

DIREITO DO CONSUMO E CÓDIGOS CIVIS: O “MODELO” ALEMÃO

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

EXCERTOS

“Una de las posibles razones que pueden explicar la falta de un código de consumo en Alemania es que no se daban aún las bases de un verdadero derecho de consumo”

“Con apoyo en la doctrina, se afirma que todo ciudadano es a la vez consumidor y todo consumidor es a la vez ciudadano”

“El contrato de consumo, esto es el contrato entre un empresario y un consumidor”

“Con la integración del derecho contractual de consumo en el BGB éste ha perdido, al menos en parte, su significado de código tal como fue concebido a finales del siglo XIX”

“El ideal de la abstracción del BGB se ha perdido con tanta concreción y particularismo que ahora abunda en muchas normas del derecho de obligaciones del BGB, debido, sobre todo, a la excesiva reglamentación del derecho comunitario”

I. Introducción

El BGB es uno de los pocos códigos civiles del Espacio Económico Europeo¹ que ha integrado en su texto el derecho contractual de consumo². La integración tuvo lugar por la Ley de Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 26 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1º de enero de 2002. El detonante de la reforma fue la transposición al derecho alemán de las Directivas 99/44/CE sobre las garantías en la venta de bienes de consumo y 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. Otra directiva, dirigida exclusivamente a las operaciones entre empresarios, la Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad en las operaciones comerciales, también se quería integrar en el BGB, en lugar de su transposición a una ley especial. Debido a los plazos perentorios para la transposición de las directivas a los derechos nacionales, el Gobierno Federal alemán se tuvo que plantear en un tiempo relativamente corto si estas directivas deberían ser transpuestas a leyes especiales o si se debería optar por otro camino. El Gobierno Federal eligió el camino más valiente con su decisión de incorporar estas directivas en el BGB al mismo tiempo que llevó a cabo una reforma ambiciosa del derecho de obligaciones que había quedado prácticamente intacto desde el año 1900, que es cuando entró en vigor el BGB.

Debe quedar muy claro que la integración del derecho de consumo en el BGB sólo afecta al derecho contractual. Quedan fuera aquellas regulaciones de consumo que sean extracontractuales (p.e., la responsabilidad por productos defectuosos, regulada por la Ley de 1 de enero de 1990) y otras materias por razones concretas, como veremos más adelante (p.e., los deberes de información que están regulados en los arts. 238 y ss. EGBGB).

Por parte del Ministerio de Justicia del Gobierno Federal se presentó el 8 de agosto de 2000 un Proyecto de Discusión de una ley de modernización del derecho de obligaciones (*Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), cuyo debate dio lugar al Texto Consolidado (*Konsolidierte Fassung*), de 6 de marzo de 2001, que fue revisado nuevamente (*Neue Fassung*), con fecha de 22 de marzo de 2001³. Para la formulación de propuestas, en el mes de diciembre de 2000, la ministra federal de Justicia nombró una comisión para la revisión del derecho del incumplimiento (*Leistungsstörungenrecht*), creándose después grupos de trabajo más pequeños. Al mismo tiempo se constituyeron grupos de trabajo a nivel federal. El 9 de mayo de 2001, el Gobierno Federal aprobó el proyecto de ley. A este proyecto se presentó un texto alternativo elaborado por las fracciones parlamentarias del Partido Socialdemócrata y de la Unión

de los Verdes. Inmediatamente después el Gobierno Federal hizo públicos los Motivos del Proyecto y el Texto de Ley para la Modernización del Derecho de Obligaciones, el cual fue informado por el Consejo Federal (*Bundesrat*) con fecha de 18 de mayo de 2001. La Comisión Jurídica del Parlamento Federal aprobó el Proyecto de Ley el 25 de septiembre de 2001 después de que expertos en las materias reformadas expusieran públicamente en los días 2 a 4 de julio sus opiniones sobre el texto propuesto. Durante este corto tiempo desde que se presentó el Proyecto de Discusión hubo numerosas reuniones científicas para debatir el Proyecto de Ley^{4 5}.

Los grandes temas de la reforma fueron la prescripción –llegándose a instaurar un nuevo modelo–, el incumplimiento –se revisaron temas tan importantes como la imposibilidad y se articuló un nuevo modelo de remedios por incumplimiento–, la culpa *in contrahendo*, la alteración de la base del negocio jurídico y la lesión positiva de la pretensión contractual –con ello se codifican estas figuras de creación jurisprudencial– así como la compraventa –se adaptó a la Convención de Viena y a la Directiva 99/44/CE– y la incorporación del Derecho contractual de consumo. En un tiempo relativamente breve se llevó a cabo esta gran reforma que regula total o parcialmente las materias que siguen⁶: la prescripción (§§ 194 y ss.), el tipo básico de interés (§ 247), la exclusión del deber de prestación (§ 275), la responsabilidad del deudor (§ 276), la indemnización de daños por lesión del deber (§ 280 y ss.), la configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación (§§ 305 y ss.), la constitución, el contenido y la finalización de las relaciones obligatorias (§§ 311 y ss.), la adaptación y finalización de contratos (§§ 313 y 314), los derechos unilaterales de configuración de la prestación (§ 321 y ss.), la resolución, el derecho de revocación y de restitución en los contratos con consumidores (§§ 346 y ss.), la compraventa y la permuta (§§ 433 y ss.), los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§§ 481 y ss.), el contrato de préstamo, ayudas de financiación y los contratos de suministro por entregas entre un empresario y un consumidor (§§ 488 y ss.), los contratos de préstamo de cosa (§§ 607 y ss.), el contrato de obra (§ 619 a y 633 y ss.), el contrato de mediación de préstamo entre un proveedor y un consumidor (§§ 655 a y ss.) y algunas otras figuras, p.e., servicios matrimoniales (§ 675)⁷.

Se debe señalar al lector portugués y brasileño que esta gran reforma no se hizo sobre terrenos más o menos pantanosos, sino que detrás había un importante trabajo realizado durante la década de los setenta y principios de

los ochenta del siglo pasado a instancia del Ministerio de Justicia del Gobierno Federal⁸. De modo que el Gobierno Federal, cuando se decidió en 2000 por la gran reforma, tenía entre sus manos un material muy valioso elaborado por los juristas más prestigiosos de aquellas décadas, el cual sirvió de base para redactar el Proyecto de Discusión.

Sin lugar a dudas, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones es la reforma más importante que ha habido en el derecho alemán de obligaciones después de la AGB-G (Ley de Condiciones Generales de la Contratación) de 1978. Si esta ley fue el buque insignia del derecho alemán durante mucho tiempo, ahora tenemos una nueva aportación alemana al derecho de obligaciones. Entre las novedades, está, como ya se ha dicho antes, la incorporación del derecho contractual de consumo. Con esta incorporación el derecho contractual de consumo formará definitivamente parte del derecho privado general de obligaciones y contratos. Vamos a profundizar un poco más en esta novedad que ofrece el ordenamiento privado alemán, centrándonos, en primer lugar, en las posibles alternativas que tenía el Gobierno Federal para cumplir los mandatos de transposición del derecho contractual comunitario de consumo. Con independencia de esta particularidad, que es propia del derecho comunitario, cualquiera de las opciones que tenía el Gobierno Federal sirve de reflexión a cualquier legislador nacional.

II. Las opciones de técnica legislativa para la revisión/transposición del derecho contractual de consumo

1. Regulación mediante leyes especiales

Una de las opciones que tenía el Gobierno Federal era la transposición de las Directivas 99/44/CE y 2000/31/CE a leyes especiales como había hecho hasta ahora con las directivas anteriores de protección de los consumidores. Además, tenía que transponer la Directiva 2000/35/CE. Una ingente tarea que podía tener su respuesta en leyes especiales. Esta vía que algunos defendieron era lo que se llegó a denominar la «pequeña solución» (*kleine Lösung*) porque a juicio de algunos críticos la reforma gubernativa requería más tiempo del que se disponía. La opción de incorporar el derecho contractual de consumo en el BGB y la reforma de algunas instituciones importantes como la prescripción, el incumplimiento en general o la compraventa exigían un esfuerzo que en tan poco tiempo no se podía lograr si se querían obtener resultados satisfactorios.

Para LIEB, cuando tiene conocimiento del Proyecto de Discusión, piensa que el fruto aún no estaba maduro como para una reforma tan grande como la que se pretendía⁹. Más de uno de los interlocutores de la reforma preferían la pequeña solución y dejar para más adelante una reforma de obligaciones y contratos de mayor alcance.

