Kaufrecht als Instrument der Marktordnung?”, en *Der Entwurf für ein optionales europäisches...*, op.cit., pp.21-46. En profundo desacuerdo sobre la necesidad de elaborar un instrumento opcional en este ámbito desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, se manifiesta muy recientemente, E.A.POSNER; “The Questionable Basis of the Common European Sales Law: the Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition”, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2049594](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2049594)

transacciones entre empresas y de adaptar los contratos a los requisitos de la ley del consumidor en las transacciones entre empresas y consumidores”.

c) Facilitar una normativa única en toda la Unión Europea, con la eliminación de la complejidad jurídica inherente a las transacciones transfronterizas, potencia las posibilidades abiertas por la existencia del Mercado interior. Los empresarios no tendrían tanto temor a abrir sus operaciones hacia otros Estados miembros, produciéndose un mayor número de transacciones, lo que además redundaría en una mayor competencia.

d) Todo ello también redundaría en los propios consumidores, ya que una mayor competencia y una mayor seguridad en sus transacciones, permitiría acudir a ofertas mucho más ventajosas, en términos de calidad y precio, de las que se pueden conseguir a nivel nacional.

7. Una vez examinadas, a grandes rasgos, las principales razones que justifican la elaboración de una normativa material de carácter opcional, es preciso analizar los requisitos necesarios para la aplicación de dicho instrumento: a) en primer lugar, ante todo, es preciso que haya una elección válida por las partes de la NCCE en el contrato (“opting-in”), b) en segundo lugar, es preciso que dicho contrato entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento que incorpora la NCCE y, c) en tercer lugar, que al contrato le sea aplicable la ley de un Estado miembro. Este último requisito es condición indispensable tras optar la Propuesta de Reglamento por considerar a la NCCE como un segundo régimen nacional dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

### **III. EL ACUERDO DE LAS PARTES PARA ELEGIR LA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA**

8. De acuerdo con el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento, la NCCE tiene un carácter facultativo u opcional, en el sentido de que dicha normativa regulará una relación contractual cuando las partes así lo hayan acordado expresamente y dicho contrato entre dentro de su ámbito de aplicación personal, material y territorial. Es preciso, por tanto, una manifestación de voluntad expresa de las partes de optar por dicho instrumento (“opting in”) en el contrato de compraventa<sup>12</sup>.

9. En la Propuesta de Reglamento se ha elegido que sea el propio instrumento opcional quien establezca las reglas para determinar la existencia y validez del acuerdo de sometimiento a la NCCE. En este sentido, se realiza una diferenciación entre los requisitos y las posibilidades de elección según estemos en presencia de un contrato entre empresas y un contrato de consumo.

---

<sup>12</sup>Vid. HESSELINK, M.; “How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation”, *ERPL*, n.º.1, 2012, pp.195-212.

10. Así, en primer lugar, en relación con los contratos entre empresas, las partes pueden elegir la normativa común de forma parcial, de tal manera que como señala el artículo 1 de la NCCE, pueden excluir la aplicación de cualesquiera de las disposiciones de la normativa común de compraventa europea, así como introducir excepciones o modificar sus efectos, salvo que en dichas disposiciones se disponga lo contrario. Esta amplia libertad para pactar se restringe en los supuestos de contrato de consumo, pues en tales casos, no se puede recurrir a la normativa común parcialmente, sino únicamente en su integridad. Esta diferenciación se justifica ya que en el caso de los contratos de consumo una aplicación selectiva de determinados elementos de la NCCE, podría alterar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y afectar negativamente al nivel de protección de los consumidores.

11. Por lo que se refiere a los requisitos que se establecen en relación a que el acuerdo de sometimiento a la NCCE sea considerado válido, la Propuesta de Reglamento establece una serie de cautelas en los supuestos de contratos de consumo<sup>13</sup>. En efecto, y teniendo muy presente que en la práctica en dichos contratos no existe ningún tipo de negociación entre las partes y será el empresario quién propondrá la utilización de la NCCE<sup>14</sup>, se busca que en tal caso los consumidores sean plenamente conscientes del hecho que están aceptando utilizar un régimen jurídico distinto al de las disposiciones sobre consumo contenidas en su legislación nacional. Por ello, se exige como una primera cautela en estos casos, que el acuerdo sobre la utilización de la NCCE sólo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar el contrato<sup>15</sup>. De esta manera, se exige una declaración de voluntad independiente, con lo que se pretende evitar que el sometimiento a la NCCE se incluya como una cláusula más del contrato y, en particular, como un elemento más de las cláusulas generales del empresario. La confirmación de dicha declaración independiente ha de ser facilitada por parte del empresario al consumidor en un soporte duradero.

12. Junto con esta primera cautela, se incorpora una segunda en el artículo 9 de la Propuesta de Reglamento que tiene como misión que el sometimiento por parte del consumidor a la NCCE no sólo es consciente sino que además, está fundamentada en una

---

<sup>13</sup> Vid. sobre si la necesidad de cumplir con esta serie de requisitos se convierte en un obstáculo a la posible elección del NCCE por parte del empresario al imponerle unos costes mucho mayores que en el supuesto de que no se utilice este instrumento opcional, J.M.SMITS; "Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market", *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º.2012/13*, pp.17-18, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2060017](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060017).

<sup>14</sup> DORALT; W.; "The Optional European Contract Law and Why Success or Failure May Depend on Scope rather than Substance", *Max Planck Private Law Research Paper n.º.11/9*, pp.10-11, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1876451&rec=1&srcabs=1950107](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876451&rec=1&srcabs=1950107).

