

# EL CONCEPTO LEGAL DE «CONSUMIDOR» EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS O NO RESUELTOS\*

SERGIO CÁMARA LAPUENTE  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de La Rioja*

Recibido: 21.09.2010 / Aceptado: 05.10.2010

**Resumen:** La existencia de una definición bastante uniforme de «consumidor» en diversas Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, así como en el borrador del llamado «Marco Común de Referencia» (DCFR de 2009) y en otros textos de revisión del acervo comunitario (Propuesta de Directiva de los Derechos de los Consumidores de 2008, *Acquis Principles* de 2007), así como en el nuevo concepto legal que ofrece el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), ajustado a esos precedentes comunitarios, permite realizar un examen crítico de las carencias de la noción legal a la luz de la práctica y la jurisprudencia tanto europea como española. Así, se examinan aspectos controvertidos o no resueltos, como los «actos mixtos», el problema de las personas jurídicas, el requisito de la falta de ánimo de lucro o la carga de la prueba de la condición de consumidor.

**Palabras clave:** consumidor, empresario, Derecho privado europeo, Marco Común de Referencia, Directivas de consumo, contrato de consumo.

**Abstract:** There is a quite uniform definition of «consumer» in some EU Directives and Regulations, in the so called «Draft Common Frame of Reference» (2009 DCFR), in other texts to revise the *acquis communautaire* (2007 Acquis Principles, 2008 Proposal for a Directive on Consumer Rights) as well as in the new legal concept enshrined in article 3 of the Consolidated Text of the General Act on the Protection of Consumers and Users (Legislative Royal Decree 1/2007, of 16th November), which follows these European precedents. It is, therefore, feasible and necessary to face a critical analysis of the shortcomings of the legal notion according to both European and Spanish case law and practice. Different controversial or not solved issues are dealt with here under that approach, such as the «mixed acts», the problem of legal persons as consumers, the requisite of the lack of intention to make profit or the burden of proof on the consumer's capacity.

**Key words:** consumer, trader, business, European Private Law, Common Frame of Reference (DCFR), consumer protection Directives, consumer contract.

**Sumario:** I. Descripción del panorama normativo sobre la noción de «consumidor». 1. Normativa de la Unión Europea. 2. Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3. Textos con vocación armonizadora del Derecho privado europeo. 4. Normativa española. II. Valor actual de la noción española de «consumidor» previa al Texto Refundido de 2007: «destinatario final» e «integración en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros» (el art. 1 LGD

---

\* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación (I+D+I) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-02325/JUR1), «Hacia un Código de Consumo en España y en la Unión Europea: la revisión de las normas de protección de los consumidores», del que el autor es Investigador Principal.

CU y su actual plasmación en la E.M. del TR-LGDCU). 1. Novedades de la regularización/aclaración del concepto a través de la Exposición de Motivos. 2. Dos actitudes ante la discordancia de la LGDCU con las Directivas comunitarias. 3. Propuesta de interpretación del valor de la noción subsistente en la exposición de motivos. III. Elementos del concepto legal. 1. El sujeto: el problema de las personas jurídicas. A) El desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario. B) Consideraciones de política y técnica legislativa sobre la posibilidad de incluir a las personas jurídicas entre los consumidores protegidos. C) Delimitación de las personas jurídicas incluidas, «lege lata», en el art. 3 TR-LGDCU. 2. El acto de consumo: la amplitud del término «actuar» y los problemas de la actividad empresarial futura y el ánimo de lucro. 3. El (nuevo) criterio negativo: «actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»; su lectura jurisprudencial. IV. Criterios irrelevantes para el concepto legal. 1. Relación directa o indirecta del acto de consumo empresarial con el núcleo de la actividad empresarial. 2. Competencia técnica del empresario en el acto de consumo empresarial (el «empresario no experto»). 3. Competencia técnica del consumidor en el acto de consumo (las nociones de «consumidor medio» y «consumidor vulnerable»). 4. Conocimiento o desconocimiento del empresario de los fines perseguidos por el supuesto consumidor. 5. Volumen de la actividad empresarial de quien realiza un acto de consumo empresarial (las pequeñas empresas y los empresarios en situación de desigualdad). V. Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas. 1. «Actos mixtos» o adquisiciones para uso doble (personal y profesional). 2. Consumidor activo o pasivo: el problema del consumidor vendedor (C2B). 3. Consumidor representado por un profesional (C2C). 4. Carga de la prueba de la condición de consumidor. VI. A modo de conclusión.

