

# La influencia del Derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el § 651 BGB\*

**DR. CHRISTOPH BUSCH**

Maître en Droit European Legal Studies Institute  
Osnabrück

## RESUMEN

*La distinción entre los diferentes tipos de contratos es uno de los rasgos tradicionales del Derecho contractual en España y Alemania. Por el contrario, a nivel del Derecho contractual europeo, es un sistema de tipos de contratos que todavía está en desarrollo. Además, las categorías tipológicas utilizadas a nivel europeo no son exactamente las mismas que las usadas en los Estados miembros. Las divergencias son particularmente obvias en la frontera entre los contratos de compraventa y los contratos de obra. El artículo muestra cómo la implementación de la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo ha transformado las relaciones entre las leyes sobre la compraventa y los contratos de obra en Alemania. Se hace hincapié en que las categorías tipológicas usadas en la Directiva sobre bienes de consumo no son las adecuadas como modelo para reformar el Derecho contractual en los Estados miembros, ni sirven de base para el desarrollo de un sistema de tipos contractuales en el Derecho privado europeo.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho contractual; contrato de obra; contrato de servicios; contrato de venta; Directiva de las garantías en la venta de bienes de consumo; Derecho privado europeo.*

---

\* La traducción ha sido realizada por Rafael ZAMBRANA KUHN, Profesor colaborador de la Facultad de Traducción e Interpretación de la Universidad de Granada.

**ABSTRACT**

*The distinction between different contract types is a traditional feature of contract law both in Spain and Germany. In contrast, at the level of European contract law such a system of contract types is still under development. In addition, the typological categories used at the European level are not exactly the same as in the Member States. The divergences are particular obvious at the borderline between contracts for sale and contracts for works. The article shows how the implementation of the Consumer Sales Directive (1999/44/EC) has changed the relationship between sales law and contracts for works in Germany. The point is made that the typological categories used in the Consumer Sales Directive are neither suitable to serve as a model for a reform of contract law in the Member States nor as a basis for the development of a system of contract types in European Private Law.*

**KEY WORDS**

*Contract law; contract for works; contract for services; contract for sale; Consumer Sales Directive; European Private Law.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Redefinición de la relación entre el contrato de compraventa y el contrato de obra en el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones.*—III. *¿Existen el contrato de compraventa y el contrato de obra como tipos contractuales en el *acquis communautaire*?:* 1. La Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. 2. Nueva Directiva sobre derechos de los consumidores. 3. Derecho Procesal Civil europeo.—IV. *La interpretación del § 651 BGB desde la óptica del *acquis communautaire*:* 1. Tipos de contratos en el Derecho de obligaciones y el régimen de atribución según el Derecho de cosas: a) Cosas muebles. b) Adquisición de la propiedad de la cosa fabricada. 2. Contratos de suministro con obligación de prestación de servicios: a) Prestaciones intelectuales. b) Prestaciones de planificación. c) Servicio de instalación.—V. *Conclusiones.*

**I. INTRODUCCIÓN**

El Derecho de las obligaciones contractuales, tanto en Alemania como en España, viene determinado por la caracterización de distintos tipos contractuales. La adscripción de un contrato a un determinado tipo contractual cumple, ante todo, dos funciones: es relevante, tanto para la integración de aquellos contratos que presenten lagunas, como para servir de referencia en el control del contenido contractual<sup>1</sup>. El *acquis communautaire* solamente dispone, por el momento, de una sistematización fragmentaria de

<sup>1</sup> V. OECHSLER, «Vertragstypen», en *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlín 2008, p. 540.

tipos contractuales. Las categorías tipológicas empleadas allí no coinciden con las de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. La transposición de los preceptos del Derecho de la Unión Europea a los sistemas contractuales tradicionales de los Estados miembros supone un reto importante. Esto es particularmente evidente en aquella zona fronteriza entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra. En el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones, el legislador alemán ha modificado la línea divisoria entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra, tomando como referencia las categorías tipológicas contempladas en la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. A continuación veremos en detalle las diferencias existentes entre los tipos contractuales del *acquis communautaire* y el Derecho alemán. Abordaremos la cuestión en tres fases: En primer lugar haremos una exposición esquemática de las relaciones existentes entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra en Alemania, las cuales fueron modificadas en el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones (epígrafe II). A continuación ofreceremos una breve visión panorámica de algunos de los pilares del sistema europeo de tipos contractuales (epígrafe III). Finalmente, con ayuda de algunos ejemplos seleccionados, profundizaremos en la influencia que el Derecho comunitario ha ejercido en la delimitación entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra en Alemania (epígrafe IV). Sobre la base del conflicto normativo que dicho análisis deja patente, defenderemos la siguiente tesis: las categorías tipológicas que encontramos en el Derecho europeo de defensa del consumidor no ofrecen un modelo adecuado para la reforma del sistema de tipos contractuales en los Estados miembros, ni sirven como fundamento para crear un sistema contractual propio del Derecho privado europeo.

## II. REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE OBRA EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

Mientras que el contratista se obliga a la *producción o fabricación* de una obra, el vendedor se obliga a la entrega y transmisión de

la propiedad –en definitiva: al *suministro*– de una cosa<sup>2</sup>. Surgen así solapamientos entre el contrato de compraventa y el de obra en aquellos casos en que el contratista ha de suministrar una cosa que él mismo ha de producir previamente. La línea divisoria entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra está establecida en el Código Civil alemán, concretamente en el § 651 BGB<sup>3</sup>. Hasta la Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2002, en los casos de suministro de cosas que previamente habían de ser fabricadas (los llamados *contratos de obra con suministro de materiales*) la diferenciación entre ambos tipos contractuales se hacía, atendiendo, por una parte, a la procedencia de los materiales de partida y, por otra, a la distinción entre bienes fungibles y no fungibles<sup>4</sup>. Al contrato de fabricación de un bien fungible a partir del material suministrado por el contratista se le aplicaba el Derecho de compraventa, según el § 651, apartado 1, inciso 2, 1.ª parte, BGB (versión antigua; en lo sucesivo, v.a.). Por el contrario, si el contrato tenía por objeto un bien *no fungible*, entonces el § 651, apartado 1, inciso 2, 2.ª parte, BGB, mediante una referencia bastante enrevesada, preveía la aplicación del Derecho de compraventa, en algunos casos, y del Derecho del contrato de obra, en otros. Si el contratista sólo había de suministrar las cosas accesorias, entonces, según el § 651, apartado 2, BGB, se aplicaba exclusivamente el Derecho relativo al contrato de obra.

El tenor de esta disposición fue totalmente modificado, con motivo de la transposición de la Directiva 1999/44/CE. En su nueva redacción, el § 651 BGB ya no distingue en función de la procedencia de los materiales. Además, la distinción entre cosas fungibles y no fungibles no tiene ya tanta importancia. Los contratos de suministro de cosas muebles, las cuales hayan de ser previamente producidas o fabricadas, quedan sometidos en su totalidad al Derecho de compraventa. Se hace, pues, preciso abandonar –también terminológicamente– la categoría del *contrato de obra con suministro de materiales* y rebautizar los contratos contemplados en el

<sup>2</sup> LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 4.ª ed, Colonia, 2010, nota marginal 625.

<sup>3</sup> Más extensamente, RUDOLPH, *Die Abgrenzung zwischen Kauf und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB*, Baden-Baden, 2009.