<sup>15</sup> La idea de esta expresa elección por el consumidor en el ámbito de los contratos por internet del nuevo instrumento opcional ha sido muy bien representada de manera gráfica por parte de H.SCHULTE-NÖLKE; "EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the "Blue Bottom"" *ERCL*, n.º.3, 2007, pp.348-349, mediante la idea del "botón azul" y la posibilidad que tendría el consumidor de poder pinchar el logo de la bandera azul (bandera que representaría la normativa de la Unión Europea) para indicar que asume que su contrato se va a regir por el instrumento opcional y no por las normas nacionales aplicables en virtud del Derecho aplicable al contrato.

cierta información sobre la misma. En efecto, se exige que el empresario no sólo tiene que alertar al consumidor sobre la utilización de la NCCE, sino que ha de facilitar información sobre su naturaleza y sus principales características. Para cumplir dicha carga, los empresarios han de facilitar a los consumidores, con anterioridad a suscribir el acuerdo sobre la utilización de la NCCE, la ficha informativa estándar prevista en el anexo II del Reglamento y que está disponible en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

Tal y como fácilmente nos podemos imaginar, este requisito es mucho más fácil de cumplir en los supuestos de contratos celebrados por internet, pues en tal caso, será posible que mediante una ventana abierta automáticamente cuando el consumidor vaya a otorgar su consentimiento a someterse a esta normativa común o en todo caso, mediante un hipervínculo que remita a otra página web, se pueda obtener de forma gratuita el texto en formato electrónico de la NCCE. Sin embargo, para los otros supuestos de contratos celebrados a distancia –p.ej. por teléfono–, y donde no sea posible facilitar la ficha informativa al consumidor en el mismo momento en que se acuerda someterse a la NCCE, únicamente se considera al consumidor vinculado cuando posteriormente reciba la confirmación del acuerdo de sometimiento a la NCCE conjuntamente con la ficha informativa y a continuación, exprese de manera explícita su consentimiento en relación con la utilización de la NCCE.

13. La importancia concedida por las instituciones de la Unión Europea a los requisitos anteriormente mencionados viene reforzada por la obligación que tienen los Estados miembros de establecer sanciones en aquellos supuestos en que los empresarios incumplan los mismos en sus relaciones contractuales con los consumidores. No se establece ninguna guía sobre la forma que han de adoptar dichas sanciones sino que únicamente se prevé que las mismas, de acuerdo con el artículo 10 de la Propuesta de Reglamento, habrán de ser efectivas, proporcionales y disuasorias y, que habrán de comunicadas a la Comisión en el plazo de un año desde la fecha de entrada en vigor del Reglamento.

#### **IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL NUEVO INSTRUMENTO**

14. En la Propuesta de Reglamento relativa a la NCCE se contempla en su artículo 4 el ámbito de aplicación territorial, en sus artículos 5 y 6 el ámbito de aplicación material y en su artículo 7 el ámbito de aplicación personal<sup>16</sup>.

##### **1. Ámbito de aplicación territorial**

15. En el artículo 4 se limita la utilización de la NCCE a los contratos transfronterizos, ya que según la Propuesta de Reglamento es en este “contexto en el que las disparidades entre las legislaciones nacionales generan complejidad y costes adicionales y ejercen un efecto disuasorio para las partes a la hora de entablar relaciones contractuales” (cdo.13). En consecuencia, por ahora la idea de unificar el régimen jurídico de las empresas de la

---

<sup>16</sup> Vid. SCHMIDT-KESSEL, M.; “Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung” en *Ein einheitliches europäisches...*, op.cit., pp.29-50.



Unión Europea cuando realizan contratos de compraventa, ya sean transnacionales o internos, no ha sido incorporada finalmente, tal y como se había defendido por parte de algún sector doctrinal<sup>17</sup>. Sin embargo, si hemos de señalar que el artículo 13 deja la opción de los Estados miembros la posibilidad de decidir que las partes puedan recurrir a la NCCE en los supuestos de contratos meramente internos, considerándose estos aquellos “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”.

16. En relación con el elemento de extranjería que dota de internacionalidad al contrato de compraventa, en el artículo 4 se opta por considerar únicamente a los elementos subjetivos del contrato, distinguiéndose a estos efectos entre los contratos entre empresas y los contratos de consumo. Ha de señalarse, además, que el momento temporal que ha de considerarse para determinar si estamos en presencia de un contrato transfronterizo es el momento en que las partes acuerden el sometimiento del contrato de compraventa a la NCCE.

17. En primer lugar, un contrato entre comerciantes constituye un contrato transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro. A estos efectos, la residencia habitual de las empresas es el lugar en donde se encuentra su administración central, y si el comerciante es persona física, la residencia habitual será el lugar en el que ejerce su actividad principal. Si el contrato se ha celebrado en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento de un empresario, se considerará como residencia habitual de éste, el lugar en que esté situada dicha sucursal, agencia o establecimiento.

18. En segundo lugar, un contrato de compraventa de consumo se considerará como transfronterizo, cuando la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación, estén localizadas en un país distinto de aquel en el que el empresario tenga su residencia habitual y al menos uno de dichos países sea un Estado miembro. En consecuencia, se dejan a un lado criterios objetivos –tal y como puede ser la residencia habitual del consumidor- y se opta por preferir criterios que son puramente subjetivos, los cuales dependerán exclusivamente de la información que el consumidor pueda dar al empresario, sea o no ésta correcta. Ello podría plantear problemas en el sentido de que los datos proporcionados pudieran ser contradictorios, al no otorgarse ninguna solución para estos supuestos. Así, por ejemplo, en el caso de que el consumidor quiera que la dirección de la facturación sea la de su propio país, mientras que la dirección de entrega se encuentra en el extranjero, porque sea un contrato celebrado a favor de un tercero<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> En este sentido, W.DORALT; “The Optional European Contract Law...”, cit., pp.16-17.

<sup>18</sup> MICKILTZ, H-W.y REICH, N.; “The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" - Too Broad or not Broad Enough?”, *EUI Working Paper Law*, 2012, p.17, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2013183](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183).