2. La promulgación de un código de consumo

Siguiendo la estela de otros países (Austria, Italia, Francia, España), el Gobierno Federal podría haber pensado en un código de consumo. Esta opción, sin embargo, nunca llegó a tener unos claros defensores en Alemania. Es llamativo que MEDICUS, uno de los grandes profesores alemanes del derecho privado moderno, en sus conclusiones en las jornadas que se celebraron en Regensburg los días 17 y 18 de noviembre de 2000 sobre el Proyecto de Discusión, viera preferible su integración en el BGB, aunque tampoco rechazara explícitamente un código de consumo (*Verbrauchergesetzbuch*), ni la transposición de las directivas a leyes especiales¹⁰. Se ha argumentado que un código de consumo no puede comprender todas las normas de consumo. SCHMIDT-RÄNTSCH pone como ejemplo la Directiva 99/44/CE, cuya transposición específica supondría una excesiva separación de la compraventa en general impidiendo con ello una visión de conjunto de tal contrato¹¹. Esta crítica, que puede estar justificada, no ha impedido que se haya regulado por separado la venta de bienes de consumo (p.e., en España, primero mediante una ley especial¹² y después fue integrada en los arts. 114 y ss. TRLGDCU¹³). Este mismo autor entiende que un código de consumo impide un conocimiento visible del ordenamiento jurídico y de las situaciones jurídicas que regula. Finalmente, piensa que un código de consumo debilita considerablemente el BGB¹⁴. Es difícil saber por qué Alemania no optó antes por un código de consumo. Como en todos los ordenamientos jurídicos de su entorno, primero surgieron leyes especiales para proteger a los contratantes débiles (la primera ley es la de Aplazamiento de pago (AbzG) en 1894). En 1977 entró en vigor la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (AGB-G)¹⁵. Y después por la transposición de directivas sucedieron otras leyes especiales. Una de las posibles razones que pueden explicar la falta de un código de consumo en Alemania es que no se daban aún las bases de un verdadero derecho de consumo. Para ello era necesaria una densidad normativa en materia de consumo cualitativa y cuantitativamente mayor de la que en ese momento existía¹⁶. En España, aun cuando no existía una densidad cualitativa y cuantitativa suficiente como

para codificar el derecho de consumo, se aprobó en 1984 la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), que, sin embargo, estaba en ese momento vacía de contenido; lo que puede explicar que después se empezara a vaciar aún más, aprobándose sucesivas leyes especiales en lugar de integrarlas en la LGDCU. Sólo en 2007 es cuando se refunde el derecho de consumo contractual por mandato de la Ley 23/2003. Aunque el TRLGDCU no es formalmente un código de consumo lo es de hecho. No es simplemente una suma de las leyes especiales, sino un texto vertebrado –mejor o peor– del derecho de consumo –p.e., regula con carácter general los contratos con consumidores y usuarios en los arts. 59 y ss.– Volviendo a Alemania, al menos en los años noventa ya existía esa densidad normativa tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo para haberse decidido por un código de consumo. El que no se decidiera esta opción legislativa quizá se deba –puede ser una de las razones– a que para un sector de la doctrina alemana el derecho contractual de consumo no está tan separado del derecho contractual común, ni debe estarlo¹⁷. En Alemania, como en todos los ordenamientos jurídicos modernos, la doctrina se ha planteado si el derecho de consumo es un derecho especial¹⁸. R. ZIMMERMANN se hace la pregunta que todos nos formulamos: el derecho de consumo ¿constituye una parte especial del derecho privado, con sus propios valores y riesgos definidores (y, aun otros añadirían, con su ideología propia)? ¿Acaso trata con tipos o clases especiales de personas que necesitan ser protegidas? En su opinión, los consumidores no son una clase. Cualquiera que desempeñe un papel determinado puede llegar a ser consumidor¹⁹. Visto así, más que hablar del consumidor al menos en las relaciones contractuales habría que referirse al contratante débil, que, necesariamente, requiere una mayor protección que el comerciante, pero no hay que crear sistemas especiales para proteger al consumidor. Incluso los comerciantes son consumidores fuera de su ámbito comercial o pueden ser la parte débil en la contratación con otros comerciantes o con la Administración Pública.

3. La integración del derecho contractual de consumo en el BGB

Integrar el derecho contractual de consumo en el BGB no es algo totalmente nuevo cuando el Gobierno Federal lo propone en su Proyecto de Discusión de 2000. Ya en 1983, H.P. WESTERMANN defendió la integración en su informe sobre la Revisión del Derecho de Obligaciones,

si bien no fue asumida su propuesta en el Informe de Conclusiones de 1992. En el año 2000 la situación es bien diferente, habida cuenta de que había aumentado la densidad normativa, cualitativa y cuantitativamente, en el derecho contractual de consumo, debido en gran parte a la necesaria transposición de las directivas comunitarias al derecho interno. Es a partir de entonces cuando podía tener más sentido que el BGB se ocupara también de las relaciones contractuales con consumidores. Para comprender mejor las intenciones del legislador, no se debe olvidar que el Gobierno Federal quería reformar parte del derecho de obligaciones. Al mismo tiempo, quería modernizar la compraventa a semejanza de la Convención de Viena. En lugar de separar la compraventa de bienes de consumo de la compraventa en general, se quería hacer una reforma global. Además, muchas materias de consumo contractual del derecho comunitario estaban sometidas al BGB. Había razones suficientes para decidirse por la integración en el BGB²⁰. El Gobierno Federal optó desde el primer momento por la «gran solución» (*grosse Lösung*). Una reforma amplia permitía tocar los tres principales ámbitos del derecho de obligaciones que necesitaban ser modernizados: la prescripción, el incumplimiento y la compraventa. La modernización empezaba a ser un imperativo categórico para el mundo jurídico alemán desde comienzos de los años setenta del siglo pasado, y en particular a partir de la Convención de Viena por su relevancia práctica en las operaciones comerciales con empresas alemanas, así como también por las nuevas aportaciones de los principios *Unidroit*. Para el Gobierno Federal estaba claro que había que reformar la compraventa a partir del modelo de la Convención de Viena, modelo que influyó decididamente en la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes. La «gran solución» estaba a un tiro de piedra de ser aceptada por la mayoría de los juristas alemanes que algo tenían que decir al Gobierno Federal (si bien nos dice ZIMMERMANN que la gran reforma les cogió desprevenidos²¹). Aunque algunos estaban más a favor de la «pequeña solución», la opinión general se declinaba por la «gran solución». Había llegado el momento de revitalizar y modernizar el BGB. Ese momento había que aprovechar. De no hacerlo, habría que esperar otro cuarto de siglo para una reforma profunda del Derecho de Obligaciones. Se tenía como referencia el Nuevo Código Civil holandés (NBW) de 1992. En definitiva, había llegado el momento de una recodificación parcial del BGB. Con la reforma se conseguiría al mismo tiempo la europeización del BGB²². Analicemos ahora las principales razones de la integración del derecho contractual de consumo en el BGB.

4. Razones a favor de la integración del derecho contractual de consumo en el BGB

4.1. Mayor transparencia y visibilidad del ordenamiento jurídico privado

Si se leen los motivos del Proyecto de Discusión, que después se repiten en los textos sucesivos, el principal motivo es la necesaria transparencia y visibilidad del ordenamiento jurídico privado²³, la cual se estaba perdiendo progresivamente por numerosas leyes especiales de protección de los consumidores²⁴. El Gobierno Federal consideró necesario recuperar esa transparencia y visibilidad, aspecto que sólo se podía lograr, entendía él, mediante la incorporación al menos del derecho contractual de consumo en el BGB. Con ello, se dice expresamente, la importancia del BGB como codificación civil central del ordenamiento jurídico alemán se conseguiría restaurar y reforzar²⁵. En el Proyecto de Discusión se argumenta que la incorporación supondría un notable avance en la transparencia y comprensión de un ordenamiento jurídico que regula un mismo tipo contractual –p.e., préstamo y crédito de consumo– en diversas leyes o que articula el derecho de desistimiento para ciertos negocios de consumo regulados en el BGB, pero cuyos presupuestos y consecuencias hay que buscarlos fuera del mismo²⁶. En el Proyecto de Gobierno se precisa que con la incorporación del derecho contractual de consumo el BGB tiene más fuerza integradora y garantiza y refuerza la unidad del derecho de obligaciones. Tomando nota de la opinión de MEDICUS, los defensores del proyecto advierten del sucesivo desplazamiento del derecho de obligaciones del BGB por leyes especiales cuando son negocios en masa. A favor de la incorporación se cita la AGB-G, que se ha desarrollado desde su aplicación como materia central del derecho de obligaciones²⁷.