<sup>4</sup> El § 651 BGB (versión antigua) decía: «(1) Si el contratista se obliga a realizar una obra con los materiales aportados por él mismo, entonces entregará la cosa fabricada al comitente y le traspasará la propiedad de la cosa. A este contrato se aplicarán las disposiciones relativas a la compraventa; si se trata de fabricar una cosa no fungible, en lugar del § 433, del § 446, apartado 1, inciso 1.º, y de los §§ 447, 459, 460, 462 a 464 y 477 a 479, se aplicarán las disposiciones relativas al contrato de obra, con excepción de los §§ 647 a 648a.

(2) Si el contratista se obliga exclusivamente a la aportación de ingredientes o de otros accesorios, entonces serán exclusivamente de aplicación las disposiciones relativas al contrato de obra».

§ 651 BGB (versión nueva) como *contratos de fabricación*<sup>5</sup>, o bien como *contratos de suministro de mercaderías*<sup>6</sup>.

Algunas constelaciones de casos que antes de la Reforma eran prototipos<sup>7</sup> para la aplicación del Derecho del contrato de obra –por ejemplo, la confección de un traje a medida con la tela proporcionada por el cliente<sup>8</sup>– pasan a encuadrarse, según el nuevo Ordenamiento, en el Derecho de compraventa. La considerable ampliación del Derecho de compraventa que todo esto suponía, en detrimento del Derecho del contrato de obra, ya fue objeto de crítica a lo largo del proceso legislativo. Por esta razón, y a iniciativa del Consejo Federal alemán, *Bundesrat*, se incluyó el § 651, inciso 3, BGB, el cual, para los contratos de fabricación de bienes *no fungibles*, contempla, junto con el Derecho del contrato de compraventa, la aplicación de algunas disposiciones del Derecho del contrato de obra<sup>9</sup>. Las disposiciones del Derecho del contrato de obra no restringen, en estos casos, a aquellas del Derecho de compraventa, sino que ambas se aplican conjuntamente<sup>10</sup>. Las disposiciones del Derecho del contrato de obra siguen siendo de aplicación exclusiva, como ya lo eran antes, en aquellos casos de construcción de edificios, de realización de meras labores de reparación, o de producción de obras intelectuales, tales como planos arquitectónicos o informes<sup>11</sup>.

En contra de la estimación del legislador, que en la Exposición de Motivos del § 651 BGB subraya la profunda semejanza entre el Derecho del contrato de obra y el Derecho del contrato de compraventa –llegando a afirmar que la delimitación precisa entre ambos tipos contractuales ha perdido relevancia<sup>12</sup>– sigue existiendo una serie de marcadas diferencias entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra, de las cuales sólo mencionaremos las principales<sup>13</sup>. La clasificación de un determi-

<sup>5</sup> RÖTHEL, «Herstellungsverträge und Eigentumsordnung §§ 651, 950 nach der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2005, p. 625.

<sup>6</sup> MANKOWSKI, «Werkvertragsrecht-Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag», *MDR*, 2003, pp. 854 y 856; HAGEN, «Der neue Warenlieferungsvertrag-ein unbequemer Kauf», *JZ*, 2004, pp. 713 y 714.

<sup>7</sup> Así, PETERS, «Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nach fünf Jahren», *NZBau*, 2007, 1.

<sup>8</sup> V. el ejemplo clásico en HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tubinga, 1929, p. 348.

<sup>9</sup> V. BT-Drucks. 14/6857, pp. 38, 68.

<sup>10</sup> BGH NJW 2009, 2877, 2878, fundamento número 8.

<sup>11</sup> Así en la exposición de motivos del § 651 BGB (versión nueva), BT-Dr 14/6040, p. 268; también BGH NJW 2009, 2877, 2879, fundamento número 21.

<sup>12</sup> BT-Drucksache 14/6040, p. 268. Críticamente, METZGER, «Der neue § 651 BGB -Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?», *AcP* 204 (2004), pp. 231 238.

<sup>13</sup> Más sobre las diferencias entre el Derecho del contrato de compraventa y el del contrato de obra, VOIT, «Die Bedeutung des § 651 BGB im Baurecht nach der Schuldrechtsmodernisierung», *BauR* 2009, pp. 369, 371 y ss.; METZGER, *AcP* 204 (2004), pp. 231, 234 y ss.

nado contrato, ya sea como contrato de obra, o bien, en virtud del § 651 BGB, como contrato de compraventa, produce un resultado diferente, por ejemplo, con respecto a la *transmisión del riesgo*. Si la cosa que ha de ser suministrada sufre un deterioro con anterioridad al momento de la recepción, entonces, según las disposiciones del Derecho del contrato de obra, es el contratista quien soporta el riesgo de la prestación (§ 644, apartado 1, inciso 1, BGB). Por el contrario, según las disposiciones del Derecho de compraventa, el riesgo se transmite con la entrega de la cosa (§ 446, inciso 1, BGB). También resultan diferencias en relación con el *derecho de elección* entre los posibles remedios por vicios. Mientras que el Derecho de compraventa otorga básicamente al comprador la elección entre la reparación y el suministro de una cosa nueva (§ 439, apartado 1, BGB), el Derecho del contrato de obra reserva esta elección al contratista (§ 635 BGB). Otra peculiaridad del Derecho del contrato de obra, desconocida en el Derecho de compraventa, se refiere al derecho que tiene el comitente a la autoejecución. Según el § 637 BGB, el comitente puede, una vez expirado un plazo razonable, subsanar por sí mismo el vicio y reclamar la restitución de los gastos ocasionados<sup>14</sup>. La posición del comitente queda reforzada por el § 637, apartado 3, BGB, que le garantiza la pretensión de un anticipo de los gastos necesarios para la reparación y le evita el riesgo de la ejecutabilidad en su pretensión de restitución de gastos. Por el contrario, el Derecho del contrato de compraventa no reconoce el derecho a la autoejecución por parte del comprador, ni tampoco su derecho al correspondiente anticipo<sup>15</sup>. Asimismo surgen diferencias en lo relativo al *devengo de la remuneración*<sup>16</sup> y al *comienzo del plazo de prescripción*<sup>17</sup>.

La distinción entre el contrato de compraventa y el contrato de obra adquiere especial relevancia en el tráfico mercantil. Cuando un contrato es considerado contrato mercantil, la infracción por parte del comerciante de su deber de inspeccionar las mercaderías y denunciar los vicios puede ocasionarle a éste la pérdida de sus derechos derivados del vicio. Según el § 381, apartado 2, HGB, las disposiciones relativas a la compraventa mercantil, y especialmente los §§ 377 y ss. HGB, son también de aplicación a los contratos de fabricación y suministro de cosas muebles. La previsión contractual de inspección y denuncia queda, pues, restringida. Una

<sup>14</sup> Según los requisitos de los §§ 637, apartado 2, y 323, apartado 2, BGB, resulta prescindible la fijación de un plazo de cumplimiento posterior.

<sup>15</sup> Más en VOIT, BauR 2009, pp. 369 y 376; METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 240.

<sup>16</sup> Sobre esto, METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231, 235 y ss.

