

## ¿Quién es consumidor?\*

MARTIN EBERS\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Consumidor es, según la definición más o menos idéntica que proporcionan numerosas normas comunitarias, la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional<sup>1</sup>. Tales normas no son únicamente de las

---

\* El artículo es un comentario de la decisión del Tribunal Supremo Federal (en adelante, BGH) de 22 de diciembre de 2004, Referencia VIII ZR 91/04, publicada en (2005) *Neue Juristische Wochenschrift* 1045-1047, así como de la del TJCE de 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, Johann Gruber, publicada en (2005) NJW 653-656. El texto que ahora se da a la imprenta española ha sido editado antes en alemán en AJANI, Gianmaria – EBERS, Martin (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, 115-126. Agradezco a la Prof. Dra. Esther Arroyo la traducción.

\*\* Doctor en Derecho y «*wissenschaftlicher Assistent*» en el *Institut für Internationales Wirtschaftsrecht* en la *Westfälische Wilhelms-Universität* de Münster. El autor es, además, titular de una beca de investigación a cargo del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión europea (Contract núm. HPRN-CT-2002-00229). Son miembros del Proyecto las Universidades de Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford, Turín y Varsovia.

<sup>1</sup> Art. 2, guión 1 Dir. 85/577/CEE, sobre ventas fuera de establecimientos comerciales («para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional»); art. 1.2, letra *a* Dir. 87/102/CEE, sobre crédito al consumo («con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión»); art. 2 letra *b* Dir. 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas («con un propósito ajeno a su actividad profesional»); art. 2.2 Dir. 97/7/CE, sobre negocios celebrados a distancia («con un propósito ajeno a su actividad profesional»); art. 1.2 letra *a* Dir. 99/44/CE, sobre garantías en las ventas de consumo («con fines que no entran en el marco de su actividad profesional»); art. 2 letra *d* Dir. 2002/65/CE, sobre servicios financieros a distancia («con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional»). *Vid.* todavía art. 2 letra *e* Dir. 2000/35, sobre comercio electrónico (con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión). Diferente en la Dir. 90/314/CEE, sobre viajes combinados, que protege como «consumidor» al «contratante principal», a los «demás beneficiarios» o al «cesionario» (*vid.* art. 2, núm. 4). Debe hacerse notar, además, que, por el contrario, en el ámbito de los servicios financieros a distancia, domina la idea de protección a los «inversores». Sobre el tema, VOGEL, Christian, «“Anleger” und “Verbraucher”: Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Anlegerbegriffs», en AJANI, Gianmaria – EBERS, Martin (eds.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, pp. 127-143.

Directivas comunitarias que tienen por objeto la protección del consumidor, sino también las relativas al ámbito del Derecho procesal civil europeo (art. 13 Convenio Bruselas I; ahora art. 15 Reglamento Bruselas I)<sup>2</sup> y el Derecho europeo que regula las normas de conflicto (art. 5 Convenio Roma)<sup>3</sup>.

El Derecho alemán parte, en principio, de esos mismos planteamientos. Así, según el § 13 BGB, consumidor es toda persona natural que celebra un negocio con fines ajenos a su actividad profesional empresarial o autónoma<sup>4</sup>. Ahora bien ¿cómo se puede evaluar cuándo una persona actúa con fines personales o profesional-empresariales? ¿Debe ello simplemente depender de que el negocio, objetivamente considerado, se haya llevado a cabo con una finalidad estrictamente privada? ¿O quizás (también) debe tenerse en cuenta la representación que a este propósito se haga el empresario? ¿Puede un comprador solicitar el amparo de las normas que protegen al consumidor si, faltando a la verdad, se ha comportado frente al vendedor como si fuera un empresario? – El Tribunal Supremo Federal alemán (en adelante BGH) ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones por primera vez en el año 2004. A ello debe añadirse que se cuenta con una sentencia reciente del TJCE que se ocupa con todo detalle de la delimitación del concepto de consumidor en el Convenio Bruselas I.