4.2. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano

En la defensa del Proyecto de Discusión del Gobierno Federal se hace una afirmación que para muchos puede resultar chocante o al menos llamativa. Con apoyo en la doctrina, se afirma que todo ciudadano es a la vez consumidor y todo consumidor es a la vez ciudadano²⁸. Para los defensores del proyecto la protección del consumidor es una idea general que es inmanente al derecho de obligaciones –impregnado en parte por el derecho comunitario– y que desde hace algún tiempo ha encontrado eco en el BGB. Conviene señalar aquí que

en virtud de la transposición de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, además de la ley especial para los contratos a distancia de 27 de junio de 2000, se incorporaron antes de la gran reforma algunos preceptos del derecho de consumo en el BGB (vid. §§ 13, 14, 241 a, 361 a, 361 b, 661 a, 676 h).

Centrémonos en los §§ 13 y 14, que definen, respectivamente, el consumidor y el empresario, figuras totalmente extrañas a un código que aunque tenía que mirar al siglo XX cuando se redactó estaba anclado en el siglo XIX. Resulta casi chirriante que el Código Civil alemán o el Código Civil de los ciudadanos (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que tiene como ejes centrales el

Es difícil saber por qué Alemania no optó antes por un código de consumo

individuo abstracto, la toda poderosa voluntad contractual y la propiedad absoluta, incorpore, sin más, el concepto de consumidor, y con ello necesariamente el concepto de empresario. El BGB no tenía nada de social cuando se aprobó en 1896 (entró en vigor en 1900). Como

afirman WESENBERG y WESENER, la codificación estaba anticuada en el momento de promulgarse²⁹. Pero, como todos los códigos civiles, el BGB era y es un texto lo suficientemente dúctil como para ser interpretado y aplicado según las transformaciones sociales de cada momento histórico. Por otra parte, nadie duda de la aportación técnica que supuso para el derecho de obligaciones el BGB, que para muchos es notable³⁰. La incorporación del consumidor y con ello del empresario en el BGB, sin ninguna reforma a fondo del derecho de obligaciones, podría resultar forzada, según criticaron muchos, para la propia identidad e integridad del Código³¹. Por otra parte, el concepto de consumidor debe proceder necesariamente del derecho comunitario, que es el que define el consumidor. No obstante, para el derecho alemán el consumidor no es alguien con un estatuto jurídico específico. Para ZIMMERMANN, el BGB ha adoptado de modo encomiable lo que podría ser considerado como un enfoque funcional y «circunstancial» en materia de protección del consumidor. A su juicio, lo determinante no es tanto el concepto de «consumidor», sino el de contrato de «consumo»³². Esta idea puede explicar muy bien la intercomunicación que puede haber entre el derecho contractual de consumo y el derecho de obligaciones y contratos en general. Con el § 13 del BGB se consigue que haya un único concepto de consumidor para todas las relaciones de consumo –no sólo para las relaciones contractuales–. Un concepto que ha de coincidir con el derecho comunitario y que en lo esencial coincide con él, si bien el

consumidor es concebido de forma más amplia en el derecho alemán³³. Con la incorporación del consumidor y del empresario conforme al derecho comunitario y de las directivas comunitarias en materia de contratos de consumo el BGB se ha europeizado de forma sutil³⁴. Al mismo tiempo, se puede decir que el BGB se ha socializado con la protección del consumidor, que se extiende también al ciudadano, dejando de ser un código meramente abstracto. El BGB reconoce las desigualdades de la contratación pero al mismo tiempo protege al ciudadano débil, en particular al consumidor. La protección que hasta la década de los setenta del siglo pasado otorgaban los §§ 138 y 242 del BGB se refuerza ahora con las normas de consumo, pero dentro del BGB y no fuera, en leyes especiales. El modelo social que para muchos significa el derecho de consumo forma parte del BGB con la Reforma de 2002.

4.3. La permeabilidad del derecho común de obligaciones y contratos y del derecho contractual de consumo

El contrato de consumo, esto es el contrato entre un empresario y un consumidor, es para los redactores del Proyecto del Gobierno Federal la forma típica del contrato obligacional³⁵. Hay mucho de verdad en esta afirmación. En el mercado las relaciones contractuales económicamente importantes son las operaciones comerciales entre empresarios y con consumidores. Las operaciones de intercambio entre particulares son económicamente mucho menos relevantes. Con la aparición del derecho de consumo el BGB había perdido en parte su significación en el mercado (muchas de las relaciones contractuales tenían su regulación en leyes especiales), si bien nunca dejó de tener una función orientadora y subsidiaria para la resolución de los conflictos contractuales. La singularidad de la tesis de los redactores del Proyecto del Gobierno Federal es que supone un avance en la concepción del derecho contractual de consumo. Aunque subjetivamente el consumidor es un sujeto que requiere una mayor protección, objetivamente el derecho de consumo puede encontrar acomodo en los contratos entre empresarios³⁶. Se quiere romper con la idea de que es un derecho especial. Ni siquiera la AGB-G fue concebida como una ley especial ya que fue articulada en un único texto el Derecho de las condiciones generales de la contratación. El Gobierno Federal tenía como referencia para imbricar más el derecho contractual de consumo en el derecho común el nuevo Código Civil holandés (NWB). Y también se apoyó en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), que a

su vez incorporan las condiciones generales de la contratación y la cláusula general de buena fe. Por razones de tiempo, quedaron fuera del proyecto otros textos europeos (el Texto de Pavía, los Principios *Acquis* y el *Draft Common of Reference*).

Un sector de la doctrina es bastante receptivo a esta idea, desde que se presentó el Proyecto de Discusión, de que con el derecho de consumo en el BGB se pueda reorientar todo el derecho de obligaciones y contratos³⁷. Aunque otros piensan que la separación va a seguir existiendo después, por lo que la interpretación de las normas de consumo seguirá siendo restrictiva y tampoco tiene cabida la analogía *legis* dentro del BGB para aplicar normas de consumo a situaciones contractuales en las que no hay un consumidor o que no son de consumo. Sólo el tiempo dirá si es real la aproximación entre el derecho contractual de consumo y el derecho común, lo que dependerá de cómo evolucionan las relaciones jurídicas y también de las respuestas que los tribunales tendrán que dar a problemas jurídicos concretos. Hay materias que se prestan a una mayor permeabilidad, como las condiciones generales de la contratación, la contratación a distancia, la contratación electrónica y la compraventa. Sin embargo, tal como se ha incorporado el derecho contractual de consumo en el BGB, se observa que hay una separación a veces muy rígida, como sucede incluso con el régimen legal de las condiciones generales de la contratación, que figura en un bloque independiente en los §§ 305-310.

En definitiva, habrá que esperar para ver si el derecho de obligaciones en el BGB evoluciona hacia un derecho más integrador, superando la concepción –ya tradicional– del derecho contractual de consumo como derecho especial³⁸.

4.4. La unificación de reglas jurídicas en materia de consumo

Quien conoce los sistemas nacionales de la UE, sabe que cada vez que se define el consumidor o se regula algún derecho específico (como, p.e., el desistimiento) en una directiva hay que dictar la correspondiente norma nacional, lo que ha tenido como consecuencia una legislación divergente sobre cuestiones comunes (propiciada en parte por el propio derecho comunitario) que se podría evitar mediante la unificación de reglas y criterios. Esta unificación es uno de los logros de la integración del derecho de contractual de consumo en el BGB, si bien el mismo efecto se habría producido también en un código de consumo. La unificación de reglas y criterios comenzó con la incorporación de la Directiva 97/7/CE en el BGB y necesariamente se quería seguir con la reforma propuesta en el año 2000.

5. Objeciones a la integración del derecho contractual de consumo en el BGB

5.1. La pérdida de los ideales codificadores

Con la integración del derecho contractual de consumo en el BGB éste ha perdido, al menos en parte, su significado de código tal como fue concebido a finales del siglo XIX. Como todos los códigos europeos del siglo XIX, el BGB respondía a un ideal unificador del derecho existente en aquel momento. Esta unificación se ha perdido ahora con la integración del derecho contractual de consumo ya que, principalmente, se colocan las normas que antes eran especiales en el BGB de una forma más o menos coherente, si bien, hay que reconocer también, de forma lo más transparente y visible. No se hizo, sin embargo, una reforma global de toda la materia de obligaciones y contratos –parte general y especial–. No estamos ante un cuerpo legal compacto, perfectamente integrado como lo era el BGB en su redacción originaria.