<sup>17</sup> V. VOIT, BauR 2009, 369, 378; LEUPERTZ, «Baustofflieferung und Baustoffhandel: Im juristischen Niemandsland», BauR 2006, pp. 1648 y 1655.

exclusión de los §§ 377 y 378 HGB mediante condiciones generales se tiene por ineficaz<sup>18</sup> (al menos, en el caso de que existan vicios aparentes).

### III. ¿EXISTEN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE OBRA COMO TIPOS CONTRACTUALES EN EL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*?

En el *acquis communautaire* sólo existe hasta ahora un sistema fragmentario de tipos contractuales. Las categorías empleadas dependen de los respectivos contextos normativos. Mientras que en el Derecho europeo del consumidor los distintos tipos contractuales determinan el ámbito de aplicación de los respectivos instrumentos de defensa del consumidor, en el Derecho procesal civil europeo los tipos contractuales delimitan el ámbito de aplicación de diferentes reglas para el establecimiento de la competencia. Los diversos actos jurídicos secundarios del Derecho comunitario recurren frecuentemente al concepto del contrato de compraventa, pero no lo oponen al contrato de obra, sino a otro concepto, más amplio y desconocido en el Derecho alemán: el *contrato de prestación de servicios*<sup>19</sup>.

#### 1. LA DIRECTIVA SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO

La Directiva 1999/44/CE emplea repetidamente el término contrato de compraventa<sup>20</sup>, pero no lo define. La sistemática de la Directiva permite reconocer, no obstante, que dicho término se puede extender al sentido más general posible del Derecho de defensa del consumidor. Abarca también algunos contratos que en las tipologías tradicionales del Derecho alemán y español se encuadran como contratos de obra. Esto es especialmente evidente en el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, que establece que también se considerarán contratos de compraventa, en el sentido de la Directiva, los «contratos de suministro de bienes de consumo

<sup>18</sup> BGH, NJW 1991, 2633.

<sup>19</sup> Sobre el contrato de servicios europeo, más en WENDEHORST, «Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht», *AcP*, 206 (2006), pp. 205 ss.; UNBERATH, «Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens», *ZEuP*, 2008, pp. 745 y ss.; v. también las aportaciones en ZIMMERMANN (ed.), *Service Contracts*, Tübinga, 2010.

<sup>20</sup> V. artículo 1, apartado 4 y artículo 2, apartado 1, 5, Directiva 1999/44/CE.

que hayan de fabricarse o producirse». El conjunto de contratos sujetos a esta Directiva queda algo reducido al incluir la condición de bien de consumo, que, según el artículo 1, apartado 2, letra b), Directiva 1999/44/CE, sólo comprende los bienes muebles corpóreos. Los contratos de edificación de bienes inmuebles no quedan sujetos a la Directiva.

Del artículo 2, apartado 3, Directiva 1999/44/CE se puede deducir indirectamente que el ámbito de aplicación también queda abierto cuando los materiales necesarios para la fabricación de los bienes de consumo no son aportados por el comerciante, sino por el consumidor<sup>21</sup>. La Directiva se aparta aquí de lo dispuesto en la CNUCIM<sup>22</sup>, a la cual se reconoce, en general, una gran influencia en la promulgación de la Directiva<sup>23</sup>. Según el artículo 3, apartado 1, CNUCIM, muchos contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas se asimilan al contrato de compraventa, «a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción». La Propuesta de Directiva, en su versión de la posición común del Consejo, preveía, en el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, todavía otra restricción pertinente, la cual se apoyaba firmemente en el tenor del artículo 3, apartado 1, CNUCIM<sup>24</sup>. Sin embargo, por iniciativa del Parlamento Europeo, esta restricción fue suprimida en la redacción final de la Directiva<sup>25</sup>.

El artículo 2, apartado 5, Directiva 1999/44/CE establece claramente que también quedan sometidos a dicha Directiva aquellos contratos en los que el suministro conlleve una obligación de instalación —es decir, una prestación de servicios. La Directiva elude la cuestión de si dicha obligación a la prestación de un servicio puede, dependiendo de su magnitud, privar al contrato de su consideración como *contrato de compraventa* en el sentido de la Directiva 1999/44/CE. También aquí encontramos una diferencia con la reglamentación de la CNUCIM. Según el artículo 3, apartado 2, CNUCIM, la Convención no se aplicará a «los contratos en los que la parte principal de las obli-

<sup>21</sup> El artículo 2, apartado 3, Directiva 1999/44/CE establece: «Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si [...] la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor».

<sup>22</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980, BGBl. 1989 II, 588.

<sup>23</sup> Sobre los paralelismos entre la Directiva 1999/44/CE y la CISG, v. STAUDENMAYER, «Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf», NJW 1999, pp. 2393 y ss.; MANKOWSKI, MDR 2003, 854 y 855; STADIE/NIETZER, «Das UN-Kaufrecht in der Anwaltspraxis», MDR 2002, 428 ss.

<sup>24</sup> Posición común del Consejo, del 24 de septiembre de 1998, DOCE 1998 C 333/46.

<sup>25</sup> Sobre el origen del artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, v. LUNA SERRANO, en «Grundmann/Bianca», *EU-Kaufrechtsrichtlinie*, Colonia, 2002, artículo 1, nota marginal 16; v. también MANKOWSKI, MDR 2003, pp. 854, 855.

gaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

## 2. NUEVA DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

A diferencia de la Directiva 1999/44/CE, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011<sup>26</sup>, ofrece una definición del *contrato de venta*. De conformidad con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva, este término se aplica a «todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios». A esta definición, muy amplia, del *contrato de venta* se contraponen el *contrato de servicios*, el cual es definido *a contrario sensu* en el artículo 2, apartado 6, de la Directiva, aplicable «a todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio»<sup>27</sup>.

## 3. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

La dependencia contextual de los tipos contractuales en el *acquis communautaire* soslaya el Derecho Procesal Civil europeo. Aquí la distinción entre contrato de venta y contrato de servicios es importante para la determinación de las jurisdicciones especiales y facultativas, contempladas en el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento (CE) 44/2001)<sup>28</sup>. Para ambos tipos contractuales, de «compraventa de mercaderías» y de «prestación de servicios», el artículo 5, número 1, letra b), Reglamento (CE) 44/2001 establece una única competencia jurisdiccional en el lugar de realización de la prestación característica, el cual será fijado de manera autónoma. En el caso de la venta de

<sup>26</sup> Más sobre esto, TWIGG-FLESNER, «Fit for purpose? The proposals on Sales», en HOWELLS/SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Múnich, 2009, pp. 147, 152.

<sup>27</sup> *Ídem*.

<sup>28</sup> Reglamento (CE) número 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.

bienes muebles, la competencia jurisdiccional queda establecida en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías. En cuanto a la prestación de servicios, la competencia jurisdiccional queda establecida en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios. La determinación de la competencia jurisdiccional, en virtud del artículo 5, número 1, letra b, Reglamento (CE) 44/2001, requiere, pues, la determinación del tipo contractual<sup>29</sup>.