## II. LA SENTENCIA DEL BGH DE 22 DE DICIEMBRE DE 2004

### 1. Hechos

En octubre de 2002, el demandante adquirió del demandado –un concesionario de coches–, un automóvil usado de la marca *Fiat Barchetta* por el precio de 6.500 €. Aquél pretendía utilizar el vehículo sólo con fines personales, privados. Pero como sabía que el concesionario sólo quería vender a un empresario, excluyendo toda garantía, no vaciló en declarar que la compra era una compraventa mercantil, o sea, entre comerciantes, y firmó una cláusula, escrita a mano y especialmente acordada por ambos contratantes, del siguiente tenor:

«[S]in garantía. Compraventa mercantil. Año de fabricación, 1995. Primera Matriculación 03.00 en Alemania».

<sup>2</sup> Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada), *DO C 27*, 26 de enero de 1998, 1 ss. Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (*DO L 12*, 16 de enero de 2001, 1-23).

<sup>3</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) (Rom I): «para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional». El Convenio se puede consultar en internet en la siguiente dirección: [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_conv\\_orig\\_es.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_es.htm).

<sup>4</sup> Así también la definición contenida, en el marco de las normas conflictuales del Derecho alemán, en el art. 29 de la Ley de introducción al Código civil alemán (EGBGB): «zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten [Verbrauchers] zugerechnet werden kann» [«para un uso que puede ser considerado como ajeno a la actividad comercial o profesional del adquirente (consumidor)»]. Traducción que corresponde a Carlos Nieto en LAMARCA MARQUÈS, Albert (coord.), *Traducción del BGB* (en prensa).

El demandante solicita ahora la resolución del contrato, alegando que el automóvil presenta defectos técnicos y que, a diferencia de lo declarado en el contrato, el coche ya había sido utilizado en Italia antes de ser matriculado en Alemania. La demanda es rechazada en todas las instancias.

## 2. Fundamentos jurídicos

En el caso que se analiza es decisivo saber si el acuerdo de exclusión de la garantía era válido. Para ello, lo primero que el Derecho alemán considera imprescindible es determinar si debe entenderse o no concluido un contrato de compraventa de bienes de consumo, tal y como lo define el § 474 BGB, es decir, un contrato de compraventa de un bien mueble, celebrado entre un consumidor (§ 13 BGB) y un empresario (§ 14 BGB). Si es así, entonces el pacto de exclusión de la garantía es inválido (art. 7.1,I Dir. 99/44; § 475.1 BGB). En los otros contratos de compraventa, por el contrario, un acuerdo con ese mismo contenido excluyente de la garantía sería válido y plenamente eficaz<sup>5</sup>. Por eso, en la práctica, muchos empresarios prefieren no contratar con consumidores, sino sólo con clientes que sean profesionales<sup>6</sup>.

La sentencia del BGH estimó válido el acuerdo de exclusión de la garantía. Según el BGH, el demandante no habría querido adquirir el automóvil para el ejercicio de su actividad empresarial, sino con fines personales, es decir, en tanto que «consumidor» (§ 13 BGB). Ahora bien, no podría aplicarse la normativa que protege al consumidor (§§ 474 ss. BGB) porque, faltando a la verdad, el comprador aparenta y se considera a sí mismo como empresario, con el deseo de simular una finalidad mercantil en la compra. El BGH basa su razonamiento en el principio de prohibición de contravención de los actos propios (*venire contra factum proprium*), que sería concreción de ese otro principio que preconiza la necesidad de actuar de buena fe (§ 242 BGB, *Treu und Glauben*). La solución que proporciona el Tribunal se deduciría igualmente de los precedentes legislativos del § 13 BGB.

Según el BGH, el resultado no sería diferente si se siguiera el principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el comunitario. En opinión del tribunal federal, ciertamente, el art. 1.2, letra a, de la Dir. 99/44, sobre garantía en la venta de los bienes de consumo, no establece expresamente qué parámetros son decisivos para determinar las características de un contrato de consumo, esto es, el que se celebra con fines distintos a los profesional-empresariales. Con todo, y desde luego, siempre según el BGH, no existe duda razonable alguna de que la Directiva no estaría amparando el recurso a las disposiciones protectoras del consumidor a aquél que engaña a su contratante sobre la cualidad con la que contrata, precisamente con la finalidad de poder acabar celebrando un contrato «entre comerciantes» que, de