El ideal de la abstracción del BGB se ha perdido con tanta concreción y particularismo que ahora abunda en muchas normas del derecho de obligaciones del BGB, debido, sobre todo, a la excesiva reglamentación del derecho comunitario. La concisión y brevedad de muchos preceptos del BGB contrasta con normas tan largas en extensión como el § 312 o el § 312 c, más propias de reglamentos que de normas de un código.

El ideal de la permanencia se ha tenido que abandonar definitivamente al admitirse la Gran Solución (*die grosse Lösung*). Cada vez que se apruebe una directiva o un reglamento comunitario el Gobierno Federal se tiene que preguntar por la necesidad de su transposición al ordenamiento interno. Resulta más fácil redactar o modificar un código de consumo o una ley especial –en el caso, p.e., de que una directiva estaba ya transpuesta–, que alterar el código civil. Se trata de una realidad exclusiva del ordenamiento jurídico comunitario, que no tiene parangón en el resto del mundo. De un modo muy expresivo, W. ROTH afirma que la decisión de incorporar el derecho contractual de consumo en BGB ha convertido a éste en un solar para un edificio en permanente construcción³⁹. El hecho de que se haya optado por una integración más formal, ubicando las normas especiales en el lugar que se ha considerado procedente, facilita, no obstante, las necesarias reformas del BGB sin tener que alterarlo en su esencia (p.e., los §§ 481 y ss., que regulan el derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, han podido ser actualizados con suma facilidad después de que se

aprobara la nueva Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero, sobre la misma materia y que modifica sustancialmente la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre).

5.2. La integración en el BGB no es total

No todo se podía integrar en el BGB. Ha quedado fuera la regulación de casi todos los deberes de información al consumidor en contratos de consumo, que son vitales para una óptima protección jurídica de sus intereses. La pretendida visibilidad y transparencia que se ha intentado con la reforma sin embargo no se ha logrado porque el consumidor, cuando quiere conocer sus derechos de información, tiene que recurrir, principalmente, a la Ley de Introducción del BGB (EGBGB). En parte, se comprende que los deberes de información en cada uno de los contratos de consumo específicos se hayan querido regular fuera del BGB, puesto que las normas comunitarias son verdaderas normas reglamentarias⁴⁰. Se promulgó un Reglamento de deberes de información según el BGB (BGB-InfoV) al mismo tiempo de la Reforma de 2002. Con posterioridad, en virtud de una reforma en 2011, se insertó en el capítulo VII la regulación de los deberes de información a partir de los arts. 238 y ss.). Una de las cuestiones no resueltas en la reforma es la consecuencia civil de la infracción del deber de información.

La razón principal de la creación del capítulo VII en la EGBGB por la Reforma de 2002 fue que los §§ 27 y 27 a) de la AGB-G no podían formar parte del BGB dado que contenían normas de autorización para la promulgación de disposiciones reglamentarias⁴¹, de modo que se optó por la inserción de estos dos párrafos en la EGBGB, en los arts. 240 y 241, creando el mentado capítulo.

Por la propia complejidad de la materia, la regulación del comercio electrónico se ha dejado fuera del BGB. La principal regulación es la Ley de Telecomunicaciones y Medios de Comunicación (TMG), de 26 de febrero de 2007. En el BGB, en la parte dedicada al negocio jurídico, los §§ 126.3 y 126 a) se refieren a la forma electrónica de las declaraciones de voluntad. Y el § 312 e) establece los deberes del empresario en el comercio electrónico.

La regulación de las acciones de cesación y de retractación también se dejó fuera para aprobar *ex profeso* una ley específica (UKlaG⁴²) en el marco de la Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones. Es una solución totalmente correcta puesto que el BGB ha de contener sólo derecho material, pero no materia procesal (en la AGB-G estaban regulados ambos –los §§ 13 y ss. se ocupaban de las acciones procesales–).

Ha quedado fuera del BGB el derecho delictual de consumo. La norma básica del derecho delictual civil, articulada en el § 823 BGB, ha quedado intacta por el derecho comunitario. El Gobierno Federal no se planteó la integración del derecho de daños por productos defectuosos ni las normas sobre seguridad de productos en el BGB, ni siquiera cuando aprobó otra ley muy importante, la Ley de Modificación de las Disposiciones del Derecho de daños, de 19 de junio de 2002 (entró en vigor el 1 de agosto de 2002)⁴³. La principal ley es la Ley de responsabilidad por productos defectuosos (ProdHaftG), de 15 de diciembre de 1989 (reformada por la Ley de 17 de julio de 2002).

5.3. La convivencia en el BGB de cuerpos extraños

Es inevitable la convivencia de cuerpos extraños en el BGB con la integración del derecho de consumo. En un mismo cuerpo legal conviven normas con la misma letra del siglo XIX y normas del siglo XXI con un lenguaje totalmente nuevo. En la aplicación del derecho de obligaciones el operador jurídico tiene que acostumbrarse a trabajar al mismo tiempo con normas dispositivas e imperativas⁴⁴. Por un lado se reconoce la libertad contractual y por otro se niega. Aunque tampoco es totalmente nuevo si tenemos presente que la regulación de las relaciones arrendaticias de vivienda en los §§ 549 y ss. BGB es básicamente imperativa.

Valga como ejemplo la regulación de las condiciones generales de la contratación. La cláusula general de buena fe del § 242 BGB, que ha sido determinante para la protección de los contratantes débiles hasta la promulgación de la ABG-G en 1976, comparte cosas comunes con la cláusula general de buena fe del § 305, una norma mucho más técnica para proteger a los empresarios y consumidores frente a cláusulas formal y materialmente abusivas. Se puede esgrimir a favor de la independencia de que el § 242 es de un alcance más general que el § 307, que sólo es de aplicación a los contratos no negociados individualmente cuando el control de cláusulas sobrepasa el listado de cláusulas abusivas (vid. § 308, que establece la lista de cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración y el § 309, que menciona las cláusulas sin posibilidad de valoración). El BGB, como todos los códigos, se caracteriza por dictar normas dispositivas como fuente subsidiaria de la autonomía de la voluntad. Pero, al mismo tiempo, existen normas imperativas que impregnan toda la regulación contractual de los contratos de consumo y que alcanzan, con carácter general, a cualquier contrato no negociado, estando o no regulado específicamente. La libertad contractual, que constituye la base del negocio jurídico (una de las aportaciones más singulares del derecho alemán a los demás

sistemas jurídicos privados), contrasta con la falta casi total de libertad en la contratación en masa y con condiciones generales, admitida igualmente en el BGB con la regulación expresa de los negocios de adhesión (si bien no es un término que aparece en la nueva redacción).

Un ejemplo significativo también es la compraventa, que ha sufrido una metamorfosis importante. Se establece con la reforma un sistema casi idéntico de remedios por incumplimiento del vendedor, pero mientras en la compraventa común el régimen de remedios es dispositivo, en la compraventa de bienes de consumo es imperativo. Cabe matizar, no obstante, que se admiten acuerdos que beneficien al consumidor (el § 475.2 prohíbe únicamente acuerdos divergentes sobre los remedios por vicios del bien de consumo en perjuicio del consumidor).

5.4. La conformidad del BGB con el derecho comunitario

La interpretación de las normas que son consecuencia de la transposición de una directiva y la resolución del caso concreto al amparo de las mismas han de hacerse conforme con el derecho comunitario⁴⁵. Es una exigencia específica que proviene del mandato contenido en el art. 267 TFUE. La conformidad de una ley especial de consumo o de un código de consumo con el derecho comunitario se debe limitar al caso concreto según la normativa aplicable. Pero cuando la interpretación se debe hacer siendo el BGB el texto legal, la consecuencia es mayor ya que, de alguna manera, la conformidad con el derecho comunitario irradia todo el derecho de obligaciones. Esto sucede en la interpretación y aplicación de los párrafos de las cláusulas no negociadas con consumidores, de la compraventa de bienes de consumo o de los contratos de préstamo de crédito al consumo. Para muchos, esta inevitable irradiación del derecho comunitario sobre el derecho de obligaciones es positiva –hace más europeo el BGB–, pero es a costa de la identidad nacional tan característica de cualquier código de los siglos XIX y XX.