En el ámbito del Derecho Procesal Civil europeo, no así en el Derecho europeo de Defensa del Consumidor, el TJCE ya había tenido varias veces ocasión de formular directrices para la delimitación entre el contrato de compraventa y el contrato de servicios; así, por última vez, en febrero de 2010, mediante la Sentencia en el asunto *Car Trim*<sup>30</sup>. Los criterios desarrollados por el TJ en dicha ocasión tienen aplicación primaria en el Derecho procesal civil europeo; sin embargo, también ofrecen una cierta orientación a la hora de perfilar los tipos contractuales en el Derecho material del *acquis communautaire*, por cuanto el propio TJCE, en la interpretación del Reglamento (CE) 44/2001, traza un paralelismo con los modelos contractuales de la Directiva 1999/44/CE. El fondo del asunto *Car Trim* era un contrato celebrado entre un fabricante italiano de sistemas de *airbag* para automóviles y un proveedor alemán de dichos sistemas. La fabricación de los componentes se realizaba siguiendo instrucciones detalladas del comitente italiano, para garantizar la compatibilidad con los demás componentes en el proceso de fabricación. Tras la rescisión del contrato por el comitente italiano, el suministrador reclamó indemnización por daños ante la jurisdicción alemana. Puesto que la competencia de los Tribunales alemanes sólo podía entenderse en virtud del artículo 5, número 1, letra b), Reglamento (CE) 44/2001, se planteaba la cuestión de si el contrato había de calificarse como contrato de compraventa, o como contrato de servicios, y, en caso de considerarse contrato de compraventa, cuál sería el lugar de cumplimiento del contrato. A instancia del Tribunal Supremo Federal alemán, el TJCE resolvió la primera cuestión –de interés aquí solamente a efectos de mayor abundamiento– a favor del contrato de compraventa<sup>31</sup>. Especial interés reviste la argumentación del

<sup>29</sup> La interpretación de los conceptos de «prestación de servicios» y «compraventa de mercaderías», en el sentido del Reglamento (CE) número 44/2001, es también fundamental para la interpretación de dichos conceptos en el artículo 4, apartado 1, Reglamento Roma I (cfr. Considerando número 17, Reglamento Roma I).

<sup>30</sup> TJCE, 25 de febrero de 2010, C-381/08-*Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl*, NJW 2010, 1059.

<sup>31</sup> En cuanto a la segunda cuestión sobre la determinación autónoma del lugar de cumplimiento del contrato, en el marco del artículo 5, número 1, letra b) Reglamento (CE)

TJCE, que formula *tres directrices* para la delimitación entre los contratos de compra y los de servicios.

*En primer lugar*, el TJCE subraya que a la calificación del contrato como de compraventa no se opone el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba ser fabricada o producida previamente<sup>32</sup>. Como fundamentación, el TJCE aduce el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE y el artículo 3, apartado 1, CNUCIM, así como el artículo 6, apartado 2, de la Convención de Naciones Unidas sobre Prescripción<sup>33</sup>. No obstante, el TJCE no aborda las diferencias, mencionadas más arriba<sup>34</sup>, entre los respectivos conceptos del contrato de obra: muy amplio en la Directiva 1999/44/CE y algo más estricto en la CNUCIM<sup>35</sup>. Queda, pues, abierta la cuestión de si los contratos excluidos del artículo 3, apartado 1, CNUCIM, en los que el propio comitente es el proveedor de una parte considerable de los materiales necesarios para la fabricación o la producción del bien, han de ser calificados como contratos de compra o como contratos de servicios, en virtud del artículo 5, número 1, letra b), Reglamento (CE) 44/2001.

*En segundo lugar*, no obstante, el TJCE destaca que, con vistas a la clasificación del contrato, es de absoluta importancia considerar la procedencia de los materiales que han de emplearse<sup>36</sup>. Si el comitente es el proveedor de todos, o de la mayoría de los materiales con los que ha de fabricarse el bien, esta circunstancia puede suponer un criterio para considerar el contrato como un «contrato de prestación de servicios». Por el contrario, el caso inverso, en el que el comitente no sea el proveedor de los materiales, puede ofrecer un indicio claro de que se trata de un «contrato de suministro de cosas muebles». El factor determinante, para el TJCE, es el *peso relativo de la prestación del servicio* en el contrato, en comparación con el suministro de la cosa. Según la procedencia de los materiales, este peso relativo puede resultar mayor o menor. Un criterio semejante encontramos también en el artículo 3, apartado 1,

número 44/2001, v. METZGER «Zum Erfüllungsortgerichtsstand bei Kauf- und Dienstleistungsverträgen gemäß der EuGVVO», IPRax 2010, pp. 420, 423 y ss.; MITTMANN, «Die Bestimmung des Lieferortes beim Versendungskauf im Rahmen von art. 5 nr. 1 lit. b EuGVVO nach der Entscheidung "Car Trim" des EuGH», IHR 2010, pp. 146 y ss.

<sup>32</sup> TJCE, NJW 2010, 1059, notas marginales 33-39.

<sup>33</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, del 14 de junio de 1974 (no ratificada por Alemania), UN Doc. A/CONF. 63/15. El TJCE se remite también a su jurisprudencia en la interpretación del concepto de *contratos públicos de suministro* en el artículo 1, apartado 2, letra c), sub-apartado 1, de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (2004/18/CE), *cf.*: TJCE, 11. 6. 2009, C-300/07 (*Hans & Christophorus Oymanns*), NJW 2009, 2427.

<sup>34</sup> V. epígrafe I.1.

<sup>35</sup> Críticamente, METZGER, IPRax 2010, 420, 422.

<sup>36</sup> TJCE, NJW 2010, 1059, notas marginales 40 s.

CISG, el cual ha sido obviamente adoptado por el TJCE para la interpretación del Reglamento (CE) número 44/2001.

*En tercer lugar*, el TJCE señala que la responsabilidad del proveedor, en cuanto a la calidad y conformidad al contrato de la prestación, permite pensar en un contrato de compraventa, mientras que la responsabilidad del receptor, en cuanto a la recepción, permite asumir que se trata de un contrato de servicios<sup>37</sup>. Semejante recurso al compromiso de aportar una determinada calidad como criterio de delimitación entre contrato de compraventa y contrato de servicios ha encontrado, no obstante, una justificada crítica<sup>38</sup>. Este compromiso de calidad no parece un criterio convincente para la calificación del contrato como contrato de compraventa, pues un deber semejante existe también en aquellos contratos que, en el Derecho alemán, son considerados contratos de obra (p. ej., la elaboración de un informe) y que, según opinión generalizada, podrían encuadrarse como contratos de servicios, en el sentido del artículo 5, número 1, letra *b*), Reglamento (CE) 44/2001<sup>39</sup>.

#### IV. LA INTERPRETACIÓN DEL § 651 BGB DESDE LA ÓPTICA DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

La nueva redacción del § 651 BGB ha sido objeto de considerable crítica en la literatura<sup>40</sup>. En algunas constelaciones de casos la aplicación del Derecho de compraventa no parece justa. Como consecuencia, no escasean las propuestas con vistas a una interpretación lo más restrictiva posible del § 651 BGB, todas las cuales contribuyen a frenar la expansión del Derecho de compraventa<sup>41</sup>. A continuación se ofrece un breve esquema de algunos casos problemáticos en esa zona fronteriza entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra. Las soluciones propuestas en la literatura deben ser contrastadas con las disposiciones del Derecho de la Unión. Este Derecho comunitario es relevante, no sólo para los contratos sobre bienes de consumo, contem-

<sup>37</sup> TJCE, NJW 2010, 2059, nota marginal 42.

<sup>38</sup> METZGER, IPRax 2010, 420, 422; Leible, EuZW 2010, pp. 303, 304.

<sup>39</sup> V. las referencias en METZGER, IPRax 2010, pp. 420, 422.

