# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 20 de febrero de 1997 *

1. El Oberlandesgericht de Munich (Alemania) plantea en este litigio tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 13, 14 y 17 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [1] (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»), en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. [2]

2. Las cuestiones prejudiciales, planteadas con arreglo al Protocolo de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas, [3] versan sobre la noción de contrato celebrado por un consumidor, a los efectos del artículo 13 de dicho Convenio; sobre las ventas a plazos, en el sentido del mismo artículo, y sobre el foro apropiado para conocer de la impugnación de una cláusula atributiva de competencia, de las previstas en el artículo 17 del citado Convenio.

## Los hechos y el procedimiento principal, a tenor del auto de reenvío

3. Dentalkit srl es una sociedad con sede en Florencia (Italia) que promueve, en régimen de franquicia, una cadena de establecimientos especializados en la venta de productos para la higiene dental.

4. Dentalkit srl y el Sr. Benincasa, de nacionalidad italiana, celebraron en Florencia, el 28 de septiembre de 1992, un contrato de franquicia para la apertura y explotación de un comercio en Munich, ciudad en la que el Sr. Benincasa afirmaba tener su domicilio.

5. En virtud de la cláusula número 2 del contrato, Dentalkit srl se comprometió, entre otras obligaciones, a las siguientes: a) conceder la utilización de la marca Dentalkit para la determinación del establecimiento de venta; b) conceder la exclusividad en la utilización de la marca Dentalkit, en una zona prefijada; c) prestar la asistencia necesaria para la apertura del establecimiento; d) suministrar el elenco de los productos; e) suministrar los bienes; f) suministrar asistencia para la distribución de los productos; g) proporcionar las informaciones y conocimientos

* Lengua original: español.

1 — DO 1972, L 299, p. 32; texto codificado en español en DO 1990, C 189, p. 2.

2 — DO L 304, p. 1, y — texto modificado— p. 77; texto en español en DO 1989, L 285, p. 41.

3 — DO 1975, L 204 p. 28; texto codificado en español en DO 1990, C 189, p. 25.

técnicos-comerciales en su poder; h) proporcionar asistencia para el estudio de iniciativas publicitarias y de promoción local; i) suministrar determinado material gráfico; l) impartir un curso de preparación teórico y práctico de conocimientos; m) desarrollar a escala nacional una campaña publicitaria y de promoción; n) no abrir ningún otro establecimiento en la zona objeto de concesión exclusiva.

6. Por su parte, el Sr. Benincasa se comprometió, según la cláusula número 3 del contrato, a cumplir las siguientes obligaciones: a) obtener la inscripción en el registro mercantil y las autorizaciones preceptivas; b) obtener la disponibilidad del local durante la duración del contrato; c) acondicionar el establecimiento en la forma utilizada por los demás establecimientos Dentalkit ya existentes; d) vender exclusivamente los productos suministrados por Dentalkit srl y mantener unas existencias apropiadas de los mismos; e) señalar la conveniencia de introducir nuevos productos en línea con la gama ofrecida; f) mantener el local en condiciones decorosas y ofrecer al público un servicio cualificado y eficiente; g) utilizar los signos distintivos según las indicaciones facilitadas por Dentalkit srl sin otras modificaciones; h) mantener reserva sobre las informaciones y documentación relativas al «sistema Dentalkit»; i) efectuar a su costa campañas publicitarias y de promoción local, previamente acordadas con Dentalkit srl

7. Finalmente, el Sr. Benincasa se obligó a pagar a Dentalkit srl un importe de 8 millones de LIT, en concepto de retribución por los gastos de asistencia técnico-empresarial para la apertura del comercio, y el 3 % del volumen de negocios anual, como contraprestación por el uso de los signos distintivos concedidos en exclusiva para la zona fijada, excluidos los doce primeros meses de la actividad comercial.

8. Para la celebración del contrato, cuya duración inicial era de tres años, prorrogables por tácita reconducción, ambas partes firmaron un documento redactado en italiano, que es utilizado de forma general, a estos efectos, por Dentalkit srl.

9. El Sr. Benincasa abrió el comercio, abonó la retribución inicial de 8 millones de LIT y efectuó diversas compras cuyo importe no pagó. Entre tanto, cesó en el negocio. Más tarde presentó, ante el Landgericht München I, una demanda contra Dentalkit srl en la que solicitaba:

a) la condena de la demandada a reintegrarle 8 millones de LIT más el 12 % de interés desde la fecha de notificación de la demanda (27 de diciembre de 1993).

b) la declaración de que el contrato de franquicia, celebrado por las partes el 28 de septiembre de 1992, carecía de validez y que, por consiguiente, los contratos de compra celebrados a su amparo también son nulos.

10. La tesis del Sr. Benincasa sobre la nulidad del contrato de franquicia se basa, por una parte, en que tal contrato resulta contrario al artículo 138 del BGB (Código Civil alemán) y, de otra, en que fija un período de vinculación superior a los dos años, sin respetar lo establecido en la letra a) del número 12 del artículo 11, en relación con el artículo 6, de la Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación. Impugna asimismo el contrato por haber mediado error, conforme al artículo 119 del BGB, y engaño, conforme al artículo 123 del BGB.