5.5. Problemas de redacción en la transposición de directivas comunitarias en el BGB

Un problema quizá menor, pero no por ello menos importante, es la redacción de las normas del BGB que transponen directivas comunitarias. Los estudiosos de las nuevas normas en el BGB han apreciado numerosos fallos, debidos, en parte, a la simplificación de las disposiciones normativas⁴⁶. A veces puede pasar que la transposición es incompleta, y otras veces que es

defectuosa. Esto puede pasar igualmente cuando se transponen las directivas a leyes especiales o a un código de consumo, pero es más grave en un código civil, que siempre presume de ser un buen cuerpo legal en el ordenamiento jurídico.

5.6. La parcialmente fallida visibilidad

A lo largo de la parte general y especial del derecho de obligaciones del BGB están esparcidas las normas de consumo. En la parte general están articulados, p.e., el derecho de revocación o desistimiento (§ 355), el derecho de sustitución en los contratos con consumidores (§ 356) o los contratos conexos en los que una de las partes es un consumidor (§§ 358 y 359). Para el derecho de revocación o desistimiento la norma general remite a contratos de consumo especiales: contratos fuera de establecimientos mercantiles (§ 312), contratos a distancia (§ 312 d), contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno (§ 485), contratos de crédito de consumo (§ 495) y contratos de suministro a plazo (§ 495).

Las constantes remisiones plantean problemas de aplicación a casos concretos (vid. p.e. §§ 499 y 500).

En la parte general hay normas referidas a contratos de consumo especiales (§§ 312 y ss.), que después están regulados en la parte especial (p.e. §§ 474 ss. y §§ 491 ss.).

6. La integración de categorías generales del derecho contractual de consumo en el BGB

6.1. Los contratos no negociados individualmente con consumidores

Cuando se aprobó la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en Alemania existía desde 1977 la AGB-G (fue aprobada en 1976), que protegía a los contratantes débiles –empresarios y consumidores– en la contratación con condiciones generales. Poco había que adaptar para la correcta transposición de la directiva puesto que la ley alemana contenía las principales normas de protección. Aunque se abrió un debate sobre la necesidad de una ley especial para los contratos con consumidores y otra para los contratos entre empresarios, triunfó el sentido común. Al fin y al cabo había sido la aportación más importante del derecho alemán en el siglo XX. Fue además una verdadera ley de codificación de la jurisprudencia alemana sobre las cláusulas contrarias

a la buena fe y que tenía su principal base normativa en el § 242 del BGB (aunque inicialmente se recurriera al § 138 BGB). ¿Por qué cambiar ahora todo? Bastaba una pequeña incisión en el tejido de la ABG-G para adaptarla a la Directiva 93/13/CEE. Para ello se incorporó en la ley el § 24 a) con algunos criterios específicos. La consecuencia más importante fue que a partir de la reforma la protección se extendía también a los contratos individuales no negociados con consumidores.

Como se ha expuesto más arriba, para el Gobierno Federal era prioritaria la incorporación de la AGB-G en el BGB. Se aprovechó la reforma para introducir algunas novedades (quizá la más importante fue la abusividad de una cláusula por falta de transparencia § 307.1. segunda frase). Con la integración de esta ley, el BGB acoge la categoría general de los contratos de consumo,

Integrar el derecho contractual de consumo en el BGB no es algo totalmente nuevo

en particular los contratos no negociados (§ 310-3) entre el empresario y el consumidor (sujetos definidos en los §§ 14 y 13 respectivamente). A los contratos no negociados con consumidores les son de aplicación los §§ 305.2 y 306 a 309 así como el art. 29 a) de la EGBGB. Para determinar el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente conforme al § 307.1 y 2 (la cláusula general de buena fe) se tomarán en consideración asimismo las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato.

Fueron pocos los que se opusieron a la integración de la AGB-G en el BGB. Pero precisamente uno de los principales impulsores de esta ley en la década de los setenta del siglo pasado, el profesor P. ULMER, se opuso radicalmente. Su escrito “*Integración des AGB-Gesetzes in das BGB?*”⁴⁷ sonó como un grito en el mundo jurídico alemán. En contra de su integración, ULMER alegaba problemas de sistematización para su ubicación en el BGB, falta de transparencia y visibilidad del texto propuesto, preeminencia de la regulación en leyes especiales en el derecho comparado, especialidad del derecho de las condiciones generales de la contratación, la mayor intervención de los tribunales en el contrato de las cláusulas no negociadas y la gran proyección que la ley alemana había tenido en el extranjero. Pero a pesar de la autoridad de este gran especialista en esta materia, el Gobierno Federal no se dejó cegar por sus opiniones, algunas más justificadas que otras. Por muchas objeciones que se pudieran esgrimir contra la integración, quedaba claro que esta materia es la que mejor se adapta en del BGB.

Quien esté familiarizado con el derecho alemán, sabe que un gran porcentaje de litigios en materia de cláusulas tiene su solución en esta regulación legal que, en realidad, siempre ha tenido un carácter general ya que la mayoría de los contratos son de adhesión. Lo que no contemplaba la norma eran los contratos individuales no negociados con un consumidor; de ahí, la necesaria transposición parcial de la Directiva 93/13/CEE (ahora § 310.2.2 BGB). También se tuvo que introducir en la cláusula general de buena fe, cuando son contratos no negociados con consumidores, que para valorar el carácter abusivo de una cláusula hay que tener cuenta también las circunstancias que acompañaron a la celebración del contrato (ahora § 310.2.3 BGB). Por eso, la influencia de esta directiva ha sido menor en Alemania, lo que explica que la transposición haya sido mínima cuando se reformó la AGB-G, si bien no se debe menospreciar en Alemania la jurisprudencia del TJUE que ha dictado sentencias muy importantes en cuestiones relacionadas con cláusulas abusivas.

6.2. Formas especiales de actividades empresariales

En la doctrina alemana y también en el BGB⁴⁸ se ha acuñado un concepto específico en el derecho de consumo cuando el empresario necesita de técnicas de captación de forma rápida e inmediata para la venta y prestaciones de servicios y que inciden de un modo muy directo en la forma de celebración del contrato. Nos referimos a los contratos empresariales de consumo (*Verbrauchervertriebsverträge*⁴⁹). Hoy más que nunca es necesaria una especial protección de los consumidores que contratan a distancia, fuera de establecimientos mercantiles y/o mediante técnicas electrónicas. Son normas generales de contratación que han pasado a ser parte del BGB.

6.2. a) La contratación a distancia

La Directiva 97/7/CE, de 27 de mayo, sobre la contratación a distancia fue transpuesta a una ley especial (FernabsatzG, de 26 de junio de 2000)⁵⁰. Al optar el Gobierno Federal por la “Gran Solución” decidió que esta ley entrara en el BGB, el cual regula las siguientes materias: un concepto general de los contratos a distancia y su delimitación con otros contratos (§ 312 b), la información al consumidor en los contratos a distancia (§ 312 c⁵¹) y los derechos de revocación y de sustitución en los contratos a distancia (§ 312 d). La posterior aprobación de la Directiva 2002/65/CE sobre los contratos de servicios a distancia, de 23 de septiembre, obligó a una nueva reforma del BGB

en la regulación de la contratación distancia. Los deberes de información que debe prestar el empresario al consumidor en la contratación a distancia, que antes venían establecidos en un reglamento especial (BGB-InfoV), aparecen ahora recogidos en el § 246 EGBGB. Las reglas generales de revocación y de sustitución en los contratos con consumidores pasaron a los §§ 355-358.

6.2. b) La contratación fuera de establecimientos mercantiles

Poco antes de que se aprobara la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre, sobre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, se aprobó en Alemania una ley de contenido parecido, la Ley de Revocación de negocios a domicilio y negocios semejantes (HWiG), de 14 de noviembre de 1985, en cuya redacción se tuvieron en cuenta los trabajos preparatorios de la directiva. El legislador alemán no consideró necesaria después su adaptación, y aun cuando pueden apreciarse ciertas divergencias entre una y otra normativa, no hubo ningún denuncia por la UE de un posible incumplimiento de la directiva⁵². Pero sí ha habido una resolución del TJUE que ha cuestionado la conformidad del derecho alemán en esta materia con el derecho comunitario. En el caso *Heininger*, el TJUE en su sentencia de 13 de diciembre de 2001 (Asunto C-481/99) denuncia la limitación del derecho de revocación que regía en la entonces vigente HWiG (además se considera que los recurrentes tenían derecho a ejercer la revocación siendo el contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil un contrato de crédito garantizado con garantía real conforme a la Directiva 85/577/CEE). Después de la Reforma de 2002 ha habido dos resoluciones sobre cuestiones prejudiciales relacionadas con el régimen jurídico de la contratación fuera de establecimientos mercantiles (el caso *Schulte*, STJUE 25 de octubre 2005, Asunto C-350/03 y el caso *Crailshaimer Volksbank*, STJUE 25 de octubre de 2005, Asunto C-229/04).