## I. Descripción del panorama normativo sobre la noción de «consumidor»

1. En este ensayo se pretende poner en relación el acervo normativo que, con el amplio término «Derecho privado europeo», comprende tanto el Derecho comunitario derivado (Directivas y Reglamentos que incluyen una noción de «consumidor» y la jurisprudencia que los interpreta) como las recientes propuestas académicas de armonización del Derecho patrimonial europeo (Marco Común de Referencia o DCFR en sus siglas inglesas)<sup>1</sup> o del Derecho de consumo europeo (*Acquis Principles*)<sup>2</sup> con la reciente transformación del concepto de «consumidor» operada en un plano general por el nuevo art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TR-LGDCU). Según este precepto, a los efectos de esta norma, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Dada la sustancial coincidencia que, en la actualidad, a salvo de algunos matices importantes que se abordarán, existe entre todas estas reglas, nacionales o europeas, resulta oportuno efectuar un análisis crítico de las cuestiones comunes más controvertidas que se desprenden de su tenor literal, así como de los problemas no resueltos por ellas, prestando especial atención a las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia comunitaria y española.

### 1. Normativa de la Unión Europea

2. El transcrito «concepto *general* de consumidor y de usuario» del art. 3 TR-LGDCU, procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TR-LGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado marginadas de este nuevo texto de 2007. De esta forma, según su Exposición de Motivos (III § 2), el concepto «se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas». En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refun-

<sup>1</sup> Existe una edición resumida y una edición completa con comentarios y notas (se citará al pie ésta última), cuyas referencias son, respectivamente: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, München, Sellier, 2009 e, *id.*, full edition, seis tomos, München, Sellier, 2009 (en lo sucesivo, *DCFR-Full edition*).

<sup>2</sup> RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms*, München, Sellier, 2007 [en adelante, *Acquis Principles* y, en nota, ACQUIS GROUP, *Principles...*].

didada por el RDLeg. 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*», con ligeras variantes de redacción entre ellas: «un uso» (Directiva 85/577) *versus* «un propósito» (Directiva 93/13, Directiva 97/7) o «fines» (Directiva 99/44) ajenos a su «actividad profesional». En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TR-LGDCU, la idea se reitera, invariablemente aludiendo todas a la «persona física» –ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito– que con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a;) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a; Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f). Exactamente la misma directriz, con este último tenor legal más circunstanciado, se contiene en la *Propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores de 2008* (art. 2.1 PDDC, en adelante)<sup>3</sup>. Por su parte, la Directiva sobre viajes combinados (Directiva 90/314, art. 2.4) adopta un concepto propio de «consumidor» (cfr. art. 151.g TR-LGDCU) y la Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (Directiva 85/374) no pivota sobre el concepto de «consumidor», sino sobre el más amplio de «perjudicado» (cfr. art. 128 y ss. TR-LGDCU); el art. 3 TR-LGDCU respeta, correctamente, la autonomía de los conceptos propios de estos dos ámbitos («sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero [responsabilidad] y cuarto [viajes combinados]»), que abarcan también a los empresarios –en el caso de la Directiva 85/374, salvo por daños materiales que afecten a bienes o servicios de uso o consumo principalmente empresarial *ex art. 129*: cfr. STJCE 4 junio 2009, asunto *Moteurs Leroy Somer*<sup>4</sup>, en el caso de la Directiva 90/314, cualesquiera empresarios que contratan viajes combinados para fines profesionales–.