11. Dentalkit srl, cuya contestación a la demanda solicitaba su desestimación, negó, como cuestión previa, la competencia internacional y local del Landgericht München I, ante el que se había presentado la demanda. A su juicio, en virtud de la cláusula atributiva de competencia acordada por ambas partes (cláusula número 12 del contrato), los tribunales de Florencia eran los únicos competentes para conocer del litigio.

12. Como respuesta a semejante excepción procesal, el Sr. Benincasa alegó, en síntesis:

a) que el Landgericht München I era el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación, en el sentido del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas.

b) que la cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de Florencia no justificaba ninguna excepción en la competencia para conocer de la demanda, ya que ésta pretende que se declare la nulidad de todo el contrato, es decir, también de dicha cláusula.

c) que, además, se oponen a la aplicación de la cláusula atributiva de competencia el número 1 del párrafo primero del artículo 13 y el párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas, de manera que, conforme al párrafo tercero del artículo 17, en relación con el artículo 15 del Convenio de Bruselas, dicha cláusula no debe surtir efecto.

13. Como fundamento de esta última alegación el Sr. Benincasa afirma que, en el momento de celebración del contrato de franquicia, aún no realizaba una actividad comercial, por lo que él mismo debe ser considerado un consumidor, a efectos del párrafo primero del artículo 13 del Convenio de Bruselas. Así resultaría de una interpretación teleológica del dicha norma, a la luz del objetivo, trazado por el Tratado CE, de garantizar una elevada protección del consumidor final.

14. Mediante sentencia de 19 de julio de 1993, el Landgericht München I acogió la excepción propuesta por Dentalkit srl y, por

consiguiente, declaró la inadmisibilidad de la demanda, por falta de competencia internacional.

15. La sentencia del Landgericht München I consideró, pues, válida la cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato de franquicia y, conforme al artículo 17 del Convenio de Bruselas, admitió la competencia de los Tribunales de Florencia.

16. La sentencia negó que se tratara de un contrato celebrado por un consumidor, lo que determina que el artículo 13 del Convenio de Bruselas no fuera oponible, en este caso, a la cláusula de atribución de competencia. Tanto por el propio tenor literal del párrafo primero del artículo 13 del Convenio de Bruselas, como por su sentido, un contrato en cuya virtud se crea una situación profesional o empresarial tiene que considerarse celebrado para un uso relacionado con la actividad profesional.

17. A juicio del Landgericht München I, los demás resultados obtenidos de la aplicación de la ley alemana sobre crédito al consumo son irrelevantes para la interpretación del artículo 13 del Convenio de Bruselas, que debe tener una interpretación autónoma. Finalmente, en el contrato de autos faltarían los demás requisitos propios de un contrato celebrado por los consumidores.

18. Contra la sentencia de primera instancia el Sr. Benincasa interpuso recurso de apelación, a cuya estimación se opone Dentalkit. En el proceso de apelación ambas partes han repetido, básicamente, sus alegaciones contrapuestas sobre la competencia internacional de los tribunales alemanes.

19. El órgano judicial de apelación, ante las dudas suscitadas sobre la interpretación del Convenio de Bruselas, plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe considerarse que el demandante es un consumidor, a efectos del párrafo primero del artículo 13 y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas, cuando la demanda se refiere a un contrato que el demandante no celebró para un uso relacionado con una actividad profesional ya ejercida, sino para un uso relacionado con una actividad profesional que debía iniciarse en el futuro (en este caso, un acuerdo de franquicia para la apertura de un establecimiento comercial propio)?

2) En caso afirmativo:

¿Está incluido en el número 1 del párrafo primero del artículo 13 del Convenio de Bruselas (venta a plazos de mercaderías) un acuerdo de franquicia por el que el demandante se obliga, por un período de varios años (tres), a adquirir del franquiciador los objetos y productos necesarios para el aprovisionamiento y explotación de un negocio

(sin que se haya convenido el pago en plazos) y a pagar una retribución inicial y, a partir del segundo ejercicio, derechos de licencia por importe del 3 % del volumen de negocios?

3) ¿También es el único competente, conforme a la primera frase del párrafo primero del artículo 17 del Convenio de Bruselas, el tribunal de un Estado, designado en una cláusula atributiva de competencia, cuando el objeto de la demanda es, entre otros, la declaración de invalidez del contrato en el que se contiene la propia cláusula atributiva de competencia, redactada en los siguientes términos: "Para cualquier controversia sobre la interpretación, ejecución u otros aspectos del presente contrato serán competentes los Tribunales de Florencia", y aprobada por separado con alusión a los artículos 1341 y 1342 del Codice Civile italiano?»

**Las normas del Convenio de Bruselas objeto de interpretación**

20. La sección 4.ª del Convenio de Bruselas lleva por título «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores».