Con la Reforma de 2002, el § 312 regula el derecho de revocación en los negocios a domicilio. Este precepto remite a los §§ 355, 356 y 357, que regulan de forma unitaria el derecho de revocación. El § 312 es, pues, la norma especial, mientras que los §§ 355, 356 y 357 son normas generales y, por tanto, subsidiarias. El § 312 se completa, por tanto, con el § 312 a (en su nueva redacción) y el § 126 de la Ley de inversiones [en la redacción anterior el § 312 comprendía los contratos de préstamo con consumidores o de ayudas de financiación (§ 491 a 504), contratos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§§ 481 a 487) y contratos de enseñanza a distancia].

6.2. c) La contratación electrónica

En realidad, la contratación electrónica tiene su principal regulación fuera del BGB. Desde 1997, existía en Alemania una Ley de Servicio de Telecomunicaciones (TDG), que ha sido derogada por la Ley de Telecomunicaciones y Medios (TMG), de 26 de febrero de 2007, que regula los servicios electrónicos de información y comunicación. Con esta ley se unifica toda la regulación del comercio electrónico. El BGB reconoce la forma electrónica como sustitutiva de la forma escrita (§ 126.3) y establece sus requisitos (§ 126 a) y también fija determinados deberes que tiene el empresario en el comercio electrónico con el consumidor (§ 312, que remite al art. 241 de la EGBGB y al § 355 BGB según los supuestos previstos).

7. Exposición de las principales relaciones contractuales especiales de consumo en el BGB

7.1. El contrato de viaje

Con anterioridad a la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, en el BGB ya estaba regulado uno los contratos de consumo por excelencia, cual es el contrato de viaje. Fue incorporado en los §§ 651 a) y ss. en virtud de la Ley de 4 de mayo de 1975. Su regulación necesariamente se ha europeizado por la Directiva 90/314/CEE, con la necesaria adaptación del BGB, que tuvo lugar mediante la Ley de 24 de junio de 1994. Con posterioridad hubo una reforma parcial con la Ley de 23 de julio de 2001 que modificó el § 651 k) e introdujo el § 651 l). A causa de la Reforma del BGB 2002 se modificó también el § 651 g) y se trasladó a la EGBGB el deber de información al viajero, regulado ahora en el artículo 238.

7.2. La venta de bienes de consumo

Uno de los mayores aciertos de la reforma no es la incorporación de la venta de bienes de consumo en el BGB, sino la regulación del cumplimiento de la compraventa y de los remedios a semejanza de la Convención de Viena de 1980⁵³. Si la Directiva 99/44/CE estaba directamente influenciada por este texto internacional, había llegado el momento de instaurar un nuevo régimen de cumplimiento a partir del principio de conformidad. El efecto más importante de esta reforma es que el sistema alemán es ahora mucho más coherente que antes. Es coherente con el derecho internacional pero también lo es con el derecho comunitario. Mientras la mayoría de los sistemas

en la UE son incoherentes por cuanto rige aún el sistema edilicio, el derecho alemán dio este paso de uniformar el régimen de la compraventa a partir del principio de conformidad, si bien se respetaron ciertas especialidades de la venta de bienes de consumo por mandato imperativo de la directiva. Se pone especial acento en el cumplimiento posterior como remedio primordial en caso de que la cosa entregada tenga algún vicio material (§ 434) o jurídico (§ 435) en lugar de la resolución contractual (vid. § 437), pudiendo optarse por la sustitución o la reparación de la cosa defectuosa (§ 439), sin perjuicio de que sea posible la reducción del precio en lugar de la resolución (§ 441). El vicio material y el vicio jurídico reciben un mismo tratamiento en cuanto a los remedios que tiene el comprador para combatirlos. El sistema jerarquizado de remedios para la compraventa en general puede ser modificado por las partes.

En realidad, la contratación electrónica tiene su principal regulación fuera del BGB

El BGB parte de un concepto negativo de lo que entiende por vicio material (vicio de la cosa). Dispone el § 434.1 que “la cosa está libre de vicios cuando tenga la calidad acordada (conformidad según el contrato) en el momento de la entrega. A falta de la conformidad según el contrato, la calidad de la cosa estará libre de vicios: 1. cuando sea apropiada para el uso previsto en el contrato, y, si no, 2. cuando sea apropiada para el normal uso y tenga una calidad que sea equivalente a la que se dé normalmente en las cosas del mismo tipo y que el comprador pueda esperar por la clase de objeto”.

Para la venta de bienes de consumo existen unas normas especiales (§§ 474-479). El régimen es sustancialmente imperativo, no pudiendo ser alterado el orden de remedios que tiene el comprador frente al vendedor en caso de que la cosa entregada resulte defectuosa (§ 475). Rige una presunción *iuris tantum* de falta de conformidad durante los primeros seis meses desde la entrega de la cosa (§ 476). Existe una norma especial de la garantía comercial (§ 477), y se conceden al vendedor acciones de regreso contra el proveedor de la cosa defectuosa (§ 478). Finalmente, se establecen los plazos de las acciones de regreso (§ 479).

Un futuro reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (presentado en 2011) estaría mucho más en consonancia con el derecho alemán que con otros derechos nacionales, precisamente por la coincidencia de muchos puntos en común (si bien ya se advierten problemas en casos concretos de conflicto de normas en el ámbito internacional privado

dado que la Propuesta Reglamento tendría siempre carácter opcional –se dice que regirá sólo para la contratación *on line*–).

7.3. El contrato de obra

Al mismo tiempo de la reforma del régimen del cumplimiento de la compraventa se reformó el contrato de obra con un esquema muy parecido⁵⁴. Ha de saberse que el BGB en 1900 introdujo un sistema propio de responsabilidad contractual del contrato de obra que sirvió también de base para la reforma de la compraventa. Existe un régimen jerarquizado de remedios (§ 634 y § 635 y ss.) cuando la obra que se recibe es defectuosa o tiene algún vicio jurídico (§ 633). Dos son las columnas sobre las que se construye el sistema de responsabilidad contractual del contrato de obra, a saber, la conformidad del comitente con la obra y el cumplimiento como principal remedio (el comitente puede pedir la reparación del vicio o que se produzca una cosa nueva –§ 635.1–).

Como consecuencia directa de la Directiva 99/44/CE, el § 651 sufrió una transformación importante. En su nueva redacción, el precepto ya no distingue en función de la procedencia de los materiales, perdiendo destaque la distinción entre cosas fungibles y no fungibles. Los contratos de suministro de materiales que hayan de producirse o fabricarse quedan sometidos en su totalidad al régimen legal de la compraventa. Es por ello que debería hablarse ahora de contratos de fabricación o de contratos de suministro de mercaderías⁵⁵ (al igual que en la Convención de Viena). El comitente que sea consumidor/usuario puede hacer uso de las normas de la compraventa de bienes de consumo cuando resulte defectuosa la obra.

7.4. El contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento a tiempo parcial de bienes de uso turístico

La Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, fue transpuesta a la Ley de Adquisición de derechos de aprovechamiento a tiempo parcial de bienes inmuebles de vivienda (TzWrG), de 1 de julio de 1997, que después fue integrada en los §§ 481-487 del BGB. Con la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, se amplían las modalidades contractuales y se extienden a bienes de uso turístico (no se reduce exclusivamente a bienes inmuebles), distinguiendo en el art. 2 claramente cuatro: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de producto vacacional de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio. Ello ha supuesto, en virtud de la Ley de 17 de enero de

2011, una reforma importante de las normas reguladoras de este singular derecho, que puede ser configurado como un derecho personal o como un derecho real. Al mismo tiempo, se han incorporado cinco preceptos nuevos (§§ 481 a, 481 b, 482 a, 485 a, 486 a). Es un ejemplo más de cómo el BGB sufre constantes modificaciones a causa del derecho comunitario (pero lo mismo sucedería si se incorporan en una ley especial o un código de consumo), aunque quizá sea más grave cuando se trata de un código civil. Ello nos hace ver que cualquier política legislativa tiene sus costes. Lo que habrá que valorar es si este coste es preferible a cambio de un código civil que integra el derecho contractual de consumo.