## **2. Ámbito de aplicación material**

19. El artículo 5 de la Propuesta de Reglamento señala que es posible recurrir a la NCCE para tres tipos de contrato:

a) Los contratos de compraventa. Se debe entender por contrato de compraventa todo aquel en virtud del cual el comerciante –vendedor- transfiere o se compromete a transferir a otra persona –comprador- la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio. En esta categoría se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deben de fabricar o producir, excluyéndose, por otra parte, los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de una autoridad pública.

b) Los contratos de suministro de contenidos digitales, y ello con independencia de que se suministren o no en un soporte material, de que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que éste pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no.

c) Los contratos de prestación de servicios relacionados con contratos de compraventa de bienes o con contratos de suministro de contenidos digitales, y ello con independencia de que se hubiese acordado un precio separado para la prestación de estos servicios como si no hubiese sido así. Los servicios que se consideran relacionados con los contratos mencionados se ejemplifican expresamente indicándose que se considerarían así: 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. Por el contrario, se excluyen expresamente: los servicios de transporte, los servicios de formación, los servicios de apoyo a las telecomunicaciones y, por último, los servicios financieros.

20. Por su parte, el artículo 6 señala que quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, en primer lugar, los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales o la prestación de servicios relacionados con los contratos anteriores y, en segundo lugar, los contratos vinculados a un crédito al consumo cualquiera que sea la forma jurídica que puedan adoptar, exceptuándose aquellos que sean de ejecución periódica, esto es, en donde se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados de forma continuada y el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación.

## **3. Ámbito de aplicación personal**

21. Condición indispensable para poder recurrir a la NCCE es que el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales sea un empresario. En relación con la otra parte del contrato, se distingue, si la compraventa se realiza entre dos empresas o bien es una

compraventa de consumo. En este sentido, la Propuesta de Reglamento ha previsto la posibilidad de que puedan someterse las partes en un contrato de compraventa a la NCCE aunque ambas sean empresarias, pero con la limitación de que una de ellas sea al menos una pequeña o mediana empresa (PYME)<sup>19</sup>. Con esta ampliación a los contratos entre empresas, el principal problema práctico sería como una empresa identifica que la contraparte es una PYME con anterioridad a la conclusión del contrato y, por tanto, con la posibilidad de poder optar por el régimen de la NCCE o bien no cabe dicha posibilidad por encontrarnos ante una contraparte que pueda considerarse como una gran empresa. Parece que dicha información, lógicamente, habría de proporcionarse con anterioridad para que la NCCE tuviera alguna virtualidad práctica en este ámbito.

Para entender cuando estamos ante una PYME, se utiliza el concepto incluido en la Recomendación 2003/61 de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. De tal forma que una PYME es aquella empresa que emplea a menos de doscientos cincuenta trabajadores y tiene un volumen de negocios anual no superior a cincuenta millones de euros o un balance anual no superior a cuarenta y tres millones de euros y, 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. Sin embargo, a pesar de esta limitación, el propio Reglamento, con fin de animar la posible ampliación de su radio de acción, permite que los Estados puedan, si así lo deciden, que la NCCE pueda también ser aplicable a los contratos entre empresas, donde ninguna de ellas sea una PYME, o sea, contratos de compraventa entre grandes empresas.

## **V. LA CONSIDERACIÓN COMO UN SEGUNDO RÉGIMEN NACIONAL FRENTE A UN RÉGIMEN 28: CONSECUENCIAS, CARENCIAS Y SOLUCIONES**

22. En los primeros meses del año 2010 y, una vez comenzado el debate político sobre los trabajos para la elaboración de un instrumento opcional, la consideración de la naturaleza jurídica de éste fue centro de un especial debate. La opción sobre si el nuevo instrumento debía de considerarse el “régimen 28” o bien un “segundo régimen nacional” contaba con partidarios en ambos bandos<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Crítico al respecto se manifiesta O.LANDO, quién se pregunta si era necesario realmente limitar de esta manera el ámbito de aplicación en los contratos B2B, pues no se encuentra argumento por el que las grandes empresas en sus relaciones contractuales pudieran también hacer uso de la NCCE, “Comments and Questions Relating to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, *ERPL*, nº.6, 2011, p.721.

<sup>20</sup> Vid. sobre esta cuestión, HEISS, H., “Party Autonomy”, en *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, F.Ferrari y S.Leible (eds.), Munich, Sellier, 2009, pp.13-16; FORNASIER, M.; “28. versus 2. Regime - Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts”, *Max Planck Private Law Research Paper n.º.11/10*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1881510&rec=1&srcabs=1876451](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881510&rec=1&srcabs=1876451); MANKOWSKI, P.; “Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht”, *R/W*, nº.3, 2012, pp.97-105; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW; “Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010”, *RabelsZ.*, Vol.75, 2010, pp.400-412.

23. La consideración de que el instrumento opcional fuese el “régimen 28” está vinculada inevitablemente con el Derecho aplicable a los contratos y, en concreto, en el sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea con las soluciones previstas en el Reglamento de Roma I –en adelante RRI-<sup>21</sup>. Dicha postura vendría apoyada explícitamente por lo señalado en el considerando n.º.14 del citado RRI que señala que “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”. En consecuencia, y dado que en el artículo 3 RRI la elección de la ley aplicable al contrato ha de considerarse siempre como la elección de una ley estatal<sup>22</sup>, sería preciso que en el Reglamento que contemplase el nuevo instrumento opcional se incluyese una norma que señalase que la NCCE habría de considerarse como una opción más, junto con los distintos Ordenamientos jurídicos nacionales, que las partes tienen de someter su contrato y que dicha elección sería considerada como una elección válida a los efectos del artículo 3 RRI<sup>23</sup>. Esto es, con esta opción, la NCCE jugaría al mismo nivel que las leyes estatales, sometiéndose al mismo régimen jurídico al que se somete el ejercicio de la autonomía conflictual en el RRI.