21. Dentro de dicha sección, el artículo 13 dispone:

«En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada "el consumidor", la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5:

1) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías,

2) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes,

3) para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si:

a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y

b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado contratante, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado.

[...]»

22. El artículo 14 del Convenio de Bruselas dispone:

«La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.

Estas disposiciones no afectarán al derecho de presentar una reconvención ante el tribunal que entendiere de una demanda principal de conformidad con la presente Sección.»

23. Finalmente, el artículo 17 del Convenio de Bruselas, encuadrado en la sección 6.ª, titulada «Prórroga de la competencia», dispone:

«Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes. Tal convenio atributivo de competencia deberá celebrarse:

a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o

b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecido entre ellas, o

c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado contratante, los

tribunales de los demás Estados contratantes sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia.

[...]

No surtirán efecto los convenios atributivos de competencia [...] si fueren contrarios a las disposiciones de los artículos 12 y 15 o si excluyeren la competencia de tribunales exclusivamente competentes en virtud del artículo 16.

Cuando se celebrare un convenio atributivo de competencia en favor de una sola de las partes, ésta conservará su derecho de acudir ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del presente Convenio.

[...]»

**Sobre la primera cuestión prejudicial**

24. En respuesta a la primera cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia ha de decidir si un contrato de franquicia, suscrito por una persona que hasta entonces no se hubiera dedicado al comercio, ha de calificarse, o no, de contrato «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional», en el sentido que a estos términos da el artículo 13 del Convenio de Bruselas.

25. Mis consideraciones sobre esta cuestión partirán del análisis de los contratos de franquicia, para recordar ulteriormente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la noción «contratos celebrados por los consumidores», inserta en el artículo 13 del Convenio de Bruselas: finalmente podré concluir que dicha noción es inaplicable a aquel tipo de contratos.

i) *Los contratos de franquicia*

26. Los contratos de franquicia, como fórmula mercantil ampliamente difundida, son aquellos en los que una empresa (la franquiciadora) cede a otra (la franquiciada) el derecho a explotar un sistema propio de comercialización de bienes o de servicios.

27. Las personas físicas o jurídicas que desarrollan la actividad de franquiciador suelen implantar una red de franquicias en un determinado sector de la actividad comercial. Ofrecen a los futuros franquiciados la incorporación a esa red, que se lleva a cabo mediante la firma del contrato en el que se

plasman los elementos esenciales del acuerdo bilateral. En la mayoría de los casos se trata de un contrato de adhesión.

28. La parte franquiciada es jurídicamente autónoma: se trata de un verdadero comerciante independiente que explota su propio fondo de comercio y realiza actos de comercio (compra a su proveedor para revender a los clientes).

29. El Tribunal de Justicia se enfrentó con este fenómeno comercial, analizándolo desde el punto de vista de la libre competencia, en la sentencia de 28 de enero de 1986, Pronuptia, [4] referida a los contratos atípicos de franquicia de distribución, en virtud de los cuales el franquiciado se limita a vender determinados productos en una tienda que tiene los signos distintivos del franquiciador.

30. En el apartado 15 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia perfiló los rasgos esenciales de la relación entre franquiciadores y franquiciados, subrayando el carácter mercantil y la independencia de estos últimos:

«En un sistema de contratos atípicos de franquicia de distribución como el de autos, una empresa, instalada en un mercado como distribuidor y que haya podido elaborar así un conjunto de métodos comerciales, concede, mediante una retribución, a *comerciantes independientes*, la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando su rótulo y los métodos comerciales, que le han garantizado el éxito. Más que de un modo de distribución, se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos. Por otra parte, este sistema permite a *los comerciantes desprovistos de la experiencia necesaria*, servirse de métodos que sólo hubieran podido adquirir tras largos y laboriosos esfuerzos de investigación y disfrutar del prestigio del signo distintivo.» [5]

31. El artículo 1 del Reglamento CEE nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, [6] considera, igualmente, que el contrato de franquicia de distribución requiere la presencia de dos «empresas», esto es, de dos unidades económicas que actúan en régimen mercantil. [7]

4 — Asunto 161/84, Rec. p. 353.

5 — Sin cursiva en el original.

6 — DO L 359, p. 46.

7 — Según el citado artículo, se entiende por franquicia «un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, "know-how" o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales». El contrato de franquicia es definido por dicho artículo como aquel «en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios».

ii) *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los «contratos celebrados por los consumidores»*

32. La sentencia de 19 de enero de 1993, Shearson, [8] ha fijado con claridad en qué términos puede hablarse de este tipo de contratos, y cuál ha de ser la posición de los órganos judiciales nacionales al interpretar el artículo 13 del Convenio de Bruselas.