<sup>40</sup> Acusadamente PETERS, NZBau 2007, 1, quien considera que la Reforma del Derecho de Obligaciones «amputa» el Derecho del contrato de obra. POPESCU, BauR 2010, 1485, 1493, considera que el § 651 BGB es «fallido».

<sup>41</sup> V. sólo METZGER, AcP 204 (2004), 231y 263, y más recientemente POPESCU, «Der Anwendungsbereich des § 651 BGB im Lichte der BGH-und EuGH-Rechtsprechung», BauR 2010, pp. 1485, 1492 y ss., quien se declara a favor de interpretar el § 651 BGB, *a sensu contrario*. Sin embargo esto es difícilmente compatible con el tenor de la Ley y con la voluntad unívoca del legislador.

plados en la Directiva 1999/44/CE, sino también para el ámbito de aplicación de la transposición, que va más allá de la Directiva<sup>42</sup>. Aquí no existe una obligación basada en el Derecho de la UE de hacer una interpretación conforme a la Directiva. La decisión del legislador nacional de someter al régimen regulatorio establecido por la Directiva algunos contenidos ajenos al ámbito de aplicación de la misma, permite suponer que busca una interpretación uniforme, sobre la base de dicha Directiva<sup>43</sup>.

## 1. TIPOS DE CONTRATOS EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES Y EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN SEGÚN EL DERECHO DE COSAS

La nueva delimitación entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra ha originado una serie de tensiones entre el sistema de tipos contractuales del Derecho de obligaciones y las reglas del Derecho de cosas. Los conflictos normativos resultantes de la adopción del concepto amplio de contrato de compraventa en la Directiva 1999/44/CE son especialmente evidentes en la interpretación del concepto de *cosa mueble*, recogido en el § 651 BGB, y en la cuestión de la importancia que tiene la adquisición de la propiedad por el fabricante, en el sentido del § 950 BGB, en cuanto a la aplicación del 651 BGB.

### a) Cosas muebles

El § 651 BGB habla simplemente de «cosas muebles». A primera vista, este concepto parece hacer referencia a la diferenciación que se hace en el Derecho de cosas alemán entre bienes inmuebles, es decir, fincas, y partes integrantes de la finca (§ 94 BGB), y bienes muebles, entre los que también se encuentran los elementos temporales de la finca (§ 95 BGB)<sup>44</sup>. En realidad se trata de un término procedente del Derecho europeo y hace refe-

<sup>42</sup> Fundamental al respecto, HABERSACK/MAYER, «Die überschießende Umsetzung von Richtlinien», JZ 1999, p. 913; v. también MAYER/SCHÜRNBAND, «Einheitlich oder gespalten?—Zur Auslegung des nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien», JZ 2004, p. 545.

<sup>43</sup> HABERSACK/MAYER en Riesenhuber (ed.): *Europäische Methodenlehre*, Berlín 2006, § 15, nota marginal 39; v. también SCHULTE-NÖLKE/BUSCH: «Die mittelbare horizontale Direktwirkung umgesetzter EU-Richtlinien», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Múnich 2007, pp. 795, 810 y ss.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, RAAB en Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (eds.), *Das neue Schuldrecht*, Heidelberg 2002, § 9, nota marginal 8; Sienz: «Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz», BauR 2002, 181, 190 y s.; también, con respecto a la Directiva 1999/44/CE, THODE, «EG-Richtlinie zu bes-

rencia al concepto de *bien de consumo* contemplado en el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, y que se hace extensivo, según la propia definición del artículo 1, apartado 2, letra *b*), Directiva 1999/44/CE, a cualquier «bien mueble corpóreo»<sup>45</sup>.

El origen del § 651 BGB, basado en el Derecho de la Unión, requiere por ello una interpretación conforme con la Directiva para el concepto de cosa mueble recogido en la misma. El recurso a las categorías del Derecho de cosas en el Derecho nacional queda, por el contrario, excluido. La propia Directiva apenas ofrece criterios para la aplicación del Derecho. Ni siquiera el estudio del *acquis communautaire* ofrece una aclaración, puesto que hasta la fecha carecemos de un Derecho de cosas europeo con un cierto desarrollo<sup>46</sup>. Por esta razón tan sólo cabría plantearse una consideración naturalista, basada en la movilidad real de la cosa<sup>47</sup>. El concepto de movilidad concretado de esta forma es más estricto, pero a la vez más amplio que el concepto alemán de *cosa mueble*.

Las cosas que, bajo la denominación de elementos aparentes de la finca, en el sentido del § 95 BGB, sólo están unidas a la finca con una finalidad temporal, no se consideran partes integrantes de la finca, sino que se incluyen en las cosas muebles. Si tomamos esta clasificación como base para la interpretación del § 651 BGB, entonces habría que aplicar el Derecho de compraventa a un contrato para construir un edificio en el ejercicio de un derecho arrendaticio o un derecho de superficie. Y sin embargo existe unanimidad en que la aplicación de las disposiciones del Derecho de compraventa no sería equitativa en estas constelaciones de casos<sup>48</sup>. Con razón, pues, atendiendo a las disposiciones de la Directiva 1999/44/CE, se excluyen estos casos del ámbito de aplicación del § 651 BGB.

Más difícil de valorar es la clasificación de los contratos de suministro de cosas que han de fabricarse o producirse y que —como, por ejemplo, las cocinas modulares o las puertas y ventanas, que han de fabricarse individualmente— han de ser *integradas*

---

timmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter», ZfBR 2000, 363, 365, 367.

<sup>45</sup> No comprende los bienes ejecutados, ni los sujetos a otras medidas judiciales, ni el agua o el gas, cuando no se vendan en volumen o cantidad determinados, ni la energía eléctrica [art. 1, apartado 2, letra *b*), guiones 1 a 3, Directiva 1999/44/CE].

<sup>46</sup> También, SCHUHMAN, «Werkvertrag oder Kaufvertrag?—§ 651 BGB im Lichte der Verbrauchsgüter-kaufrichtlinie», ZGS 2005, 250, 252; RUDOLPH, p. 79.

<sup>47</sup> RUDOLPH, p. 80, con otras notas.

<sup>48</sup> Leupertz, en Prütting/Wegen/Weinreich: § 651 BGB, nota marginal 8; Voit, BauR 2009, 369, 370; NITSCHKE, BauR 2004, 1340, 1341; THODE: «Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechts-modernisierungsgesetz und erste Probleme-Teil 2», NZBau 2002, 360, 362; POPESCU: «Der Anwendungsbereich des § 651 BGB im Lichte der BGH- und EuGH-Rechtsprechung», BauR 2010, 1485, 1487.

en un edificio. Puesto que estos elementos, una vez integrados en el edificio, pierden su condición de cosa mueble y que, según el § 94 BGB, desde el punto de vista del Derecho de cosas, constituyen partes esenciales del edificio y, por tanto, de la finca, algunos autores excluyen dichos contratos del ámbito de aplicación del § 651 BGB<sup>49</sup>. Esta opinión queda avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán sobre el § 651 BGB (v.a.), según la cual la delimitación entre el Derecho de compraventa y el Derecho del contrato de obra dependería de la finalidad de la cosa, por lo que estos contratos quedarían sujetos al Derecho del contrato de obra<sup>50</sup>.