24. El considerar como una elección válida de ley, la opción de que las partes sometiesen el contrato a un cuerpo de normas materiales como manifestación de una autonomía conflictual concedida a las partes, no es, sin embargo, una cuestión novedosa en el ámbito

<sup>21</sup> La bibliografía existente sobre el sistema conflictual del Reglamento Roma I es muy extensa. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden verse, entre otros: ABARCA JUNCO, P. (Dir.): *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2 Vols, Vol. II, 2010, pp. 363 y ss.; AA.VV.: *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2ª ed., Colex, 2006; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J.: *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 12ª ed., 2011, 2 vols., vol. II, pp. 615 y ss.; CARRILLO POZO, L.F.; “Ante la revisión del artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, T.II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1375 y ss.; CASTELLANOS RUIZ, E.; *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Contratación comercial internacional”, en AA.VV.: *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 3ª ed., 2011, pp. 251 y ss.; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “La contratación internacional en caso de crisis empresarial”, *Anuario de derecho concursal*, n.º. 22, 2011, pp. 105 y ss.; ESPLUGUES MOTA, C. “La contratación internacional: Régimen general”, en ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.): *Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2011, pp. 161 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas, 5ª ed., 2010, pp. 477 y ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, n. 6957, 30-5-2008; FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009; P. LAGARDE y A. TENENBAUM; «De la Convention de Rome au Règlement Rome I», *RCDIP*, n.º.4, 2008, pp. 727-780; LANDO, O. y NIELSEN, P.A.; “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1723; UBERTAZZI, B.; *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

<sup>22</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; “The Rome I Regulation: Much ado about Nothing?”, *The European Legal Forum*, n.º 2, 2008, p.67; LEIBLE, S.; “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, Vol.3, n.º.1, 2011, p.226.

<sup>23</sup> Considerando esta posibilidad en relación ya con las opciones previstas en el Plan de Acción del 2003, puede verse en la doctrina española el excelente trabajo de N.BOUZA VIDAL; “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, T.II, Madrid, Eurolex, 2005, pp.1309-1334.

del Derecho aplicable a los contratos en el sistema europeo de Derecho internacional privado. En efecto, ya en la Propuesta del RRI se apuntaba la posibilidad de que “las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria” (art.3.2, apartado primero). Con dicho precepto, se pretendía que las partes pudiesen elegir de forma directa principios y reglas tales como los Principios UNIDROIT o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos<sup>24</sup>.

Sin embargo, las críticas a esta propuesta no se hicieron esperar y, basadas fundamentalmente en la falta de seguridad jurídica y la carencia de legitimación democrática, hicieron recular a la Comisión, por lo que finalmente se optó por únicamente señalar en el considerando nº.13 del RRI, una cuestión que por otra parte, no era necesario señalar expresamente y que se refiere al concepto de autonomía material de la que disfrutaban las partes en el ámbito de cualquier Ordenamiento jurídico aplicable a un contrato: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”. Por lo tanto, únicamente y tal y como hemos señalado, la posibilidad de actuación de una normativa material y no sólo una ley estatal, en el marco de la autonomía de la voluntad conflictual contemplada en el artículo 3 RRI se dejó para un futuro y en relación únicamente con un texto que fuese elaborado por parte de las instituciones de la Unión Europea<sup>25</sup>.

25. Sin embargo, esta opción que dejaba la puerta entreabierta a la consideración del nuevo instrumento opcional como un “régimen 28” no ha sido la que finalmente ha sido la contemplada en el texto de la Propuesta de Reglamento de la NCCE. Finalmente, la Comisión Europea presenta a la NCCE como un segundo régimen nacional. En este sentido, lo señala expresamente el considerando nº.9: “El presente Reglamento establece una normativa común de compraventa europea. Armoniza los Derechos contractuales de los Estados miembros no imponiendo modificaciones a las normativas contractuales nacionales vigentes, sino creando dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Este segundo régimen debe ser idéntico en toda la Unión y coexistir con las normas del Derecho contractual en vigor”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>Sobre esta cuestión, A. CALVO CARACAVA; “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol.1, nº.2, 2009, pp.81-82; J.C. FERNANDEZ ROZAS; “Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2005-II, pp. 1442-1450; P. MANKOWSKI; “Der Vorschlag für die Rome I- Verordnung”, *IPRax*, 2006, p.102; QUIÑONES ESCAMEZ, A.; “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *Indret*, nº.3, 2006, pp.10-11.

<sup>25</sup> En este sentido, GUZMAN ZAPATER, M.; “El Reglamento CE nº.593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil*, nº.12, 2009, p.8.

<sup>26</sup>Vid. sin embargo, con una postura diferente y en mi opinión equivocada sobre la integración de las fuentes normativas de la Unión Europea dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el Dictamen motivado del de la República de Austria sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD): " El argumento de la Comisión Europea de que el instrumento opcional formaría parte de las normativas nacionales de los Estados miembros y, como tal, estaría integrado en el

Por lo tanto, al optar por considerar a la NCCE como un segundo régimen dentro de los Ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros la Comisión obvia cualquier tipo de injerencia en la determinación del Derecho aplicable a los contratos en el sistema europeo de Derecho internacional privado contemplado en el RRI. Las normas del RRI son dejadas tal y como están y serán las únicas aplicables en relación con la determinación del Derecho aplicable a los contratos.

Es únicamente mediante el ejercicio de la autonomía material que corresponde a las partes en el marco del Ordenamiento jurídico aplicable al contrato, donde únicamente encuentra acomodo la elección de la NCCE, y siempre y cuando, la *lexcontractus* sea la de un Estado miembro de la Unión Europea. Por lo tanto, el acuerdo de sometimiento a la NCCE no equivale ni puede confundirse con una elección de ley de acuerdo con las normas sobre conflictos de leyes, y además debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de estas últimas. A todo contrato internacional, por lo tanto, que entre dentro del ámbito de aplicación de la nueva normativa, le será preciso determinar el Derecho aplicable al mismo, y sólo y una vez que este sea el de un Estado miembro, la elección de la NCCE por las partes encuentra plena eficacia y obligatoriedad para las mismas.

26. Como conclusión, por lo tanto, y ante la opción realizada por la Comisión Europea de considerar a la NCCE como un segundo régimen nacional dentro de los Ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, en todos los casos de contratos transfronterizos que entren dentro del ámbito de aplicación, habrá de acudir a las soluciones previstas en el RRI para determinar el Derecho aplicable al contrato y si esta ley es la de un Estado miembro, las partes tienen la posibilidad dentro de dicho Ordenamiento jurídico nacional de poder elegir entre un primer régimen jurídico nacional (el régimen preexistente aplicable a los contratos) o bien un nuevo régimen que será idéntico en todos los Estados miembros, esto es, la NCCE.