33. La sentencia comienza recordando «el principio, consagrado por la jurisprudencia (véanse, en particular, las sentencias de 21 de junio de 1978, Bertrand, 150/77, Rec. p. 1431, apartados 14 a 16 y 19, y de 17 de junio de 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967, apartado 10), según el cual, para garantizar la aplicación uniforme del Convenio en todos los Estados contratantes, los conceptos utilizados por éste, que pueden tener un contenido diferente según el derecho interno de los Estados contratantes, deben interpretarse de forma autónoma, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos del Convenio. Así debe ser, en particular, por lo que se refiere al concepto de "consumidor", en el sentido de los artículos 13 y siguientes del Convenio, puesto que preside las reglas de determinación de la competencia judicial.» [9]

8 — Asunto C-89/91, Rec. p. I-0139.

9 — Apartado 13.

34. A continuación la sentencia describe el juego entre los principios generales y los principios especiales de atribución de competencia:

— en el sistema del Convenio, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en el que el demandado tiene su domicilio constituye el principio general, enunciado en el párrafo primero de su artículo 2.

— Sólo como excepción a este principio general, el Convenio prevé los casos, enumerados de forma exhaustiva en las Secciones 2 a 6 del Título II, en los que el demandado domiciliado o establecido en un Estado contratante puede, cuando la situación corresponde a una regla de competencia especial, o debe, cuando corresponde a una regla de competencia exclusiva o de prórroga de competencia, ser demandado ante los Tribunales de otro Estado contratante

— En consecuencia, las reglas de competencia que constituyen excepciones a este principio general no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados por el Convenio.

35. Según el apartado 17 de la sentencia, «tal interpretación se impone, con mayor motivo,

en el caso de una regla de competencia, como la del artículo 14 del Convenio, que permite al consumidor, en el sentido del artículo 13 de este Convenio, demandar a una persona ante los Tribunales del Estado contratante en el que el demandante tiene su domicilio. En efecto, aparte de los casos expresamente previstos, el Convenio resulta ser claramente contrario a admitir la competencia de los Tribunales del domicilio del demandante (véase la sentencia de 11 de enero de 1990, Dumez France y Tracoba, C-220/88, Rec. p. I-49, apartados 16 y 19).»

36. La sentencia, una vez hechas estas precisiones sobre los criterios de interpretación de las reglas de competencia, precisa la noción de consumidor, a efectos de los artículos 13 y 14 del Convenio de Bruselas: «De la redacción y de la función de estas disposiciones resulta que sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (véase, en este sentido, asimismo, la sentencia Bertrand, antes citada, apartado 21, y el Informe de expertos elaborado con motivo de la adhesión al Convenio del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, DO 1979, C 59, p. 71; texto en español en DO 1990, C 189, p. 184, apartado 153), que esté vinculado por uno de los contratos enumerados en el artículo 13 y que sea parte en una acción entablada ante los Tribunales, conforme al artículo 14.»

iii) *La aplicación de esta doctrina a los contratos de franquicia*

37. A partir de estas consideraciones, no es posible mantener que los sujetos del contrato de franquicia puedan ser considerados «consumidores», a los efectos del artículo 13 del Convenio de Bruselas.

38. La condición de consumidor a la que se refiere el artículo 13 del Convenio de Bruselas no viene determinada por una situación subjetiva preexistente: una misma persona física puede ser consumidor a unos efectos y empresario a otros. No son, pues, las condiciones personales del sujeto las que importan, sino la posición de tal sujeto dentro de un contrato determinado, en relación con el alcance y la finalidad de éste.

39. Cuando se trata de unos contratos como los de franquicia, de clara naturaleza mercantil, caracterizados necesariamente por afectar

a una actividad «profesional» [10] de las partes, las circunstancias personales de éstas, previas a la consecución del contrato, son irrelevantes a los efectos del artículo 13 del Convenio de Bruselas.

40. En contra de la tesis de la parte demandante —expuesta de modo más extenso en el acto de la vista— no considero, en absoluto, que el Tribunal de Justicia deba prescindir, o hacer un uso atenuado, del principio tradicional de interpretación autónoma de los conceptos utilizados por el Convenio de Bruselas, entre ellos el de consumidor.

41. La interpretación autónoma del concepto de consumidor, a la que antes me he referido con apoyo en la sentencia Shearson, es, a mi juicio, preferible a una interpretación que se atenga a las legislaciones nacionales, y ello por dos razones:

a) las legislaciones nacionales no tienen por qué coincidir entre sí, siendo susceptibles de incorporar matices diferentes, según los casos: tomar en consideración una u otra (¿cuál sería el criterio de elección?) iría en detrimento de la seguridad jurídica que pretende garantizar el Convenio de Bruselas;

b) incluso en el seno de una misma legislación nacional, puede ocurrir que las nociones de «consumidor» sean diferentes, según el sector del ordenamiento jurídico en que se enmarquen.

42. Para la defensa de la parte demandante, el Tribunal de Justicia debería dar primacía a la noción alemana de consumidor derivada de la ley nacional sobre crédito al consumo (Verbraucherkreditgesetz), [11] que atribuye la condición de consumidores a los peticionarios de un crédito solicitado con vistas al establecimiento de una actividad que, hasta entonces, no habían desarrollado.