---

<sup>5</sup> Según el § 444 BGB, la exclusión de la garantía es ineficaz «en la medida en que el vendedor haya ocultado maliciosamente el defecto, o bien haya garantizado el estado de la cosa». Según manifiestan los Tribunales de Apelación, no podría comprobarse la presencia de un comportamiento doloso en el vendedor. *Vid.* OLG Koblenz, sentencia de 4 de marzo de 2004, referencia 7 U 873/03, OLG Report Frankfurt Koblenz Zweibrücken Saarbrücken (OLGR-West) 2005, 193-195. Sobre la cuestión de cuándo y bajo qué circunstancias es posible excluir la responsabilidad en el nuevo derecho de la compraventa, *vid.* en general SCHULZE, Reiner – EBERS, Martin, «Streitfragen im neuen Schuldrecht, Teil 3» (2004) *Juristische Schulung* (JuS) 462-468, 466 ss.

<sup>6</sup> MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtgüterhandel» (2003) *NJW* 1975, 1979.

otro modo, no podría. El razonamiento se basa en que el Derecho comunitario también reconoce el principio de buena fe<sup>7</sup>; además, la misma solución se desprende de los trabajos legislativos. Para el BGH, el concepto de consumidor del que se sirve la Dir. 99/44, sobre garantías de las ventas de bienes de consumo, se encuentra también en otras tantas directivas comunitarias, en el Convenio Bruselas I (art. 13.1) y en el Convenio Roma I (art. 5). Y, según su argumentación, son, precisamente, los trabajos preparatorios de ambas normas y, especialmente, el Informe Giuliano-Lagarde sobre el Convenio de Roma I<sup>8</sup>, los que ayudan no sólo a mejor comprender el concepto de consumidor en el Derecho alemán, sino también –y esto es lo que ahora interesa– a dar con la interpretación más adecuada del concepto autónomo de consumidor previsto por las directivas, incluida la 99/44. Pues bien, del informe Giuliano-Lagarde resulta que no sería consumidor quien se hiciera pasar por profesional frente a otro contratante de buena fe<sup>9</sup>.

### III. COMENTARIO CRÍTICO

#### 1. Interpretación del Derecho nacional de conformidad con la Directiva 99/44, sobre garantía de los bienes de consumo

La decisión del BGH es sumamente instructiva y reveladora tanto desde el punto de vista del contenido como metodológico. Debe hacerse notar que el Tribunal da prioridad al principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario. Naturalmente, este es un principio que tiene aplicación en la interpretación del concepto de consumidor que proporciona el Derecho alemán, puesto que el § 13 BGB, que da una definición unitaria del mismo<sup>10</sup> y que es el precepto al que deben reconducirse todos los preceptos del Derecho alemán que tienen que ver con su protección<sup>11</sup>, es el resultado de la transposición de un buen número de Directivas. Siendo ello así, es obvio que la norma debe ser interpretada por los tribunales alemanes de conformidad con el derecho comunitario.

#### 2. Interpretación conforme con otras directivas, recurso a los principios generales del *acquis communautaire*

Por el contrario, no está clara la evidencia del método que supone la toma en consideración –por lo que parece, por primera vez– de los principios generales del Derecho comunitario. Por un lado, el BGH recurre al principio comunitario de buena fe y a la jurisprudencia del TJCE relacionada con éste.

<sup>7</sup> El BGH remite expresamente en su sentencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en lo que concierne a los pactos sobre competencia de jurisdicción, STJCE 14 de diciembre de 1976, Asunto 25/76, *Galeries Segoura*, Rec. 1976, 609, núm. 11 y TJCE 19 de junio de 1984, Asunto 71/83, *Russ*, Rec. 1984, 577, núm. 18.

<sup>8</sup> Informe GUILIANO/LAGARDE, puede consultarse en Internet en la dirección siguiente: [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_es.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_es.htm).

<sup>9</sup> BGH (2005) *NJW* 1045, 1046, refiriéndose al Informe Giuliano/Lagarde.

<sup>10</sup> Así, MICKLITZ, Hans-W., en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, München, 2001<sup>4</sup>, § 13 Rn. 1.

<sup>11</sup> Perspectiva tabular en EBERS, Martin, *report de legislación y bibliografía alemanas*, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coord.), «Crónica de Derecho privado europeo» 1 (2005) *ADC* 219 ss.