7.5. Los contratos de crédito de consumo

Los §§ 491 y ss., que fueron introducidos por la gran reforma para incorporar la Ley de Crédito de consumo –que había transpuesto la Directiva 87/102/CEE– en el BGB han sido reformados, como también los §§ 355 y 358 (derecho de revocación y contratos conexos), como consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/48/CE en virtud de la Ley de 29 de junio de 2006⁵⁶. A los contratos de crédito al consumo son de aplicación las normas del contrato de préstamo (§§ 488-90, que también fueron objeto de reforma en la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones). Se incorpora una figura contractual nueva con la última reforma, cual es el *Ratenlieferungsvertrag* (§ 510).

8. Consideración final sobre la integración del derecho contractual de consumo en el BGB

Circunstancias históricas muy concretas influyeron en la decisión del Gobierno Federal alemán de integrar en el BGB el derecho de consumo contractual. Existía un trabajo preparatorio muy importante, elaborado en los años setenta del siglo pasado. Había una excesiva proliferación de leyes especiales que no era, en absoluto, deseable en un moderno Estado de Derecho, el cual debe velar por la seguridad y la transparencia jurídica en bien de los ciudadanos. El Gobierno Federal de aquel momento se encontró con la necesidad de transponer al mismo tiempo tres directivas, entre ellas la referida a las garantías en la venta de bienes de consumo. Había llegado el momento de hacer algo significativo. En lugar de una mera transposición a leyes especiales, se quería reformar al mismo tiempo una parte del derecho de obligaciones del BGB. El Gobierno Federal tenía de su lado a grandes juristas

del derecho privado como MEDICUS, CANARIS y H.P.WESTERMANN. Era ya sólo una cuestión de decisión política porque existía el clima necesario para hacer esta reforma.

Con la Reforma de 2002, el BGB ha ganado en muchos aspectos: ha vuelto a ser el código que regula principalmente las relaciones privadas de intercambio de bienes y de servicios; es un código más social al proteger mejor al contratante débil –no sólo al consumidor–; es más europeo y más internacional con la incorporación del derecho comunitario y de algunos textos internacionales; con la incorporación del derecho contractual de consumo la especialidad que había antes en relación con el derecho de obligaciones general se diluye.

El BGB ha perdido, sin embargo, otras características: es un texto menos dogmático, menos abstracto, menos conciso, sobre todo en aquellas partes dedicadas al derecho contractual de consumo. Es un texto híbrido, que, además, es objeto de constantes cambios. No hay año que no se modifique algún precepto en el derecho de obligaciones o se regule una nueva figura como el nuevo contrato de tratamiento médico (con fecha de 26 de febrero de 2013 entran en vigor los nuevos §§ 630 a-630 h). Lo mismo sucede en materia de consumo (en el año 2013 se han añadido dos apartados nuevos al § 312 g –antes de 2009 era el § 312 con la letra f– para una mayor protección de los consumidores en el comercio electrónico).

Uno de los mayores aciertos de la reforma no es la incorporación de la venta de bienes de consumo en el BGB

El BGB sería otro código si se hubiera hecho una reforma total, como se hizo en Holanda, que sustituyó en 1992 el Código Civil viejo por otro nuevo. Puede ser que en un futuro lejano se opte por una reforma total, pero la historia no se puede escribir pensando en el futuro.

Han pasado diez años desde aquella Gran Reforma. Es difícil valorar el impacto que ha tenido hasta ahora la reforma en la praxis jurídica. Algunos han sido muy críticos⁵⁷, sobre todo porque la reforma ha erosionado el sistema jurídico en el que se basó el BGB, pero es algo inevitable cuando no se ha hecho una reforma total.

Se puede aprender de la gran reforma, ver cuáles son las ventajas y las desventajas de haber integrado en el BGB el derecho contractual de consumo. La integración de esta materia en un código civil requiere una reforma también del derecho de obligaciones y de los contratos en particular⁵⁸. El modo de hacerlo puede ser muy variado; pero, en cualquier caso, exige una estructura y

una formulación normativa nueva estableciendo reglas que sepan expresar las particularidades del derecho contractual de consumo cuando sea necesario. En definitiva, es fundamental que el legislador sepa reformular adecuadamente el derecho contractual de consumo dentro del derecho de obligaciones común con las particularidades de las relaciones de consumo cuando el supuesto normativo lo requiera

La integración del derecho contractual de consumo en el BGB ha sido examinada en las sesiones celebradas los días 18 a 21 de septiembre de 2012 en Múnich con motivo del 69 *Deutschen Juristentages*. MICKLITZ, en su ponencia “Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?”⁵⁹, considera que la integración fue un acto tecnocrático que sólo formalmente se ha logrado. Argumenta que el BGB no puede hacer frente a los grandes cambios que suceden en el derecho de consumo, en parte debido a la política comunitaria cambiante. Critica que la integración ha tenido excesivamente por base la figura de la compraventa. Señala que las prestaciones de servicios, tan importante en las relaciones con consumidores, han sido reguladas en leyes especiales. A su juicio, uno de los aspectos negativos de la Reforma de 2002 es que impide que pueda hacerse una política verdaderamente activa de protección de los consumidores. La reforma causa, a su entender, una excesiva separación entre los aspectos privados, administrativos y procesales del derecho de consumo. Para MICKLITZ el ideal codificador sería un Código de Consumo a semejanza del *Code de la Consommation*. El debate está servido nuevamente en Alemania al menos para profundizar en el derecho de los consumidores en el siglo XXI⁶⁰. Otra cuestión es que el BGB vaya a ser vaciado. Eso significaría volver al viejo BGB, que ya nadie quiere.

Notas

¹ El Espacio Económico Europeo (EEE) comenzó a existir el 1 de enero de 1994, con motivo de un acuerdo entre países miembros de la Unión Europea (UE) y de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), cuya creación permitió a los países de la AELC participar en el mercado interior de la UE sin tener que adherirse a la UE. Además de los 28 Estados miembros de la UE (con la incorporación de Croacia desde 1º de julio de 2013) forman parte de la misma, Liechtenstein, Islandia y Noruega.

² Uno de los Códigos civiles que también ha optado por integrar el Derecho de consumo contractual es el Nuevo Código civil de Holanda de 1992.

³ Todo el material legislativo de la elaboración de la Reforma se puede encontrar en la documentación elaborada por C-W.CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Ed. Beck, 2002.

⁴ Vid., en particular, la obra colectiva *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, eds. W. Ernst y R. Zimmermann, Ed. Mohr Siebeck, 2001.

⁵ Vid. también la obra colectiva *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, eds. R. Schulze y H. Schulte-Nölke, Ed. Mohr Siebeck, 2001.

⁶ Utilizamos la traducción de M^a L. VIVES MONTERO, publicada en ADC, 2002, pp. 1229 y ss. También pueden consultar la traducción del BGB, dir. A. LAMARCA MARQUÉS, Ed. Marcial Pons, 2008.

⁷ Para una comprensión global de la incidencia del Derecho comunitario en el Derecho privado alemán es muy útil el tratado colectivo *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, eds. Gebauer/Wiedmann, ed. 2^a, Ed. Iboorberg, 2010.

⁸ Vid. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, ed. por el Ministro de Justicia, dos tomos, Ed. Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 1981, XXIII, VIII, pp. 1889. Un tercer tomo fue publicado en 1983. En 1992 se publicó un informe de conclusiones (*Abschlussbericht*) por la Comisión para la Revisión del Derecho de Obligaciones. Para una primera aproximación, vid. W. GRUNSKY, “Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts”, AcP (182), 1982, pp. 452 y ss.; en la misma revista A. Wolf, “Die Überarbeitung des Schuldrechts”, pp. 80 y ss.; U. DIEDERICHSEN, “Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts”, pp. 101 y ss.

⁹ “Vom Beruf unserer Zeit zur Modernisierung des Schuldrechts”, en la obra citada en la nota 4, pp. 553 y ss. Una posición crítica también mantuvo B. DAUNER-LIEB, “Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?”, JZ, 2001, p. 1 y ss.

¹⁰ “Schlussbericht”, en la obr citada en la nota 4, pp. 609-610.

¹¹ “Reintegration der Verbraucherschutzgesetz durch den Entwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes”, en la obra citada en la nota 5, p. 172.

¹² La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

¹³ RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁴ P. 173.

¹⁵ La AGB-G entró en vigor el 1 de abril de 1977.

¹⁶ Vid., en particular, M. TAMM, *Verbraucherschutzrecht*, Ed. Mohr Siebeck, 2011, pp. 67 y ss.

¹⁷ Vid. TAMM, p. 134.

¹⁸ Vid. TAMM, en particular, pp. 120 y ss. En su día, un jurista del relieve de N. REICH defendía claramente el Derecho de consumo como un Derecho especial, “Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz”, ZRP, 1974, pp. 187 y ss.