43. No comparto este razonamiento, al que se opone también el propio Gobierno alemán en sus observaciones escritas, destacando cómo esta ampliación de la noción de consumidor, llevada a cabo por el legislador nacional, sobrepasó, de modo consciente y expreso, el estándar mínimo impuesto por la Directiva que la Verbraucherkreditgesetz

10 — Los términos «actividad profesional» deben ser entendidos en una acepción amplia que, por supuesto, comprende la actividad de comercio. La versión inglesa del artículo 13 del Convenio de Bruselas es más expresiva, en ese mismo sentido, pues se refiere a los contratos «concluded by a person for a purpose which can be regarded as being outside his *trade or profession*» (sin cursiva en el original). La versión alemana del citado artículo también incluye, conjuntamente, «der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit».

11 — La aplicación analógica de esta norma a los contratos de franquicia constituía uno de los argumentos de la demanda del Sr. Benincasa ante el tribunal alemán de primera instancia.

trataba de desarrollar, [12] con el fin de garantizar un nivel de protección al consumidor superior al previsto por la norma comunitaria.

44. Tal como afirma dicho Gobierno, quedan excluidos de la noción comunitaria de consumidor, en los términos de la Directiva sobre crédito al consumo, [13] no sólo quienes sean parte en contratos relativos a actividades profesionales o comerciales «ya ejercitadas» (como literalmente dispone la Verbraucherkreditgesetz), sino, en general, quienes sean parte en contratos celebrados para un uso profesional.

45. Por lo demás, en esas mismas observaciones, el Gobierno alemán destaca que su ordenamiento jurídico utiliza, en otras disposiciones relativas a la protección del consumidor, una noción más restringida de esta figura: así, por ejemplo, en la ley sobre resolución de ventas a domicilio (Haustürwiderrufsgesetz).

46. Todo ello no hace sino corroborar la necesidad de mantener la interpretación autónoma de la noción de consumidor prevista en el artículo 13 del Convenio de Bruselas, noción que no tiene por qué verse ligada a los conceptos utilizados, en cada caso, por los ordenamientos nacionales.

47. Finalmente, la inclusión en el Tratado CE de un nuevo Título XI [14] sobre Protección de los Consumidores, cuyo artículo 129 A fija como objetivo de la Comunidad «un alto nivel de protección de los consumidores», no es un obstáculo a la tesis que propugno. Por un lado, el alcance jurídico de tal precepto es limitado; [15] por otro, el apartado 3 del precepto permite, de modo expreso, que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Estas consideraciones implican, en buena lógica, que el nivel de protección comunitario no tiene por qué identificarse con el vigente en uno, o en varios, de los Estados miembros.

48. En resumen, la interpretación autónoma de la noción de consumidor, utilizada por el Convenio de Bruselas, debe mantenerse, a mi juicio, tal como el Tribunal de Justicia hizo en la sentencia Shearson, lo que supone restringir dicha noción a los consumidores

12 — Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO 1987, L 42, p. 48).

13 — Por lo demás, éste es también el criterio empleado por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29). A tenor de su artículo 2, por «consumidor» debe entenderse «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»; profesional, es, por el contrario, «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

14 — Añadido por el punto 38 del artículo G del Tratado de la Unión Europea.

15 — Así lo reconoce el apartado 19 de la sentencia de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés (C-192/94, Rec. p. I-1281). En el apartado 20 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia afirma que el artículo 129 A se limita a asignar a la Comunidad un objetivo y a atribuirle competencias a tal efecto, «sin establecer, por lo demás, ninguna obligación a cargo de los Estados miembros o de los particulares [...]».

finales privados que no participan en contratos relativos a sus actividades comerciales o profesionales.

49. Es cierto que, en ocasiones, los franquiciados carecerán de experiencia comercial previa, pero ello no permite calificar a la actividad objeto del contrato de franquicia como actividad ajena al ámbito profesional o mercantil. Y es precisamente la actividad en juego — y no, insisto, las condiciones personales previas del sujeto— el factor que toma en consideración el artículo 13 del Convenio de Bruselas para instaurar un régimen específico en materia de competencia jurisdiccional de determinados contratos.

50. La redacción del artículo 13 no permite, pues, ampliar su ámbito de referencia hasta el punto de incluir en él a todo contrato, cualquiera que sea su objeto y finalidad, en que haya una parte económicamente más débil, frente a otra en situación de superioridad, objetiva o circunstancialmente.

51. El equilibrio previo de los contratantes suele ser inexistente en el terreno de las relaciones mercantiles, y no por ello los contratos de este género, incluso los contratos estándar o de adhesión, suscritos por empresarios, se benefician de la regla especial del artículo 13. Este precepto, si bien inspirado en el designio de proteger a la parte más débil de la relación contractual, limita su alcance a los contratos en que una persona actúa con propósitos ajenos a la actividad profesional, esto es, cuando actúa como «consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales».