Sin embargo, el Alto Tribunal contradice claramente esta opinión en su Sentencia del 23 de julio de 2009<sup>51</sup>. El asunto de esta Resolución era un contrato de fabricación y suministro de los componentes de un depósito destinado al almacenamiento de pastillas de biocombustible. El contratista solamente estaba obligado al suministro de los componentes, los cuales fueron luego montados por el propio comitente sobre un soporte que él mismo había instalado. Dado que los componentes presentaban un grosor de chapa insuficiente y, por tanto, no tenían la rigidez necesaria, el comitente exigía una reparación posterior. El contratista se negó, alegando que el contrato se regía por el Derecho de compraventa, según el § 651 BGB y, por tanto, el comitente habría estado obligado, según los §§ 377 y 381, apartado 2, HGB, a revisar la mercancía y a denunciar los vicios; deber que dicho comitente no habría cumplido. Tanto el *Landgericht* como el *Oberlandesgericht* consideraron que el contrato se debía considerar contrato de obra y fallaron a favor del contratista. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán asumió la argumentación del comitente y falló que el contrato había de regirse por el Derecho del contrato de compraventa, en virtud del § 651 BGB. Según el criterio del Alto Tribunal, a la consideración de los componentes del depósito como cosas muebles, en el sentido del § 651 BGB, no se opone el que dichos componentes estuvieran destinados a ser montados sobre otros elementos, que finalmente serían instalados definitivamente en la finca. En opinión del Alto Tribunal, el único criterio determinante es el de si las cosas son cosas muebles en el *momento del suministro*<sup>52</sup>. No

<sup>49</sup> ULBRICH/ULBRICH, «Probleme der kaufmännischen Rügepflicht bei Werklieferungsverträgen in Verbindung mit Bauwerken», en *Festschrift für Thode*, 2005, pp. 149 y 150; SCHUDNAGIES, «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», NJW 2002, pp. 396, 398; OETKER/MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 3.<sup>a</sup> ed., 2007, § 8, nota marginal 11; cuestionándolo MANKOWSKI, MDR 2003, pp. 854, 856.

<sup>50</sup> BGH, NJW 1980, 2081; BauR 1990, 603, 604.

<sup>51</sup> BGH, NJW 2009, 2877.

<sup>52</sup> BGH, NJW 2009, 2877, nota marginal 13; y también SCHUMANN, ZGS 2005, pp. 250, 251; RUDOLPH, p. 82.

resulta, pues, determinante la utilización prevista del objeto, sino únicamente el contenido de la obligación contractual<sup>53</sup>.

El fallo del Tribunal Supremo Federal tiene como consecuencia que aquellos contratos celebrados con una parte que se obliga a construir el edificio y también a fabricar y suministrar los componentes del mismo, se regirán por el Derecho del contrato de obra, mientras que aquellos contratos celebrados con quien meramente fabrica y suministra los componentes, se regirán fundamentalmente por el Derecho del contrato de compraventa. Puesto que en ambas constelaciones de casos se trata de contratos sujetos a un cierto resultado, la aplicación de regímenes diferentes puede parecer injustificada<sup>54</sup>. La contradicción implícita en esta valoración es asumida incluso por el Alto Tribunal, pero tiene su origen en la intención unívoca del legislador, que no da lugar a una reducción teleológica<sup>55</sup>. Una interpretación que dependiese de la finalidad de la instalación de los componentes suministrados tampoco sería muy acorde con la Directiva 1999/44/CE, pues ésta no ofrece argumentos para tal subjetivización del concepto de cosa mueble<sup>56</sup>.

### b) Adquisición de la propiedad de la cosa fabricada

El § 651 BGB rige para contratos que tienen por objeto es el *suministro* de cosas muebles que han de fabricarse o producirse. Análogamente a lo que ocurre en la interpretación del concepto de cosa mueble, algunos autores también abogan por una interpretación del concepto de *suministro* desde el punto de vista del Derecho de cosas<sup>57</sup>. El concepto de *suministro*, en el sentido del § 651 BGB, hace referencia a una transmisión negocial de la propiedad. De aquí se desprende que el § 651 BGB no es de aplicación a aquellos contratos en los del § 950 BGB, en los que el comitente adquiere la propiedad de la cosa fabricada por fuerza de Ley, pues aquí no

<sup>53</sup> Voit, LMK 2009, 291387.

<sup>54</sup> Así también, RUDOLPH, p. 83.

<sup>55</sup> BGH, NJW 2009, 2877, argumentos número 16 y s.

<sup>56</sup> BGH, NJW 2009, 2877, argumento número 17; asimismo, RUDOLPH, p. 84, quien también señala que una tal interpretación del concepto de «mueble», independiente del uso a que esté destinado, se ciñe a la interpretación del concepto de «mercadería» según la CISG, la cual, por otra parte, habría apadrinado la concepción de la Directiva 1999/44/CE. En cuanto al concepto de mercadería en la CISG, v. STAUDINGER/MAGNUS (2005), Art. 1 CISG, nota marginal 50, con otras notas; v. también *Rechtbank Zwolle*, 29. 1. 2003, en <http://www.cisg.law.pace.edu>, junto con PILTZ, «Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht», NJW 2005, 2126, 2127.

<sup>57</sup> Voit, BauR 2002, 145; Ídem en: BeckOK, § 651; Jauernig/Mansel, 13.<sup>a</sup> ed. 2009, § 651 BGB, nota marginal 1; similarmente, Konopka/Acker, «Schuldrechtsmodernisierung-Anwendungsbereich des § 651 BGB im Bau-und Anlagenbauvertrag», BauR 2004, 251, 255.

ha lugar a la adquisición negocial de la propiedad, necesaria según el § 651 BGB. Esta solución tiene como consecuencia que a los contratos de fabricación de cosas muebles, cuyos materiales de partida sean proporcionados por el comitente –como ya ocurría en el Derecho antiguo– se aplica con toda propiedad el Derecho del contrato de obra.

Existen, sin embargo, dos argumentos de peso en contra de una interpretación del concepto de suministro conforme al Derecho de cosas. Por una parte, esto tendría como consecuencia que el ámbito de aplicación del § 651, apartado 2, BGB –que precisamente contempla aquellos casos en que los materiales de partida son proporcionados por el comitente– quedaría fuertemente restringido. Esto es difícilmente compatible con el tenor de la Ley y con la voluntad del legislador<sup>58</sup>. Por otra parte, una tal interpretación tampoco cumple los requisitos de una interpretación del § 651 BGB conforme a la Directiva. El concepto de «suministro» contemplado en el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/44/CE exige una interpretación autónoma para el Derecho europeo, independiente del Derecho de cosas de los Estados miembros. La aplicación de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros permitiría a éstos ampliar o restringir el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44CE para los contratos de fabricación de cosas muebles, mediante la correspondiente adaptación del régimen de atribución<sup>59</sup>.

Contra una interpretación que tenga como resultado que el § 651, inciso 2, BGB, se vea en gran medida privado de su ámbito de aplicación habla también el hecho de que dicha disposición fue creada expresamente como transposición del artículo 2, apartado 3, alternativa 2.<sup>a</sup>, Directiva 1999/44/CE. No es de suponer que, por una parte, al elaborar la Directiva se haya pretendido, en el artículo 2, apartado 3, alternativa 3.<sup>a</sup>, Directiva 1999/44/CE, una regulación expresa para los casos de vicios en los materiales aportados por el comprador [sic] para, a continuación, excluir estos casos de su ámbito de aplicación mediante una interpretación del concepto de suministro, en el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva, propia del Derecho de cosas<sup>60</sup>. Por esta razón, la única solución lógica es que la interpretación del concepto de suministro no sea la del Derecho de cosas, sino, antes bien, una de índole *económica*<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> MANKOWSKI, MDR 2003, 854, 855.