27. Las consecuencias derivadas de esta consideración son distintas para los contratos transfronterizos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento.

En efecto, tal y como ya hemos señalado, las partes podrán elegir el instrumento opcional tanto en los contratos entre empresas, siempre que una de ellas sea una PYME, como en contratos de consumo, pero es que además, dado los elementos de internacionalidad contemplados, en principio, y la posibilidad aceptada de que pueda también aplicarse a contratos en donde una de las partes está situada fuera del territorio de la Unión Europea, parecen poner de manifiesto que las soluciones propuestas por la Comisión Europea en la Propuesta o bien necesitan de ciertas aclaraciones o bien precisan ciertas modificaciones.

---

marco jurídico de cada uno de esos Estados, no se puede dar por válido. Un Reglamento que forma parte del Derecho de la Unión no puede ser un elemento del Derecho nacional, sino que es y siempre será elemento del Derecho de la Unión. Lo correcto es más bien que ese instrumento opcional se incorporará como una parte alternativa del régimen contractual de las normativas nacionales", disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/communication/2011/478418/JURI\\_CM\(2011\)478418\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/communication/2011/478418/JURI_CM(2011)478418_ES.pdf), pp.3-4.

28. En primer lugar, en relación con los contratos entre empresas, para determinar el Derecho aplicable al contrato, hemos de acudir a los artículos 3 y 4 del RRI. El artículo 3 contempla como ya hemos señalado, el principio de la autonomía conflictual, lo que precisará por tanto, para la aplicación de la NCCE, no sólo del sometimiento de las partes a dicho instrumento opcional, sino la previa elección como *lexcontractus* del Ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Y a falta de dicho ejercicio de la autonomía conflictual, el artículo 4.1 del RRI somete el contrato de compraventa internacional a la ley del Estado de la residencia habitual del vendedor. No habría problemas de aplicación de la NCCE en aquellos supuestos en donde el vendedor tiene su establecimiento en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, pero dado que la NCCE también permite su aplicación en aquellos supuestos en donde el comprador esté situado dentro del territorio de la Unión Europea y el vendedor fuera de éste (artículo 4), en tales supuestos sería aplicable la ley de un tercer Estado. ¿Qué ocurrirá en dichos supuestos si consideramos como ha hecho la Comisión Europea a la NCCE como un segundo régimen nacional dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros? Sería preciso aclarar dicha cuestión, ya que es propósito de la Comisión como señala el considerando 14 de la Propuesta que “la utilización de la normativa común de compraventa europea no debe circunscribirse a situaciones transfronterizas que impliquen únicamente a los Estados miembros, sino que también debe estar disponible para facilitar los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países”. Pues bien, si se persiste en la idea de no variar la naturaleza del instrumento opcional y en consecuencia no tocar ni incidir en el régimen previsto sobre el Derecho aplicable del RRI, sería precisa, en nuestra opinión, una norma expresa en el futuro Reglamento que solucione dicha cuestión para los supuestos en donde la ley aplicable fuese la de un tercer Estado y las partes quisiesen someterse a la NCCE. Tal vez, la posibilidad de considerar que “nada de lo previsto en el presente Reglamento obsta, a que cuando la ley aplicable al contrato sea la de un tercer Estado, las partes pueden en el ejercicio de su autonomía material, incorporar por referencia la normativa común de compraventa europea”. Cuestión distinta a ésta es si la actuación de las partes en el hipotético sentido indicado –o en aquél caso también bastante surrealista, pero posible, de elección de la NCCE conjuntamente con la elección de una ley estatal de un Estado no miembro–, debiera recomendarse por cualquier asesor jurídico, dada la dificultad que surgiría de contar con un *law mix* entre las normas materiales elegidas y las normas de *iuscogens* del Ordenamiento jurídico nacional aplicable al contrato<sup>27</sup>.

29. Para terminar en relación con los contratos entre empresas y el régimen previsto sobre el Derecho aplicable al contrato, no hemos de olvidar que la gran mayoría de los Estados miembros son parte del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980<sup>28</sup>. Este régimen convencional, opera como un segundo régimen

<sup>27</sup> LEIBLÉ, S.; “El marco común de referencia y la elección del Derecho aplicable”, *AEDIPr*, T.VIII, 2008, p.489.

<sup>28</sup> Sobre el régimen de este Convenio, pueden verse, entre otros: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (Dir), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Tecnos, 1998; ESPLUGUES MOTA, C., DE AGUILAR VIEIRA, I y MORENO RODRÍGUEZ, J.A., “Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en Esplugues Mota, C. y Hargain, D., *Derecho del comercio internacional. MERCOSUR — Unión Europea*, Montevideo/Madrid, B de F/Reus, 2005, pp. 345 y ss.; ESPLUGUES

nacional aplicable en los supuestos de compraventa internacional de mercaderías, siendo aplicable en los dos supuestos que entran dentro de su ámbito de aplicación contemplado en su artículo 1<sup>29</sup>. En primer lugar, se habla de su aplicación inmediata o directa, para todos aquellos contratos de compraventa concluidos por personas que tengan su establecimiento en Estados diferentes, siempre que los mismos sean Estados parte del Convenio (art. 1.1.a). En consecuencia, la nacionalidad de las partes carece de relevancia alguna a la hora de aplicar el texto convencional (art. 1.3). En segundo lugar, podemos hablar de su aplicación mediata o indirecta, en tanto en cuanto, se aplica para aquellos supuestos en que los respectivos establecimientos no estén situados en Estados parte del Convenio, ya que el art. 1.1.b) admite la aplicación del mismo en cuantas ocasiones las normas sobre Derecho aplicable del país del tribunal que esté conociendo del litigio —en el caso de España, y con carácter general, recordemos, el Reglamento Roma I— remitan a la ley de un Estado que sí es parte en el Convenio de Viena. Obviamente, por tanto, ante un supuesto de compraventa internacional de mercaderías en donde no fuese aplicable el Convenio de Viena de 1980, el sistema conflictual previsto en el RRI nos conduciría al Ordenamiento jurídico nacional aplicable y dentro del mismo a las normas jurídicas materiales internas aplicables en dicha materia.