52. En otras palabras, la mera situación de inferioridad de una de las dos partes de un contrato pactado con vistas a desempeñar una actividad mercantil o profesional, o en el seno de semejantes actividades, como ocurre con el caso de las franquicias, no es contemplada por el Convenio de Bruselas como requerida de una especial protección en la atribución de competencia jurisdiccional.

53. Considero, pues, que la respuesta del Tribunal de Justicia a la primera pregunta debe afirmar la inaplicabilidad del artículo 13 del Convenio de Bruselas a un contrato como el de autos.

**Sobre la segunda cuestión prejudicial**

54. El órgano judicial de reenvío plantea la segunda pregunta sólo para el caso de que la respuesta del Tribunal de Justicia a la primera hubiera admitido la aplicación del artículo 13 del Convenio de Bruselas a un contrato como el de autos. Dada la respuesta que

sugiero a la primera cuestión prejudicial, no procedería, a mi juicio, contestar a la segunda.

55. En caso contrario, esto es, si el Tribunal de Justicia diera una respuesta afirmativa a la aplicabilidad del artículo 13 del Convenio de Bruselas, deberá pronunciarse sobre la segunda cuestión prejudicial, en la que el Oberlandesgericht München le interroga sobre la interpretación del número 1 del párrafo primero del citado artículo 13, relativo a la venta a plazos de mercaderías.

56. En concreto, el tribunal *a quo* pretende saber si la categoría jurídica expresada en los términos «venta a plazo de mercaderías» comprende, o no, los acuerdos de franquicia en cuya virtud una parte se obliga, durante un período de tres años, a adquirir del franquiciador los objetos y los productos necesarios para el aprovisionamiento y explotación del negocio, sin que se haya convenido el pago en plazos de tales objetos y productos. Las únicas obligaciones del franquiciado, a este respecto, son el pago de una retribución inicial y, a partir del segundo ejercicio, el pago de los derechos de licencia por importe del 3 % de su volumen de negocios.

57. El interés de la segunda cuestión prejudicial reside en que el artículo 13 del Convenio de Bruselas exige no sólo que el contrato haya sido celebrado para un uso que pudiera considerarse ajeno a la actividad profesional, sino también que pertenezca a una de las tres categorías descritas en los números 1, 2 y 3 del párrafo primero. La primera de ellas está constituida por los contratos de «venta a plazos de mercaderías».

58. A mi juicio, la respuesta a esta cuestión debe ser igualmente negativa. No se pueden confundir los contratos de ventas a plazos de mercaderías con aquellos otros que, aun teniendo como objeto prestaciones sucesivas, presentan unos perfiles bien diferentes de la figura jurídica de la compraventa a plazos.

59. En el caso de autos, el propio tribunal de reenvío subraya cómo las compras de productos al franquiciador, que el franquiciado se obliga a efectuar durante los tres años de vigencia del contrato, no están sujetas al régimen de venta a plazos: no se prevé el pago diferido del producto, en fechas sucesivas y predeterminadas.

60. El hecho de que un contrato contemple un régimen de obligaciones sucesivas, a cargo de una o de ambas partes, no permite, sin más, asimilarlo a una «venta a plazos de mercaderías».

61. En concreto, las periódicas adquisiciones de productos que el franquiciado ha de realizar, en virtud del contrato de franquicia, son una consecuencia o efecto derivado del contrato inicial que, en sí mismo, para nada se asemeja a la venta a plazos, a efectos del artículo 13 del Convenio de Bruselas.

62. Tales adquisiciones periódicas, por lo demás, ni siquiera están, en el caso de autos, sometidas en sí mismas al régimen de venta a plazos.

63. Mucho menos puede reputarse que haya una venta de bienes a plazos por el hecho de que el franquiciado haya de satisfacer, periódicamente, una cantidad cifrada en el 3 % de su volumen anual de negocios, como contraprestación por el uso de los signos distintivos del franquiciador. Es claro que no hay, en tal caso, una relación bilateral de compraventa de mercaderías, ni a plazos ni al contado.

64. Si hubiera, pues, que dar respuesta a la segunda cuestión prejudicial, considero que el Tribunal de Justicia debería hacerlo en sentido negativo.

**Sobre la tercera cuestión prejudicial**

65. La tercera cuestión prejudicial tiene un alcance más amplio. Mediante ella, el órgano judicial de reenvío pregunta, en síntesis, si a tenor del párrafo primero del artículo 17 del Convenio de Bruselas, el «tribunal único competente» designado por las partes en un pacto de sumisión, [16] es también competente para juzgar de un litigio en que se pretenda la declaración de nulidad del contrato que contenga la cláusula atributiva de competencia.

66. Comenzaré por subrayar, a estos efectos, dos extremos que me parecen importantes:

a) no se discute que el pacto de sumisión incluido en el contrato de autos respeta las formalidades exigidas por el artículo 17 del Convenio de Bruselas; [17]

16 — Utilizaré indistintamente las expresiones «pacto de sumisión», «cláusula de sumisión», «cláusula de elección de foro», «prórroga de competencia», «cláusula atributiva de competencia» o «convenio atributivo de competencia». Todas ellas se refieren al mismo fenómeno jurídico, esto es, al acuerdo de voluntades entre las partes de un contrato, que deciden someter sus diferencias a un foro u órgano jurisdiccional determinado, en aquellos asuntos en los que el fuero territorial no es indisponible.