<sup>59</sup> HAGEN, JZ 2004, 713, 714; en el mismo sentido, KRUG, *Die Verweisung von Bau- und Anlagenverträgen in das Kaufrecht durch § 651 BGB*, Würzburg 2009, p. 108.

<sup>60</sup> KRUG, p. 108; en sentido similar, SCHUHMAN, ZGS 2005, pp. 250 y 255.

<sup>61</sup> HAGEN, JZ 2004, 713, 715; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 651 nota marginal 13.

Aun así, esta solución sigue siendo insatisfactoria con respecto a la garantía del contratista. Si es el comitente quien aporta los materiales de partida, entonces, según la opinión dominante, el comitente será considerado el «fabricante» en el sentido del § 950 BGB, y adquirirá, por fuerza de Ley, la propiedad de la nueva cosa fabricada. Esto tendrá como consecuencia que el contratista no podrá garantizarse su pretensión al precio de venta mediante una reserva de dominio. Sin embargo –a diferencia de lo que ocurre en el contrato de obra– no tiene legalmente el derecho de pignoración sobre la nueva cosa fabricada, puesto que el § 651, inciso 2, BGB no remite al § 647 BGB. Las garantías podrían ser atendidas mediante la pertinente adaptación del concepto de fabricante en el § 950 BGB, haciendo coincidir esta figura, no con el comitente, sino con el contratista<sup>62</sup>. El conflicto normativo entre el § 651 BGB y el § 950 BGB no puede resolverse mediante el Derecho de obligaciones, sino mediante el Derecho de cosas. Si se rechaza esa «irradiación del Derecho de cosas sobre la interpretación del § 651 BGB conforme a la Directiva, sólo quedaría como alternativa la recomendación al contratista de reservarse, mediante acuerdo contractual, el derecho de pignoración sobre la cosa nueva que ha de ser fabricada<sup>63</sup>.

## 2. CONTRATOS DE SUMINISTRO CON OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

También es objeto de controversia la cuestión de si el § 651 BGB incluye aquellos contratos, cuyo programa obligacional comprende, junto con el suministro de una cosa mueble, elementos esenciales de prestación de servicios, en especial los relativos a planificación e instalación.

### a) Prestaciones intelectuales

La cuestión anterior tiene fácil respuesta en aquellos contratos, en los que una cosa mueble ha de ser fabricada y suministrada, pero en los que el peso del contrato recae sobre una prestación inte-

<sup>62</sup> Así, RÖTHEL, NJW 2005, 625; aún va más allá Zirkel: «Sind Ausschlussfristen für erkennbare Mängel in AGB für werkvertragliche Leistungen passé?», NZBau 2006, pp. 412 y 414: La adaptación del concepto de fabricante en el § 950 BGB sería, incluso, recomendable con vistas a una interpretación conforme a la Directiva. Sin embargo, esto nos llevaría demasiado lejos, puesto que la Directiva no regula cuestiones relativas al Derecho de cosas.

<sup>63</sup> Cfr. HAGEN, JZ 2004, pp. 713 y 718.

lectual, por ejemplo, la elaboración de un informe, de un plano arquitectónico o de un folleto publicitario<sup>64</sup>. De hecho, en estos casos la prestación suele tener realizarse sobre un objeto corpóreo, por ejemplo una versión impresa del informe. Sin embargo, la caracterización tipológica del contrato, no debe depender del hecho de que la obra intelectual sea suministrada al comitente en forma corpórea o incorpórea, por ejemplo en versión electrónica.

Este mismo argumento debería permitir rechazar la aplicación del § 651 BGB a los casos de elaboración de software individual, independientemente de que éste sea suministrado en un soporte físico<sup>65</sup>. También en este caso es la prestación de un servicio de programación, y no el suministro de una cosa mueble, el factor relevante<sup>66</sup>. La cuestión sobre la aplicabilidad del § 651 BGB se plantea asimismo en los contratos relativos a la producción de obras artísticas (por ejemplo, un retrato de encargo). Con toda razón rechaza la literatura predominante la aplicación del § 651, inciso 1, BGB, con el argumento de que la obra de arte, como cosa mueble<sup>67</sup>, es una mera manifestación de una prestación intelectual, la cual constituye el verdadero núcleo del programa obligacional del contrato<sup>68</sup>.

## b) Prestaciones de planificación

Algunos autores también excluyen del ámbito de aplicación del § 651 BGB a aquellos contratos relativos a la fabricación y suministro de bienes de inversión típicos que conllevan una *considerable planificación*<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Palandt/Sprau, 69.<sup>a</sup> ed. 2010, § 651 BGB, nota marginal 5; METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 247; Leistner: «Die "richtige" Auslegung des § 651 BGB im Grenzreich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht», JA 2008, pp. 81 y 83.

<sup>65</sup> Oetker/Maultzsch, § 8, nota marginal 11; METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 247; v. también Mankowski, MDR 2003, pp. 854 y 857. Una panorámica sobre la opinión común, en Rudolph, pp. 240 y ss.

<sup>66</sup> Sobre la larga discusión acerca de si el software informático debe ser considerado como cosa, v. SCHWEINICH, «Geänderte Vertragstypen in Software Projekten», CR 2010, 1; MAUME/WILSER: «Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge», CR 2010, 209; BARTSCH: «Software als Rechtsgut», CR 2010, p. 553; v. también LEISTNER, JA 2008, pp. 81, 86 y ss., con otras notas.

<sup>67</sup> Sobre obras de arte no movibles y en aquellos contratos que sólo tengan por objeto la transformación de una obra de arte preexistente, se excluye la aplicación del § 651 BGB; cf. RUDOLPH, p. 231.

<sup>68</sup> V. sólo Palandt/Sprau, 69.<sup>a</sup> ed. 2010, § 651, nota marginal 5; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 651, nota marginal 14; en otro sentido, Metzger, AcP 204 (2004), pp. 231, 248 y 263, quien señala que, según la regla de presunción del § 44, apartado 1, UrhG, el comitente no adquiere, por lo general, el derecho de usufructo de patente, sino meramente la obra en sí. Se trataría en estos casos, también, de la propiedad de la cosa misma.

<sup>69</sup> METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 263; en el mismo sentido, Palandt/Sprau, 69.<sup>a</sup> ed. 2010, § 651, nota marginal 5. Considera especialmente los contratos sobre fabricación de prototipos de máquinas complejas.