Por otro, el mismo tribunal declara que el ámbito de aplicación personal de la Dir. 99/44 no debe deducirse de sus previsiones normativas únicamente sino poniendo en relación la norma con otras directivas comunitarias que también definen lo que deba entenderse por consumidor <sup>12</sup>.

En general, esta argumentación es compatible con la jurisprudencia consolidada del TJCE de la que se desprende que los conceptos del Derecho comunitario deben ser interpretados autónomamente. Según el propio TJCE, aquél «utilise une terminologie qui lui est propre» <sup>13</sup>; en el Derecho comunitario, los conceptos pueden tener un contenido distinto del que es propio de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Por eso, cada disposición del Derecho comunitario –de nuevo en palabras del TJCE– «doit être replacée dans son contexte et interprétée a la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution a la date a laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite» <sup>14</sup>.

Ahora bien, a pesar de todo lo dicho, es difícil obtener un concepto unitario de «consumidor» en el Derecho comunitario. Las definiciones que éste proporciona discrepan considerablemente unas de otras <sup>15</sup> y, de acuerdo con esta idea, en la doctrina hay quien considera que el concepto de consumidor no puede entenderse de manera absoluta, sino en función de la finalidad que en cada caso tenga la norma comunitaria de que se trate y el tipo de integración que se persiga (sobre lo cual, *vid. infra* IV.2) <sup>16</sup>. Por tanto, el BGH debería haber explicado si en este caso era posible y por qué una interpretación conforme con el Derecho comunitario.

De dudoso acierto aparece también la referencia al Informe Giuliano-Lagarde. No porque no sea posible la interpretación histórica de la norma de acuerdo con los materiales prelegislativos, sino porque no parece que todos ellos deban tomarse en consideración indiscriminadamente. Los únicos que de veras importan son los que luego se revelan determinantes para que el legislador se forme una opinión <sup>17</sup>. Y este no es el caso del Informe Giuliano-Lagarde puesto que el mismo es, simplemente, un dictamen de carácter privado.

<sup>12</sup> BGH (2005) NJW 1045, 1046.

<sup>13</sup> TJCE 6.10.1982, Asunto C-283/81, C.I.L.F.I.T., Rec. 1982, 3415, núm 19.

<sup>14</sup> TJCE 6.10.1982, Asunto C-283/81, núm 20. *Vid. además*, TJCE, 4 de diciembre de 1997, Asunto C-97/96, Daihatsu, Rec. 1997, I-6843, núm 18-21; TJCE 15 de junio de 1978, Asunto 149/77, Defrenne III, Rec. 1978, 1375 núm 15; TJCE 4 de abril de 1974, Asunto 167/73, Comisión/Francia, Rec. 1974, 359 núm. 17, 23-29, 33; TJCE 31 de marzo de 1971, núm. 22/70, Comisión/Consejo, Rec. 1971, 263, núm. 15, 19; TJCE 22 de abril de 1999, Asunto C-423/97, Travel Vac, Rec. 1999, I-2216, núm. 22 ss.

<sup>15</sup> *Vid.* la prueba de tal aserto en nota 1, así como FABER, Wolfgang, «Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht» (1998) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 854-892. A veces pueden encontrarse en la doctrina opiniones que consideran que el Derecho comunitario no conoce en absoluto un concepto único o unitario de consumidor; así, especialmente, REICH, Norbert, en: REICH, Norbert – Micklitz, Hans W., *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden Nomos Verlag, 2003<sup>4</sup>, 1.38, y KIENINGER, Eva-María; LEIBLE, Stefan, «Plädoyer für einen «Europäischen wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht»» (1999) *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 37, 38.

<sup>16</sup> REICH, *ibid.*

<sup>17</sup> GRUNDMANN, Stefan - RIESENHUBER, Karl, «Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts» (2001) *JuS* 529-536, 530. En relación con los otros métodos, la interpretación histórica tiene un papel secundario, como consecuencia del carácter dinámico del Derecho comunitario, que sirve específicamente a la finalidad de progresiva integración, *vid.* OPPERMANN, Thomas, *Europarecht. Ein Studienbuch*, München, C.H. Beck Verlag, 1999<sup>2</sup>, Rn. 687.