¹⁹ EL NUEVO DERECHO ALEMÁN DE OBLIGACIONES. *Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Ed. Bosch, 2008, p. 185.

²⁰ Vid., en particular, R. SCHULZE/H.SCHULTE-NÖLKE, “Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht”, en la obra citada en la nota 5, p. 17.

²¹ Op. cit., p. 228.

²² Resaltado por SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, op. cit., pp. 5-7. Tiene sus dudas, no obstante, P. Chr. MÜLLER-GRAFF, “Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtlinien der EG in das BGB?”, GPR, 106 y ss.

²³ Vid. T. PFEIFFER, “Die Integration von “Nebengesetzen” in das BGB”, en la obra citada en la nota 4, p. 489.

²⁴ Vid. F. EBEL “Kodifikationsidee und zivilrechtliche Nebengesetze”, ZRP, 1999, pp. 46 y ss., M. ARTZ, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze”, JuS, 2002, pp. 528 y ss.

²⁵ Vid. p. 66 de la obra citada en la nota 3.

²⁶ Vid. p. 95 de la obra citada en la nota 3.

²⁷ Vid. p. 570 de la obra citada en la nota 3.

²⁸ Todos somos consumidores, dice PFEIFFER, “Die Integration...”, op. cit., p. 497.

²⁹ *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª edición alemana (1985) por parte de J.J. De los Mozos Touya, Ed. Lex Nova, 1998, p. 321.

³⁰ Así, WESENBERG/WESENER, op. cit., p. 321.

³¹ Vid., en particular W. FLUME, “Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung”, ZIP, 2000, pp. 1427 y ss.

³² P. 260.

³³ TAMM, op. cit., p. 330. Sobre el concepto del consumidor y del empresario vid. pp. 319 y ss. Entre la amplísima bibliografía, vid. al menos T. PFEIFFER, “Der Verbraucher nach § 13 BGB”, en la obra colectiva citada en la nota 5.

³⁴ T. WIEDMANN/M. GEBAUER, “Zivilrecht und europäische Integration” en la obra colectiva citada en la nota 7, p. 4.

³⁵ Vid., p. 591 de la obra citada en la nota 3.

³⁶ Vid. PFEIFFER, “Die Integration...”, op. cit., p. 498.

³⁷ Sobre la cuestión TAMM, op. cit., pp. 100 y ss.; vid., en particular, la obra de V. VOGEL, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, Ed. De Gruyter, 2006.

³⁸ Es muy interesante el debate abierto por TAMM en su escrito de habilitación, op.cit., en particular pp. 893 y ss. Esta autora propugna una nueva concepción del derecho de consumo.

³⁹ “Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Europäischer Verbraucherschutz und BGB”, JZ, 2001, p. 488.

⁴⁰ Sobre la cuestión SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, op. cit., pp. 18-22.

⁴¹ Fue la postura del Gobierno Federal desde el primer momento, vid. p. 341 de la obra citada en la nota 3.

⁴² Esta Ley ha sido reformada por la Ley de 3 de abril de 2013 para adaptarla a la Directiva 2009/22/CE, de 23 de febrero.

⁴³ Vid., por todos, U. MAGNUS, “La reforma del derecho alemán de daños”, Indret, Working Paper, nº 127, Barcelona, abril, 2003.

⁴⁴ También en el Derecho contractual comunitario y europeo se plantean problemas específicos en la concurrencia de normas dispositivas e imperativas. Vid. M. SCHMIDT-KESSEL, “Europäisches Vertragsrecht”, *Europäische Methodenlehre*, ed. K. Riesenhuber, ed. 2ª, Ed. Gruyter, 2010, pp. 487 y ss.

⁴⁵ Con carácter general, vid. W.H. ROTH, “Die richtlinienkonforme Auslegung”, *Europäische Methodenlehre*, ed. K. Riesenhuber, ed. 2ª, Ed. Gruyter, 2010, pp. 393 y ss.

⁴⁶ Advertido por DÖRNER en su estudio sobre la reforma propuesta al analizar varias normas, op. cit., pp. 186-188.

⁴⁷ Publicado en la obra citada en la nota 3, pp. 215 y ss.

⁴⁸ Los §§ 312 y ss. están precedidos por el título “Formas especiales de actividades empresarias” (*Besondere Vertriebsformen*).

⁴⁹ Vid. TAMM, op. cit., pp. 464 y ss.

⁵⁰ Es en virtud de esta Ley cuando se inserta en el BGB el concepto de consumidor (§ 13) y de empresario (§ 14). Se regula por primera vez, de forma unitaria, el derecho de revocación en los ya derogados §§ 361 a) y 361 b) (que constituyen en la actualidad los §§ 355 y ss.). Además se insertan en el BGB normas sobre la entrega de prestaciones no solicitadas (§ 241 a) y sobre el abuso en la utilización de tarjetas de crédito (§ 676 h).

⁵¹ La frase segunda del ap. 1 del § 312 c ha sido sustituida ahora por el apartado 2 del § 312 c BGB al no estar conforme la anterior redacción con la Directiva 97/7CE.

⁵² Sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento de esta Directiva, vid. T. WIEDMANN, “Haustürgeschäfte”, en la obra colectiva citada en la nota 7, pp. 211 y ss.

⁵³ Son especialmente valiosas las opiniones de H.P. WESTERMANN sobre las intenciones del Gobierno Federal ya que este profesor participó directamente en la redacción definitiva de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (vid. “Kaufrecht im Wandel”, en la obra colectiva citada en la nota 5, pp. 109 y ss.). Pueden consultar también el trabajo de D. ZIMMER, “Das geplante Kaufrecht”, en la obra colectiva citada en la nota 4, pp. 191 y ss. Vid. también la monografía R. DOEHNER, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Verbrauchergüterkaufrichtlinie*, Baden-Baden, 2004. En lengua española, vid. el trabajo de H.P. WESTERMANN, “Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del Derecho de obligaciones en la compraventa en el BGB”, ADC 2006, pp. 657 y ss.

⁵⁴ Para conocer las líneas maestras de la reforma, vid. H.H. Seiler, “Das geplante Werkvertragsrecht I” y F. PETERS, “Das geplante Werkvertragsrecht II”, en la obra colectiva citada en la nota 4, pp. 263 y ss. y pp. 277 y ss.

⁵⁵ C. BUSCH, “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”, ADC, 2012, pp. 717 y ss.

⁵⁶ Se dice que la primera «ley de consumidores» en Alemania fue la Ley de Aplazamiento de pago (AbzG), de 1894, que después fue reformada en 1967 y 1974 (derogada después por la Ley de crédito del consumo, de 17 de diciembre de 1990). Vid. TAMM, pp. 181 ss.

⁵⁷ Resulta enormemente sugerente el subtítulo de un pequeño libro de K. ADOMEIT, *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch. Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Ed. BWV, 2005. Este autor es muy irónico con la Reforma 2002.

⁵⁸ En España, quizá con poco acierto, se ha integrado parte del derecho contractual de consumo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, cuyos trabajos concluyeron el 28 de mayo de 2008. Este texto, sin embargo, no ha recibido aún el beneplácito del Ministerio de Justicia. Sobre la propuesta, vid. M. PASQUAU LIAÑO, “Protección de los Consumidores y Código civil: integración o distinción”, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. K.J. Albiez Dohrmann, Ed. Atelier, 2011, pp. 485 y ss. Personalmente he escrito sobre la integración del derecho contractual de consumo en el Código Civil en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, “La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más”, tomo I, ed. Thomson-Civitas, 2002, pp. 139 y ss. Cfr. también L. DÍEZ-PICAZO, “Contratos de Consumo y derecho de contratos”, ADC 2006, pp. 11 y ss.

En Francia hay varias propuestas de reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (el texto de Catala (2005), el texto de Terré (2008) y el texto de la Chancellerie (2008), pero, a excepción de los contratos de adhesión, queda fuera la legislación de consumo.

En Italia también se propone por algunos autores incorporar de nuevo el derecho de las condiciones generales de la contratación en el Código civil (cfr. Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista *Il Diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma. La prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, 23 a 25 de marzo de 2006, publicadas en *Rivista di Diritto civile*, noviembre-diciembre, 2006.

⁵⁹ *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Múnich, 2012, tomo I, Gutachten, Parte A, 9, 11.

⁶⁰ Unos de los primeros críticos es la Catedrática: B. GSELL en su artículo “Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel”, JZ, 2012, pp. 809 y ss.