17 — Tampoco se discute su adecuación formal a las leyes italianas, pues se trata de una cláusula que ha sido aprobada por separado, en cumplimiento de los artículos 1341 y 1342 del Codice civile italiano. En todo caso, no se trata aquí de aplicar normas nacionales, italianas o alemanas, sino de analizar la conformidad de la cláusula con el Convenio de Bruselas.

b) el pacto está redactado en los términos más generales posibles, pues afecta a «cualquier controversia sobre la interpretación, ejecución u otros aspectos del presente contrato», controversia que se ha de dirimir, precisamente, ante los tribunales de Florencia.

67. A mi juicio, una cláusula atributiva de competencia como la de autos, formalmente válida a tenor del Convenio de Bruselas, pactada por las partes para dirimir todo tipo de futuras controversias sobre cualquier aspecto del contrato, es aplicable a los litigios que se puedan suscitar, incluso sobre las condiciones de validez del contrato en que ha sido incluida.

68. En la sentencia de 4 de marzo de 1982, Effer Spa, [18] el Tribunal de Justicia se enfrentó con un problema análogo, referido entonces al ámbito de aplicación del artículo 5 del Convenio de Bruselas. Se planteaba en aquel supuesto si el foro territorial correspondiente al lugar de cumplimiento del contrato era aplicable cuando la controversia entre las partes giraba sobre la existencia misma, o sobre las condiciones de formación, del contrato principal.

69. El Tribunal de Justicia estimó que la competencia del juez nacional para decidir acerca de las cuestiones relativas a un contrato incluía la de apreciar la existencia de los elementos constitutivos del contrato en sí mismo, pues semejante apreciación resulta indispensable al órgano jurisdiccional para verificar si es, o no, competente en virtud del artículo 5 del Convenio de Bruselas.

70. El argumento venía reforzado con la consideración de los efectos nocivos, para la seguridad jurídica, [19] que se derivarían de la solución opuesta: quedaría comprometida la eficacia de las disposiciones del Convenio de Bruselas si se admitiera que la sola alegación de una parte sobre la inexistencia del contrato es suficiente para impedir la aplicación de aquellas disposiciones.

71. Por el contrario, añadía el Tribunal de Justicia, el respeto de los objetivos y del espíritu del Convenio de Bruselas exige una interpretación de sus reglas que permita al juez nacional, cuando sea llamado a resolver un litigio derivado de un contrato, verificar, incluso de oficio, las condiciones esenciales determinantes de su competencia, apreciando la existencia o inexistencia del contrato sobre la base de los elementos de juicio proporcionados por las partes.

18 — Asunto 38/81, Rec. p. 825.

19 — Garantizar la seguridad jurídica — concretada en la certeza o previsibilidad en la fijación de un foro competencial— es precisamente el objetivo del Convenio de Bruselas. Se pretende, con él, «unificar las reglas de competencia jurisdiccional de los Estados contratantes, evitando, en la medida de lo posible, la multiplicidad de los criterios de competencia judicial respecto a una misma relación jurídica, y [...] reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad, permitiendo, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado» (Sentencia de 13 de julio de 1993, Mulox IBC, C-125/92, Rec. p. I-4075).

72. Estos mismos argumentos son aplicables, por analogía, al supuesto de autos, donde lo discutido es la validez, y no la existencia, del contrato. La diferencia entre este supuesto y el examinado en la sentencia Effer, antes citada, es que el fuero territorial venía, entonces, determinado no por una cláusula convencional de atribución de competencia, sino por un criterio legal (el lugar del cumplimiento de la obligación). Pero el razonamiento jurídico entonces utilizado es, a mi juicio, igualmente aplicable a ambas situaciones.

73. A la misma conclusión se puede llegar analizando la naturaleza de las cláusulas de elección de foro previstas en el artículo 17 del Convenio de Bruselas. A mi juicio, hay que reconocerles una cierta autonomía respecto del contrato en que se insertan.

74. Sobre este particular es cierto que existe un debate doctrinal bien conocido, [20] cuya solución no es pacífica. Considero, sin embargo, que, por lo que respecta al artículo 17 del Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia, en la misma línea que la sentencia Effer, debería inclinarse por la tesis más favorable a la seguridad jurídica y, en concreto, a favor del reconocimiento del foro elegido en una cláusula atributiva (siempre que, naturalmente, ésta respete las condiciones del artículo 17 del Convenio de Bruselas) como foro competente, incluso cuando se alegue la nulidad del contrato en el que se inserta aquella cláusula.