### 3. Deber del BGH de plantear una cuestión prejudicial

En su sentencia, el BGH no hace ni una sola alusión a la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE. Según el art. 234.3 TCE ésta es obligatoria cuando quien decide es un tribunal de última instancia frente al cual no cabe recurso alguno, cuando a éste se le plantean dudas acerca de cómo debería interpretarse el Derecho comunitario. Las únicas excepciones que se admiten a este principio se dan cuando el tribunal ya se ha pronunciado anteriormente sobre la misma cuestión en otro proceso<sup>18</sup>, cuando sobre la cuestión controvertida exista ya jurisprudencia consolidada del TJCE<sup>19</sup>, o bien cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario sea tan evidente que no deje lugar a dudas sobre la respuesta que debería darse a la pregunta formulada (doctrina del «*acte claire*»)<sup>20</sup>.

Ninguna de estas excepciones concurría en el supuesto que ahora se trata. En el mejor de los casos, quizás podría haberse justificado la omisión en base a la idea de que el principio de buena fe es inequívoco. Con todo, el simple dato de que éste aparezca en diversas directivas<sup>21</sup> y de que haya sido tenido en cuenta en diferentes decisiones del TJCE<sup>22</sup> no es desde luego por sí sólo argumento suficiente para considerar prescindible la cuestión prejudicial. Todo lo contrario, sigue siendo poco clara cuál sea la concreta aplicación del principio en el Derecho comunitario<sup>23</sup>. Más bien cabe concluir que existía el deber de plantear la cuestión prejudicial, porque era al TJCE y no a un tribunal nacional a quien correspondía pronunciarse sobre la cuestión que se discutía, esto es, sobre si recibían aplicación o no los preceptos imperativos de la Directiva relativa a la garantía en la venta de bienes de consumo.

### 4. Rasgos tipificadores de la cualidad de consumidor. Criterios para su determinación

La doctrina alemana viene discutiendo desde hace tiempo acerca de si para tipificar un negocio como de «consumo», es decir, celebrado sin propó-

<sup>18</sup> TJCE, C.I.L.F.I.T., núm. 13.

<sup>19</sup> TJCE, C.I.L.F.I.T., núm. 14.

<sup>20</sup> TJCE, C.I.L.F.I.T., núm. 16.

<sup>21</sup> Vid. especialmente el art. 3 Dir. 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas; art. 3.1 y 4.1 de la Dir. 86/653/CE, sobre agentes comerciales; art. 4.2 Dir. 97/7/CE, sobre ventas a distancia; art. 3.2 Dir. 2002/65/CE, sobre servicios financieros a distancia; art. 2(h) Dir. 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales. En general, sobre el papel de la buena fe en el Derecho comunitario, vid. RIESENHUBER, Karl, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, ed. Gruyter, 2003, 398-414; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, «Buena Fe», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex (ed.), 2003, 481-500. Desde un punto de vista de Derecho comparado, vid. HESSELINK, Martijn, «Good faith» en HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS *et alii* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Aspen Publishers 2004<sup>3</sup>, 471-498; ZIMMERMANN, Reinhard – Whittaker, Simon (coords.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

<sup>22</sup> Además de las sentencias mencionadas por el Tribunal Supremo Federal alemán, el principio *venire contra factum proprium* es aplicado en estas otras: TJCE 22 de marzo de 1990, Asunto C-347/87, Rec. 1990, I-1083, Triveneta Zuccheri, núm. 14 s.; TJCE 20 de marzo de 1997, Asunto C-24/95, Rec. 1997, I-1591, Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH, núm. 40-42.

<sup>23</sup> Es más, según HEIDERHOFF, Bettina, *Gemeinschaftsprivatrecht*, München, Sellier European Law Publishers, 2005, 123 ss., no existe en el Derecho comunitario actual una medida o modelo autónomos a partir del cual pueda definirse la buena fe.

sito empresarial, debe recurrirse a criterios puramente objetivos o si (también) valen otros subjetivos<sup>24</sup>. En lo que sí existe unanimidad es en la consideración de que los rasgos tipificadores de la cualidad de consumidor no son en absoluto disponibles; es decir, los contratantes no pueden excluir las disposiciones imperativas y protectoras que en la regulación de la venta de bienes de consumo protegen al consumidor, de tal manera que, a voluntad, puedan pactar la posibilidad de celebrar un negocio «entre comerciantes»<sup>25</sup>. Por eso, no son válidas las cláusulas predisuestas en las que el consumidor declara que actúa como empresario.