3. Por su conexión con las Directivas mencionadas, conviene hacer referencia a otras normas comunitarias –en la actualidad Derecho interno español– que adoptan una noción similar; más aún, el origen de estas otras normas constituyó en su día el germen de la noción comunitaria. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (el llamado Reglamento Bruselas I por su origen en el Convenio de Bruselas de 1968 de igual temática, en el cual, en 1978, se introdujo la definición de consumidor), introduce un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Y, por su parte, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, por transformación del Convenio de Roma de 1980) contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional». Un enfoque completamente distinto –criterio positivo– adopta el Convenio de Viena de 11 abril 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, que, por lo demás, excluye de su ámbito las relaciones de consumo (art. 2.a: no se aplica a compraventas «de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso»).

## 2. Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

4. Hasta la fecha, el concepto existente el Derecho material comunitario ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria de forma restrictiva y haciendo coincidir el parámetro legal negativo

<sup>3</sup> COM(2008) 614/3, de 8 octubre 2008.

<sup>4</sup> STJCE (Sala 1ª) 4 junio 2009, asunto C-285/08, caso *Moteurs Leroy Somer c. Dalkia France y Ace Europe*.

(actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación en clave positiva de en qué consiste esa actuación: según la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *di Pinto*)<sup>5</sup>, recaída en torno a la noción de consumidor en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en la que un empresario celebró un contrato de publicidad sobre su fondo de comercio a raíz de una visita a su domicilio, señaló que tales contratos con otros empresarios «constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son *las necesidades familiares o personales* del comerciante» (§ 16), por lo que dicho comerciante no merece la calificación de consumidor. Interpretando la misma Directiva, la STJCE 17 marzo 1998 (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para consumo empresarial ajeno)<sup>6</sup> señaló que aquélla «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, *siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado*». Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial (actual art. 15 del Reglamento UE 44/2001), el cual, como se vio, contiene, en el plano del Derecho procesal comunitario, una definición de consumidor similar a la de las Directivas examinadas; amén de subrayar que el concepto del Convenio «debe interpretarse de forma autónoma», desligada del Derecho interno de los Estados contratantes (SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 3 julio 1997, 27 abril 1999, 11 julio 2002, 20 enero 2005 –asunto *Gruber*–, 20 enero 2005 –asunto *Engler*–)<sup>7</sup>, el TJCE ha enfatizado que esas disposiciones «sólo se refieren al *consumidor final privado* que no participe en actividades comerciales o profesionales» (STJCE 21 junio 1978, asunto *Bertrand*, § 21; STJCE 19 enero 1993, asunto *Shearson Lehman Hutton Inc.*, § 13 y 22; STJCE 11 julio 2002, asunto *Gabriel*, § 39; STJCE 20 enero 2005, asunto *Gruber*, § 35; STJCE 20 enero 2005, asunto *Engler*, § 34)<sup>8</sup>, «sólo engloban los contratos celebrados *para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo*» y el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*, §§ 16-17)<sup>9</sup>, «pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante» (STJCE 20 enero 2005, asunto *Gruber*, § 40).

### 3. Textos con vocación armonizadora del Derecho privado europeo

5. En cuanto a los textos que proponen una síntesis del Derecho comunitario de consumo o unas reglas para un eventual Derecho contractual europeo, coinciden en la consabida definición de ser el consumidor cualquier persona física que actúa «principalmente con fines que no están relacionados con su comercio, empresa o profesión» [art. I.– 1:105(1) y Anexo DCFR de 2009] o «que están fuera de la actividad empresarial de esta persona» [art. 1:201 *Acquis Principles*]. También el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se atiene al concepto de las Directivas (art. 9.2: «persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales», sin el matiz de actuar «principalmente» con esos fines, genuino del DCFR y los *Acquis Principles*: *vid. infra*). Por lo demás, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea tienen una definición general de «consumidor» válida para diversos campos normativos, siendo pocos los ordenamientos que carecen de tal definición genérica para las materias cubiertas por las Directivas y optan por definiciones específicas (Chipre, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Reino Unido) o incluso carecen de cualquier definición legal de consumidor (Francia)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, (proceso penal) caso *Patrice di Pinto*.