Esta opinión ha sido rebatida por el Tribunal Supremo Federal en la mencionada Sentencia del 23 de julio de 2009<sup>70</sup>. El contrato objeto del litigio estipulaba que el contratista no sólo debía fabricar y suministrar los componentes para la construcción del silo, sino también había realizado un estudio técnico. Atendiendo a esta labor de planificación por parte del contratista, que va más allá de la mera fabricación y suministro, el *Oberlandesgericht* de Nuremberg asumió que el contrato debía regirse por el Derecho del contrato de obra. Sin embargo, en opinión del Tribunal Supremo Federal alemán, este elemento de planificación no era suficiente para que el núcleo de este contrato quedase sometido al Derecho del contrato de obra. Aquellas prestaciones de planificación que supongan meramente una *fase previa* para la prestación fundamental del contrato de fabricación de componentes no se oponen, en opinión del Alto Tribunal, a la aplicación del Derecho de compraventa como norma general<sup>71</sup>. En caso contrario, el § 651 BGB quedaría en gran medida vacío de contenido, pues toda fabricación de una cosa no fungible requiere una cierta labor de planificación<sup>72</sup>. Consideración distinta es la que hay que hacer cuando la prestación de planificación domina en tal grado que constituye el *núcleo del contrato* y, por tanto, requiere la aplicación del Derecho del contrato de obra<sup>73</sup>.

La sentencia del Alto Tribunal debería ser conforme con la Directiva 1999/44/CE. La Directiva no especifica a partir de qué punto las prestaciones adicionales a la fabricación y suministro de una cosa mueble hacen que el contrato en cuestión quede fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Precisamente carece de una disposición semejante al artículo 3, apartado 2, CISG, el cual establece que la CISG no rige para aquellos contratos «en los que la parte *principal* de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios». La comparación de ambos textos avala el argumento de que el umbral de aplicación de la Directiva 1999/44/CE –en interés de una defensa del consumidor lo más eficaz posible– ha de ser más alto que el contemplado en la CNUCIM. Únicamente aquellos contratos en los que la prestación de servicios constituya un elemento *claramente predominante* en el conjunto de las obligaciones deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

<sup>70</sup> BGH, NJW 2009, p. 2877.

<sup>71</sup> BGH, NJW 2009, p. 2877, nota marginal 25.

<sup>72</sup> Así también, Messerschmidt/Leidig, en Messerschmidt/Voit: *Privates Baurecht* (2008), § 651 BGB, nota marginal 49.

<sup>73</sup> BGH, NJW 2009, 2877, nota marginal 25. El Alto Tribunal aduce como ejemplo un contrato, en el que lo fundamental es la planificación de un problema de construcción.

### c) Servicio de instalación

La cuestión de si la asunción de una obligación en cuanto a la prestación de un servicio, que se suma a la fabricación y suministro de una cosa mueble, se opone a la aplicación del § 651 BGB, se plantea no sólo en relación con aquellas prestaciones que se realizan *antes* de la fabricación, sino también con respecto a aquellas que se realizan después, o *en el momento* o *después* del suministro. En estos casos se trata fundamentalmente de contratos de suministro con obligación de realizar la instalación.

A primera vista, la respuesta a la cuestión de la clasificación tipológica de estos contratos parece encontrarse en el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB. Según esta disposición, existe vicio material también cuando la instalación acordada por el vendedor o sus auxiliares no resulte conforme. La regulación de los contratos de suministro con obligación de instalación, contemplada en el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB, avala, podría pensarse, la inclusión de dichos contratos en el régimen del contrato de compraventa. Sin embargo, esta conclusión es errónea. El § 434, apartado 2, inciso 1, BGB no regula por sí mismo la adscripción tipológica de los contratos. Su aplicación presupone, más bien, la consideración del contrato como contrato de compraventa. En otras palabras: el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB forma meramente parte del *programa de consecuencias jurídicas* del Derecho de compraventa<sup>74</sup>. A favor de esta interpretación de la norma cabe invocar también el artículo 2, apartado 5, Directiva 1999/44/CE, cuya transposición encontramos en el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB. El tenor del artículo 2, apartado 5, Directiva 1999/44/CE requiere que «la instalación esté incluida en el contrato de compraventa». Así, pues, los casos relativos a la instalación sólo quedan comprendidos en la Directiva cuando el núcleo del contrato se centra en la obligación de prestar un servicio<sup>75</sup>.

Al igual que en el caso de las prestaciones de planificación previa a la fabricación, el umbral de aplicación debe ser aquí más alto que el establecido por el artículo 3, apartado 2, CNUCIM. Fuera del ámbito de aplicación de la Directiva quedarían, entonces, solamente aquellos casos en que las prestaciones relativas a la instalación supondrían una parte claramente predominante del programa obligacional del contrato. La Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, del 3 de marzo de 2004 (adoptada según el antiguo Derecho de obligaciones), según la cual un contrato de suministro

<sup>74</sup> Coincide RUDOLPH, p. 188, con otras notas.

<sup>75</sup> SCHUHMAN, ZGS 2005, pp. 250, 252 y ss.; en este mismo sentido, RUDOLPH, p. 190.

e instalación de una placa solar era considerado un contrato de compraventa, puesto que la remuneración por la instalación suponía una parte relativamente pequeña, aproximadamente entre el 20 y el 25 por 100, de la remuneración total, seguiría siendo plenamente convincente, desde el punto de vista del Derecho actual.

## V. CONCLUSIONES

La nueva delimitación de la frontera entre el Derecho de compraventa y el Derecho del contrato de obra, en el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones, ha dado lugar a una serie de contradicciones en la valoraciones y conflictos normativos, tanto dentro del propio Derecho de obligaciones como en su relación con el Derecho de cosas. La causa de estas tensiones tectónicas se halla esencialmente en la decisión del legislador alemán de colocar el concepto de contrato de compraventa de la Directiva 1999/44/CE, muy imbuido del principio de protección al consumidor, en la base del nuevo sistema contractual nacional. Sin embargo, al hacerlo no ha prestado suficiente atención al hecho de que el sistema de clasificación contractual en el Derecho europeo secundario persigue fines distintos que los correspondientes sistemas de clasificación de los tipos contractuales que encontramos en los ordenamientos de los distintos Estados miembros. Así, el empleo del término *contrato de compraventa* en la Directiva 1999/44/CE sólo sirve para determinar el ámbito material de aplicación de las disposiciones relativas a la defensa del consumidor, contenidas en dicha Directiva. La inclusión en un sistema de tipos contractuales –aún inexistente a nivel europeo– no está directamente relacionada con la clasificación de un contrato como *contrato de compraventa*. Por esta razón también crea incertidumbre el intento del TJCE de crear un sistema de tipos contractuales extensivo de todos los ámbitos de aplicación, a modo de puente entre el Derecho Procesal Civil europeo y el Derecho europeo de defensa del consumidor. Dada la fuerte dependencia contextual de los conceptos de *contrato de compraventa* y *contrato de servicios* tal como aparecen en los actos jurídicos secundarios, resulta dudoso que realmente puedan encontrarse criterios uniformes para estos términos. Las experiencias mixtas en la adopción del amplio concepto del Derecho de compraventa, plasmado en la Directiva 1999/44/CE, deberían ser tenidas en consideración al abordar los próximos pasos legislativos en el camino hacia la ampliación del sistema en el marco del *acquis communautaire*, especialmente

en los actuales trabajos tendentes a consolidar un Marco Común de Referencia y un Derecho contractual europeo de carácter opcional. En cualquier caso, parece dudoso que la amplia definición del concepto de contrato de compraventa, tal como aparece recogida en el artículo IV.A.-1:102 DCFR, evidentemente inspirada en el modelo de la Directiva 1999/44/CE, y en la que se echan en falta las restricciones derivadas del artículo 3, apartados 1 y 2, CNUCIM, constituya un fundamento adecuado para ello.