Otra opinión merecen, por el contrario, aquellos casos en los que el empresario ni sabía ni podía haber sabido que su cocontratante perseguía un propósito ajeno a su actividad profesional. Según algunas opiniones, siempre debe tomarse en consideración la percepción subjetiva del empresario; eso quiere decir que únicamente existirá un contrato de consumo cuando el empresario pueda reconocer que su cocontratante actúa con fines privados<sup>26</sup>. Por el contrario, desde un punto de vista objetivo, otros ponen el acento en la finalidad perseguida con el negocio. Según esto, debe prescindirse de la intención que tuvieran las partes al celebrar el contrato<sup>27</sup>: la protección que dispensan las normas de consumo sólo podría verse impedida en el caso de que el «consumidor», faltando a la verdad, se comportara dolosamente como un profesional.

Puesto que ambas concepciones llevan al mismo resultado, al menos en la medida en que exista un comportamiento doloso, el Tribunal Supremo alemán evita tomar partido y, desde un punto de vista formal, debe decirse que con razón<sup>28</sup>. A pesar de todo, es de lamentar tal moderación porque de esta manera queda sin resolver en el Derecho alemán la cuestión de si los preceptos protectores del consumidor deben poder ser aplicados cuando el consumidor omite manifestar al empresario la finalidad privada con la que contrata.

<sup>24</sup> Sobre el estado de la cuestión, *vid.* PALAO MORENO, Guillermo, en REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> José (coord.), *Derecho de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 86-88; MÉNDEZ PINEDO, E., *La protección jurídica de los consumidores en la unión europea*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1999, pp. 47-48; BOTANA GARCÍA, Gema, «número de consumidor en el Derecho comparado» 18 (1990) *Estudios sobre Consumo*, 51-62.

<sup>25</sup> MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel» (2003) *NJW* 1975, 1979; WERTENBRUCH, Johannes, «Kein Verbrauchsgüterkauf bei Vorspiegeln der Unternehmereigenschaft durch den Käufer» (2005) *Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung (LMK)* 49.

<sup>26</sup> HEINRICHS, en *Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck Verlag, 2005<sup>64</sup>, § 13 Rn. 4; LORENZ, Stephan, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck Verlag, 2004<sup>4</sup>, § 474 Rn. 23; DÖRNER, Heinrich, en SCHULZE, Reiner *et alii* (Hrsg.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hk-BGB)*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005<sup>4</sup>, § 13 Rn. 2; WERTENBRUCH, *ibid.*

<sup>27</sup> MICKLITZ, Hans-W., en *Münchener Kommentar*, 2001<sup>4</sup>, § 13 Rn. 30; BASEDOW, Jürgen, en *Münchener Kommentar*, 2003<sup>4</sup>, § 310 Rn. 48 (sobre la directiva sobre cláusulas abusivas); SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen, en: BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert, *Kommentar zum BGB*, München, C.H. Beck, 2004 § 13 Rn. 9-10. Poco claro, PFEIFFER, Thomas, (*vid.* por un lado el comentario en SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III. Band, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2002<sup>13</sup>, § 13 Rn. 28, y, por otro lado, las afirmaciones contenidas en *Anwaltskommentar zum neuen Schuldrecht*, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2002, art. 1, Rn. 19 Kauf-RL).

<sup>28</sup> Por el contrario, el Tribunal de Apelación fue de la opinión que sólo podía aplicarse la normativa sobre protección al consumidor, cuando el contratante conocía o al menos hubiera podido conocer el carácter de consumidor con el que el otro cocontratante actuaba. Así, OLG Koblenz (*vid.* nota), en el número II.1.

#### IV. STJCE DE 20 DE ENERO DE 2005

Un mes después de que el BGH hubiese pronunciado su sentencia, el TJCE tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez, en el caso Johann Gruber c. Bay Wa AG<sup>29</sup>, sobre si y en qué medida queda establecida la jurisdicción especial para las cuestiones relacionadas con los consumidores (art. 13 ss. Convenio Bruselas I; ahora, art.15 ss. Reglamento Bruselas I) cuando un contrato sirve a la vez tanto a los intereses profesionales como a los personales (los llamados contratos mixtos; la problemática del «Dual use»).