75. Esta solución tiene varios apoyos argumentales. En primer lugar, las cláusulas atributivas de competencia no obedecen a los mismos factores económico-jurídicos que están en la base de los contratos, ni la «causa» de éstos es la misma que la de los pactos de sumisión, cuya finalidad es, simplemente, procesal (residenciar en un foro determinado la solución de los eventuales litigios futuros). Los motivos de nulidad que afecten a los elementos materiales del contrato no deberían tener incidencia, por tanto, en los pactos de sumisión.

76. En segundo lugar, si una parte alega la existencia de vicios del consentimiento contractual —por ejemplo, error respecto de las condiciones esenciales del objeto, que determine la nulidad de las prestaciones recíprocas— la cláusula atributiva de competencia no necesariamente resulta afectada, pues el error no recae sobre la elección, en forma expresa, del tribunal competente. *A fortiori* sucedería lo mismo cuando los motivos alegados de nulidad del contrato se refirieran a su compatibilidad, o incompatibilidad, con las normas de derecho material de un determinado ordenamiento nacional.

77. En tercer lugar, admitir que otro tribunal, distinto del designado por los contratantes en una cláusula de atribución de compe-

20 — Sobre su contenido, véanse los recientes trabajos de Blanchin, C.: *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, 1995, y Rodríguez Benot, A.: *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994.

tencia, pudiera juzgar acerca de la validez del contrato en general, provocaría consecuencias prácticas bastante desconcertantes. Si el resultado de tal juicio fuera, por ejemplo, favorable a la validez general del contrato, aquel tribunal debería, acto seguido, declinar su propia competencia a favor del elegido por los contratantes, único ya competente para dirimir las diferencias al respecto. Difícilmente podría negarse a este último tribunal competencia para declarar, por su parte, incluso en contra del anterior, que el contrato, o alguna de sus cláusulas esenciales, no era válido.

78. Finalmente, la tesis que propugno tiene la ventaja de evitar la multiplicación de litigios y el fraude al propio sistema de unicidad del foro, en el que se inspira el Convenio de Bruselas. Cualquiera de las partes, con sólo alegar la nulidad del contrato en que se inserta la cláusula, provocaría el desplazamiento de los criterios de competencia, haciendo ineficaz el artículo 17. Tal hecho es, sin duda, contrario a la certeza y previsibilidad en la fijación del foro competencial.

79. Debo recordar, en este punto, que ninguna de las partes del litigio ha planteado problema alguno respecto de la validez de la cláusula atributiva de competencia, en sí misma considerada, ni por razones de fondo [21] ni por razones de forma. El Sr. Benincasa sólo alega la nulidad de contrato de franquicia, en general, por razones basadas en el derecho material alemán (supuesta vulneración del BGB y de la ley alemana sobre condiciones generales de contratación). [22]

80. La respuesta a tales alegaciones, es decir, el juicio sobre la validez del contrato de franquicia, dependerá de la ley material que resulte aplicable a este último. Pero considero que el foro competente para pronunciarse al respecto, una vez que ambas partes han pactado la cláusula atributiva de competencia en unos términos tan generales, ha de ser, precisamente, el convenido de antemano por aquéllas.

81. En efecto, la voluntad de las partes, expresada en la cláusula de sumisión, es clara: «cualquier controversia» sobre cualquier «aspecto» del contrato (y en tal expresión hay que incluir los litigios sobre su validez) corresponde a los tribunales de Florencia.

21 — Pudiera suceder que un determinado ordenamiento nacional impusiera determinadas condiciones de fondo para admitir la validez de las cláusulas atributivas de competencia. Sería discutible si tales prescripciones se avienen, o no, con lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio de Bruselas. Respecto de las condiciones formales, es claro que dicho artículo constituye el único punto de referencia admisible.

22 — Véase el punto 10 de estas conclusiones.

82. En este punto es inevitable que la respuesta del Tribunal de Justicia no se limite a efectuar una interpretación abstracta del artículo 17 del Convenio de Bruselas, desprovista de vínculos con el litigio objeto de la cuestión prejudicial. Sin pretender sustituir al juez nacional competente en la interpretación del contrato pactado por las partes de aquel litigio, la utilidad de la respuesta del Tribunal de Justicia, dentro del mecanismo de reenvío prejudicial, requiere analizar el contenido de la cláusula atributiva de competencia para, a la vista de sus características, proporcionar al juez remitente la interpretación del Convenio de Bruselas que éste ha solicitado.

## Conclusión

83. Propongo, en consecuencia al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas en este proceso por el Oberlandesgericht de Munich en los siguientes términos:

«1) Las partes de un contrato de franquicia cuyo objeto es la próxima apertura de un establecimiento comercial no pueden considerarse consumidores, a efectos del párrafo primero del artículo 13 y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas.

2) El tribunal designado en una cláusula atributiva de competencia para juzgar "cualquier controversia sobre la interpretación, ejecución u otros aspectos del presente contrato" es el único tribunal competente, conforme a la primera frase del párrafo primero del artículo 17 del Convenio de Bruselas, también cuando el objeto de la demanda sea, entre otros, la declaración de invalidez del contrato en el que se contiene aquella cláusula.»