Hay que señalar, sin embargo, que el reconocimiento otorgado por este texto a la autonomía de la voluntad de las partes en el comercio internacional es tan amplio, que en su artículo 6 se les reconoce a éstas capacidad para excluir la aplicación del Convenio, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. En consecuencia y, al contrario, que en el supuesto de la NCCE, se prevé la posibilidad de que las partes si quieren optar por la normativa material nacional aplicable de acuerdo con la *lex contractus* deben de excluir la aplicación del Convenio de Viena (“optingout”). Por lo tanto, la Convención de Viena es Derecho dispositivo, en el sentido de que no se puede imponer a las partes si éstas no desean su aplicación al contrato que les vincula<sup>30</sup>.

Dada la existencia ya como normativa aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías entre empresas en los distintos Ordenamientos jurídicos de

---

MOTA, C., “La compraventa y otras operaciones de intercambio”, en S. BaronaVilar, C. Esplugues Mota y J. Hernández Martí, *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª. ed., 1999, pp. 266 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 3ª ed., 2011, pp. 351 y ss.; HONNOLD, J.O., *Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Madrid, Edersa, 1987; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., “La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *RDM*, 1997, n. 225, pp. 1207 y ss.; PERALES VISCASILLAS, Mª.P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

<sup>29</sup> Vid. BERNASCONI, C.; “The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *NILR*, Vol.49, 1999, pp.137-170; CALVO CARAVACA, A.; “Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp.1329-1348; ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.; *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp.91-93.

<sup>30</sup> C.ESPLUGUES MOTA; “Compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en *Derecho del comercio...*, op.cit., pp.186-187.



la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea de la Convención de Viena de 1980 y la, algunas veces, difícil comprensión por parte de los tribunales estatales sobre la relación de este texto convencional con el sistema conflictual previsto en el RRI<sup>31</sup>, ciertas observaciones merecen ser destacadas cuando se propugna por parte de la Comisión europea un tercer sistema normativo en este ámbito. Así, una primera observación que nos planteamos es si realmente en estos casos, la introducción de la NCCE también facilita los costes de transacción en relación con la normativa aplicable o bien puede aumentarlos debido a la complejidad de la regulación ya existente<sup>32</sup>. Y por otra parte, aún llegando a una favorable conclusión sobre la existencia de un tercer régimen aplicable en este ámbito<sup>33</sup>, se nos plantea la cuestión de cómo haríamos jugar los dos textos, en el caso de elección por las partes de la NCCE y donde también fuese aplicable el texto del Convenio de Viena. En este último supuesto, la Comisión Europea propone como solución en el considerando nº.25 de la Propuesta de Reglamento, que la elección de la normativa común de compraventa europea debe requerir un acuerdo de las partes contratantes para excluir la aplicación de dicha Convención. En consecuencia, se opta por la utilización de la exclusión prevista en el artículo 6 del Convenio de Viena de 1980, aunque en tal caso, las condiciones de exclusión no se prevean en el propio texto convencional, sino lo que parece ampliamente discutible, por otro instrumento jurídico de muy distinto origen como es en este caso, un Reglamento de la Unión Europea.

31. Si nos enfrentamos ahora a los contratos de consumo y las implicaciones derivadas de que la NCCE sólo sea aplicable en aquellos casos en donde el Derecho aplicable al contrato sea la ley de un Estado miembro, también surgen dificultades en relación con el texto de la Propuesta de Reglamento. Hay que partir de la idea de que en el RRI se

---

<sup>31</sup> E. CASTELLANOS RUIZ; “Compraventa internacional” en *Curso de contratación internacional...*, op.cit., pp.203-206. Hay que tener en cuenta que existen tres posibilidades donde aún tiene importancia el método conflictual a pesar de, en principio, la aplicación a un contrato del régimen sustantivo previsto en el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: 1) El Convenio de Viena de 1980 no tiene un ámbito de aplicación general, esto es, no cubre todos los aspectos contractuales derivados de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Dicho de otra forma, regula ciertos aspectos del régimen jurídico del contrato, pero no se pronuncia sobre otros, que quedan excluidos –artículo 4 y 5-, en particular, por ejemplo, respecto de la validez del contrato o la cuestión de los intereses; 2) Tal y como acabamos de señalar, el Convenio de Viena puede aplicarse de forma mediata, con lo que se hace preciso tener en consideración el método conflictual para determinar la aplicación de este texto convencional y; 3) por último, tal y como hemos señalado, el Convenio de Viena es dispositivo, con lo que si las partes así lo estiman no es aplicable, y por tanto habría que determinar el Ordenamiento jurídico nacional aplicable de acuerdo con el método conflictual del RRI.

<sup>32</sup>Sobre esta cuestión, en profundidad, Vid. N. KORNET; “The Common European Sales Law and the CISG– Complicating or Simplifying the Legal Environment?”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2012/4*, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2012310](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012310).

<sup>33</sup> En este sentido, O.LANDO, “Comments and Questions...”, art.cit., pp.721-722, aunque reconoce que en ciertos aspectos la NCCE mejora la normativa sustancial prevista en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, dichas mejoras no parecen suficientes para justificar que los Estados miembros que son Estados contratantes de la Convención de Viena de 1980 se conviertan en “desertores” de la misma y que la NCCE se convierta en la regulación preferida en la Unión Europea para regular los contratos internacionales de compraventa entre empresas. Sin embargo, una idea que compartimos, es que lo anterior no debería impedir que si las mejoras se consideran convenientes y útiles, las mismas pudieran considerarse en una futura revisión del texto convencional, pues no olvidemos, que han transcurrido ya más de treinta años desde su adopción en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional –CNUDMI-.

establece un régimen distinto en cuanto al Derecho aplicable al contrato de consumo si estamos en presencia de un consumidor activo y ante un consumidor pasivo. Si en relación con los primeros, la solución ha sido la de someter dichos contratos al régimen general del RRI –artículos 3 y 4-, en relación con los segundos el artículo 6 del RRI contempla un régimen específico sobre el Derecho aplicable<sup>34</sup>.