##### 1. Asunto y razonamientos jurídicos

El demandante, el agricultor Johann Gruber, es propietario de una granja en la Alta Austria. Ocupa allí, junto a su familia, diez habitaciones aproximadamente. La granja se compone asimismo de una pocilga para 220 cerdos, una gran nave para maquinaria y silos para piensos. La granja es destinada al uso como vivienda familiar en un 60 por 100 aproximadamente.

El demandado Bay Wa AG regenta un mercado de materiales para la construcción en Pocking (Baviera) y también hace publicidad de su empresa en Austria.

Gruber encarga tejas a Bay Wa Pocking. En los tratos preliminares, menciona que tiene una empresa agrícola, pero no aclara a qué parte del patio van destinadas las tejas. Tras la conclusión del contrato de compraventa, Gruber formula una demanda ante los tribunales austríacos alegando que Bay Wa AG le ha suministrado mercancía defectuosa. Cuando el asunto llega al Tribunal Supremo austríaco, éste eleva una cuestión prejudicial, preguntando al TJCE si serían aplicables al caso las disposiciones protectoras del consumidor previstas en el Derecho procesal internacional (arts. 13-15 Convenio Bruselas I).

En su sentencia, el TJCE rechaza la aplicación de los preceptos relativos al derecho procesal del consumo. Señala que los preceptos del Convenio de Bruselas relativos a la determinación de la jurisdicción competente cuando intervienen consumidores deben ser interpretados restrictivamente<sup>30</sup>, puesto que se trata de normas que se apartan del principio general «*actor sequitur forum rei*» y porque en lo posible deben restringirse las jurisdicciones especiales, en interés de la seguridad jurídica. Cuando se está ante un contrato mixto, la jurisdicción de consumo sólo es posible cuando la finalidad profesional-empresarial sea tan tenue que bien pudiera considerarse marginal y, por tanto, tenga simplemente un papel insignificante en el contexto de la operación<sup>31</sup>. La carga de la prueba de que ello es así correspondería esencialmente al demandante. Con los medios de prueba que se le presentan, el tribunal apelado debería tomar en consideración no sólo el contenido, el tipo y la finalidad del contrato, sino también las circunstancias objetivas que concurren en el momento de celebrarlo<sup>32</sup>. Esencialmente, en un supuesto de «*non*

<sup>29</sup> TJCE 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, Johann Gruber contra Bay Wa AG, en (2005) *NJW* 653-656. Al respecto, *vid.* las observaciones de REICH, Norbert (2005) *EuZW* 244-245 y MANKOWSKI, Peter, «Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht» (2005) *EWiR* 305-306.

<sup>30</sup> TJCE, *ibid.*, núm. 32, 36, 43.

<sup>31</sup> *Ibid.*, núm. 39, 41, 46.

<sup>32</sup> *Ibid.*, núm. 47.

*liquet*» se apreciaría un contrato de consumo. En relación con el carácter excepcional de las normas protectoras de los artículos 13-15 del Convenio de Bruselas I, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto todavía debería comprobar «si la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que, por su propio comportamiento respecto de su futuro contratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales»<sup>33</sup>. En un caso como éste, no resultarían aplicables las disposiciones especiales sobre competencia de jurisdicción contenidas en los artículos 13-15 del Convenio aun cuando el contrato no persiguiera por sí mismo un fin en gran medida profesional, puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección prevista por dichos artículos, habida cuenta de la impresión que dio a su cocontratante de buena fe<sup>34</sup>.

Por consiguiente, el TJCE deduce que el concepto de consumidor empleado en los artículos 13-15 del Convenio de Bruselas I depende esencialmente de la percepción que de las declaraciones y el comportamiento del «consumidor» tenga quien sea su destinatario. Si aquél causa en el otro contratante la impresión de que actúa con finalidad profesional, entonces debe permitir ser tratado como empresario.

## 2. Significado de la sentencia del TJCE para el Derecho sustantivo europeo de consumo

Es cuestionable que el concepto de consumidor que el TJCE toma en consideración en el ámbito procesal deba también ser tenido en cuenta en el Derecho sustantivo o material de consumo y, sobre todo, lo es que sirva para interpretar la Directiva 99/44, sobre garantías en la venta de bienes de consumo<sup>35</sup>. Y ello por diversas razones.

El Derecho procesal europeo se rige por el principio de seguridad jurídica. Una de las principales finalidades del Convenio de Bruselas, tal y como ha puesto de manifiesto el TJCE, es tratar de limitar la pluralidad de tribunales competentes en relación con una misma relación jurídica<sup>36</sup>. Las reglas especiales para la jurisdicción de consumo son, pues, excepciones que, además, deben ser interpretadas restrictivamente. Son sólo aplicables, según la concepción del TJCE, cuando el empresario puede reconocer que está contratando con un consumidor. Tal interpretación, según el Tribunal, es «la que mejor se ajusta a las exigencias de seguridad jurídica y previsibilidad de los tribunales competentes por lo que se refiere al futuro demandado»<sup>37</sup>.

Por el contrario, en el Derecho material prima el carácter imperativo de las normas protectoras del consumidor. En cuanto un contratante actúe con una finalidad privada, debe ser tratado como un consumidor y, según el deseo expreso del legislador, ser considerado –al menos desde el punto de vista estructural– «perjudicado». Por tanto, debe beneficiarse de la protección que le dispensan las normas de consumo. En este sentido, que el contratante reciba o no la consideración de «consumidor», no depende de la percepción que

<sup>33</sup> *Ibid.*, núm. 51.

<sup>34</sup> *Ibid.*, núm. 53.

<sup>35</sup> Sobre el tema, MANKOWSKI, *ibid.*, 306.

<sup>36</sup> TJCE 19 de febrero de 2002, Asunto C-256/00, Besix, Rec. 2002, I-1699 núm. 27; TJCE 11 de julio de 2002, Asunto C-96/00, Gabriel, núm. 57; TJCE 5 de febrero de 2004, Asunto C-18/02, DFDS Torline, (aún no publicado), núm. 26.

<sup>37</sup> TJCE 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01, Johann Gruber, núm. 45.

tenga el empresario o del juicio que al respecto pueda éste formarse. Lo contrario sería tanto como afirmar que el consumidor tiene la obligación de manifestar la cualidad con la que actúa, lo cual no estaría en consonancia ni con el sentido ni con la finalidad de la Directiva. Quien actúa con una finalidad personal o privada, aun cuando tal finalidad no se manifieste claramente, debe ser protegido por las normas imperativas de consumo. Límites o excepciones sólo serían posibles cuando se actuara dolosamente, en contravención del principio de buena fe.

## V. CONCLUSIONES

En líneas generales, es de celebrar la decisión del BGH. Es preocupante, sin embargo, que este mismo tribunal haya omitido la cuestión prejudicial. De lo que se ha dicho hasta ahora resulta que el BGH deduce con razón que los preceptos relativos a la compraventa de bienes de consumo (§§ 474 ss. BGB) no se aplican cuando el comprador («consumidor») si bien adquiere con finalidad privada, sin embargo en el momento de concluir el contrato se presenta al vendedor (empresario) dolosamente en calidad de empresario. La protección del consumidor, como bien jurídico protegible, no tiene una importancia superior de la que merece la protección del tráfico jurídico frente a comportamientos dolosos. Otra cosa es el lugar que debiera ocupar cuando resulte que el consumidor no ha actuado dolosamente sino que, por pura negligencia, se presenta ante el vendedor como si fuera un empresario. Pero esta es una cuestión sobre la que el BGH no se pronuncia.

La sentencia del TJCE, en el asunto *Johann Gruber*, tampoco aporta claridad alguna puesto que la misma sólo guarda relación con el Derecho procesal. Las diferencias entre el carácter procesal y el material de los preceptos sobre protección al consumidor son claras: mientras que en el ámbito del Derecho procesal –y por razones de seguridad–, el concepto de consumidor debe ser enjuiciado según la percepción del destinatario, en el Derecho sustantivo prima el carácter imperativo de las normas. El concepto de consumidor encuñado por el TJCE no puede ser, sin más, trasladado a otros actos normativos del Derecho comunitario y, en lo que ahora nos ocupa, no a la Dir. 99/44, sobre compraventa de bienes de consumo.