En efecto, en tales supuestos, y buscando la protección de la parte más débil en este ámbito, en el artículo 6.2 se permite la autonomía de la voluntad de las partes pero con una importante limitación: dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual. Es lo que se conoce como el principio de mayor favorabilidad. En otras palabras, la ley de la residencia del consumidor fija los estándares imperativos mínimos de protección: identifica las disposiciones que por tener ese carácter no pueden ser desplazadas en perjuicio del consumidor. De este modo, la ley elegida por las partes sólo va a desplegar sus efectos en lo que sea más favorable para el consumidor con relación al estándar de protección que suministra la ley de la residencia habitual del mismo. En aquellos casos en donde no ha existido autonomía de la voluntad, el Derecho aplicable al contrato de acuerdo con el artículo 6.1 del RRI, será la ley del país en donde el consumidor tenga su residencia habitual. Las anteriores disposiciones hay que ponerlas en relación tanto con lo contemplado en el artículo 11 de la Propuesta de Reglamento relativa a la NCCE que se refiere a las consecuencias de la utilización de la normativa común de compraventa europea en donde se señala que “cuando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa común de compraventa europea para regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas se regirán exclusivamente por dicha normativa”, como la premisa de la que parte la Comisión Europea en relación con el contenido de la NCCE por la que esta normativa contiene un conjunto completo de normas imperativas de protección de los consumidores plenamente armonizadas, o dicho de otro modo, representan el nivel de protección más alto para los consumidores en el territorio de la Unión Europea.

32. En consecuencia, en primer lugar, dado que como ya sabemos para que sea aplicable el NCCE se precisa que la *lex contractus* sea la de un Estado miembro, en aquellos supuestos de contratos de consumo donde esto ocurra y en donde el consumidor tenga su residencia habitual en un Estado miembro, si las partes se someten a la NCCE de forma expresa, el artículo 6.2 del RRI deja de ser operativo en la práctica. Ello tiene una

---

<sup>34</sup>Vid. FRANZINA, P.; “Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del mercato interno”, *RDI*, 2009, pp.122-129; G. RÜHL; “Consumer Protection in Choice of Law”, *Cornell International Law Journal*, Vol.44, 2011, pp.570-600; HEALY, J.J.; “Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.19, 2009, pp.535-558; LOPEZ TARRUELLA; A.; “Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo artículo 6 reglamento Roma I”, *AEDIPr.*, T. VIII, 2008, pp.511- 530; MANKOWSKI, P.; “Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation”, en *Le nouveau Règlement européen “Rome I” relatif a la loi applicable aux obligations contractuelles*, E.C.Ritaine y F.Bonomi (eds.), Zurich, Schultess, pp.121-161; REQUEJO ISIDRO, M.; “Contratos de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?”, *AEDIPr.*, T. VIII, 2008, pp.493-510; CASTELLANOS RUIZ, E.; *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010, pp. 33-48; CARRASCOSA GONZALEZ, J.; *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp.268-281.

explicación lógica, si aceptamos la idea de que la NCCE siempre se considera que tiene el más alto nivel de protección para los consumidores que aquel que pueda estar contemplado ya en cualquiera de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Así, lo viene a decir de forma expresa el considerando nº.12 de la Propuesta de Reglamento relativa a la NCCE al señalar que “habida cuenta de que la normativa común de compraventa europea contiene un conjunto completo de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por consiguiente, el artículo 6, apartado 2, del Reglamento (CE) nº. 593/2008, que se basa en la existencia de diferentes niveles de protección de los consumidores en los Estados miembros, no reviste relevancia práctica en relación con las cuestiones reguladas por la normativa común de compraventa europea”.

33. En este sentido, hemos de recordar que una de las razones fundamentales para la elaboración de un régimen opcional ha sido precisamente el facilitar que los empresarios de la Unión Europea cuando realizan contratos transfronterizos, puedan someter todos a la misma regulación, tratando de disminuirse los costes de transacción en relación con el Derecho aplicable. Precisamente, el optar por la consideración de la NCCE como el “régimen 28” o como un “segundo régimen nacional” tiene una especial incidencia sobre esta cuestión en el supuesto de los contratos transfronterizos de consumo.

En efecto, si se hubiese optado por considerar a la NCCE como el “régimen 28”, esto es como posible elección de ley en el sentido del RRI, el actual artículo 6.2 del RRI, conduciría a que en aquellos supuestos en donde las normas nacionales concediesen un nivel de protección más alto que la propia NCCE, aquellas serían aplicables. Por lo tanto, el objetivo principal de la elaboración de un instrumento opcional como es facilitar el comercio transfronterizo a las empresas en la medida en que no deben investigar la normativa de todas las legislaciones nacionales sobre consumo de los distintos Estados de la Unión Europea no se lograría de ninguna manera.

Por el contrario, si consideramos que la NCCE es “un segundo régimen nacional”, el optar por esta normativa no sería más que elegir entre dos diferentes normativas materiales dentro de un mismo Ordenamiento jurídico nacional, por lo que lógicamente, el nivel de protección concedido al consumidor en su propio país nunca podría considerarse más elevado, ya que dicha legislación nacional permite la elección de la NCCE, la cual además es idéntica en todos los Estados miembros.

34. Sin embargo, hemos de señalar que las consecuencias tan taxativas señaladas por la Comisión Europea en relación con la operatividad práctica del artículo 6.2 del RRI no pueden considerarse en todos los casos de contratos transfronterizos de consumo en donde la Propuesta de Reglamento quiere que pueda ser aplicable la NCCE. En efecto, se olvida de aquellos supuestos en donde el empresario tiene su establecimiento en un Estado miembro y el consumidor tiene su residencia habitual en un tercer Estado –artículo 4-. En tal caso, y a pesar de que se pudiera elegir como ley aplicable al contrato la ley de un Estado miembro y se hubiese sometido el contrato a la NCCE, la operatividad del 6.2 del

RRI sigue plenamente vigente en la práctica. Y ello porque nada impide teóricamente que las disposiciones imperativas del lugar de residencia del consumidor puedan otorgar un nivel más elevado de protección que el contemplado en la propia NCCE.

35. Una última cuestión en relación con la elección por las partes de la NCCE y los contratos de consumo transfronterizos plantea problemas de interpretación en su consideración como un segundo régimen nacional dentro de los Ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. Nos estamos refiriendo a la posibilidad alentada por la propia Comisión Europea y que acabamos de mencionar, de utilizar la NCCE en aquellos supuestos en donde el contrato de consumo vincula a un empresario con establecimiento situado en un Estado miembro y un consumidor con residencia habitual en un tercer Estado.

Si bien como hemos señalado, tal situación puede solucionarse mediante una interpretación acorde con el artículo 6.2 del RRI en el caso de elección en el contrato como *lex contractus* de una ley de un Estado miembro de la Unión Europea –incluyendo como contenido de ésta a la NCCE– con el límite del nivel de protección imperativo contenido en la ley de residencia habitual del consumidor, la situación no queda resuelta para el hipotético caso en donde no hubiese elección de ley en el contrato y el empresario y el consumidor pactasen el sometimiento a la NCCE de su contrato –cuestión distinta y que ya hemos planteado en relación con los contratos entre empresas es si tal situación sería aconsejable en la práctica–. En tal caso y siempre tomando en consideración que la Propuesta de Reglamento relativa a la NCCE no ha querido establecer norma especial alguna sobre el Derecho aplicable, el artículo 6.1 del RRI declara aplicable a dicho contrato la ley de la residencia habitual del consumidor, esto es, la ley de un tercer Estado. Ello implica a primera vista que, por lo tanto, dado que no es aplicable la ley de un Estado miembro, la elección realizada por las partes de someterse a la NCCE, paradójicamente, no tendría ninguna consecuencia práctica y, el contrato, quedaría regulado finalmente por las normas materiales del Ordenamiento nacional del Estado de residencia habitual del consumidor. La Comisión Europea no parece ser consciente de esta situación y, únicamente se contempla en el considerando nº.14 una regla de difícil interpretación, ya que se señala que “en caso de que intervengan consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, que supondría la elección de una ley extranjera para ellos, debe estar sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables”. ¿Qué significa esto? ¿Se indica que el sometimiento a la NCCE es una elección tácita de ley aplicable a favor de la ley de un Estado miembro? ¿Y si es así de cuál? No me parece que dar una respuesta afirmativa a ello sea una respuesta acertada una vez que la Comisión Europea ha optado decididamente por considerar a la NCCE, tal y como venimos repitiendo, como un segundo régimen dentro de los Ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros.

Es preciso, en consecuencia, dar una respuesta clara a esta cuestión en el texto del Reglamento relativo a la NCCE. Una respuesta que en mi opinión ha de buscarse, si se quiere mantener la absoluta inmutabilidad de las normas sobre Derecho aplicable previstas en el RRI, en el alcance a conceder a la autonomía material de las partes en el contrato. Sería preciso señalar expresamente que en los supuestos de contratos de

consumo transfronterizos en donde sea aplicable la ley de la residencia habitual del consumidor y ésta sea la de un tercer Estado, la elección por las partes de la NCCE habrá de considerarse como una incorporación por referencia de dicha normativa material dentro de la *lexcontractus*, con la condición de que si el nivel de protección imperativo de esta última a favor de los consumidores es superior al previsto en la propia NCCE, serán aplicables dichas disposiciones imperativas del Derecho aplicable al contrato.

36. No es extraño que vistos los problemas que se plantean de la consideración de la NCCE como un segundo régimen nacional, ya existan propuestas que abogan porque la Comisión europea abandone esta idea y por el contrario, considere a la NCCE como un régimen jurídico uniforme aplicable de acuerdo a su propio ámbito de aplicación y siempre que las partes así lo hubiesen acordado<sup>35</sup>. Esto es, como “un primer régimen” y con prevalencia sobre las normas de Derecho aplicable. Algo muy similar a como ya funciona, por otra parte, en los distintos sistemas nacionales de Derecho internacional privado, el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Dicha consideración otorgaría mayor seguridad jurídica y transparencia al régimen propuesto pues sólo requeriría que las partes acuerden la aplicación de la NCCE y que dicha elección pueda considerarse válida conforme a las propias normas contempladas en dicha normativa.

## **VI. VALORACIÓN FINAL**

37. La actuación de la Comisión Europea en este ámbito tras la publicación de la Propuesta de Reglamento comentada ha cambiado en profundidad los parámetros en los que hasta se movía esa construcción, a veces tachada como puramente doctrinal, denominada “Derecho europeo de los contratos”. La elaboración y puesta a disposición de los usuarios de un instrumento opcional como un segundo régimen nacional dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros es una idea innovadora que pretende dotar de una mayor seguridad jurídica a las transacciones transfronterizas y eliminar los costes de transacción que supone la existencia de normas nacionales diferentes en materia de obligaciones contractuales y, en especial, en materia de contratos de consumo. Ello puede permitir incrementar el comercio transfronterizo con el beneficio consiguiente no sólo de las empresas sino también de los consumidores de la Unión Europea. Pero como toda Propuesta, es necesario pulir algunas cuestiones que han quedado poco claras en la misma, requiriendo una nueva reflexión. En concreto, y por lo que aquí nos interesa, es preciso profundizar, aclarar y sistematizar de una manera más coherente las relaciones entre el ámbito de aplicación territorial del nuevo instrumento, su caracterización o no como un “segundo régimen nacional” y las normas sobre el Derecho aplicable a los contratos dentro de la Unión Europea.

---

<sup>35</sup> Vid., en esteesentido, 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*, pp.12-13, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2025879](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025879); M.FORNASIER; “28. versus 2. regime...”, art.cit.