<sup>6</sup> STJCE (Sala 5ª) 17 marzo 1998, asunto C-45/96, caso *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgar Dietzinger*.

<sup>7</sup> STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-27/02, caso *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*.

<sup>8</sup> Respectivamente, STJCE 21 junio 1978, asunto C-150/77, caso *Bertrand c. Ott*; STJCE (Pleno) 19 enero 1993, caso *Shearson Lehman Hutton Inc c. TVB*; STJCE (Sala 6ª) 11 julio 2002, asunto C-96/00, caso *Rudolf Gabriel*, STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*.

<sup>9</sup> STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

<sup>10</sup> *Vid.* H. SCHULTE-NÖLKE / C. TWIGG-FLESNER / M. EBERS, (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, München, Sellier, 2008, pp. 456-457 (también de libre acceso en [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf)). Y *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 95.

#### 4. Normativa española

6. Las leyes españolas de transposición de las Directivas, ahora integradas en el TR-LGDCU, en lugar de adoptar el paradigma comunitario, optaron por remitirse al art. 1.2-3 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU, en adelante), bien de forma expresa<sup>11</sup>, bien implícitamente<sup>12</sup>. De esta forma, la legislación española se basaba en el criterio positivo de tratarse el consumidor de un «destinatario final» (§ 1 del art. 1 LGDCU-1984, complementado o explicado en negativo por el § 2, que excluye de tal noción a quienes emplean los bienes o servicios «para integrarlos en procesos» relacionados con el mercado), en lugar de centrarse en el (otro) criterio puramente negativo comunitario de actuar con un propósito ajeno a su actividad empresarial. Consciente de la disparidad se mostró la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (LCGC, en adelante) en su intento (doctrinalmente contestado, por la técnica y el valor de las EM) de abrazar ambas perspectivas al señalar que «de conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (§ 9 del preámbulo de la EM de la LCGC).

7. En la vigente inserción del concepto comunitario dentro del texto legal del TR-LGDCU, cabe subrayar, no obstante, *dos diferencias trascendentales* respecto a las Directivas de referencia: por un lado, la notoria y consciente disparidad que supone admitir en el concepto legal de consumidor a las personas jurídicas (*vid. infra*); por otro lado, la más sutil –y desapercibida, pero importante– sustitución del pronombre «su» –en las Directivas– por el artículo indefinido «una» actividad empresarial o profesional (sobre las consecuencias de cara al controvertido supuesto del consumo empresarial sin relación directa con la actividad principal del empresario, *vid. infra*).

8. El contraste del art. 3 TR-LGDCU con las nociones de consumidor contenidas en otras normas permite distinguir los siguientes grupos normativos:

- a) *Leyes que concuerdan con el actual tenor del art. 3 TR-LGDCU*: coincide plenamente con éste el art. 1.1.b §3 Ley 2/2009 [préstamos hipotecarios, LCCPCH] –con la única diferencia de referirse a «su actividad empresarial», no a «una actividad empresarial»; con el mismo matiz, más la circunscripción del concepto sólo a las personas físicas se encuentran en esta línea otras dos leyes que transponen tal cual el concepto de sendas Directivas: antes del TR, el art. 1.2 Ley 7/1995 1.2 [crédito al consumo, LCC] y, después, el art. 5 §3 Ley 22/2007 [contratación a distancia de servicios financieros, LCDSF].
- b) *Leyes que mantienen la remisión expresa (y huérfana) al art. 1.2 LGDCU de 1984*: la letra E del Anexo a la Ley 34/2002 [LSSI] de comercio electrónico.
- c) *Leyes que reproducen el tenor literal del art. 1.2 y 1.3 LGDCU de 1984*: así sucede, llamativamente, con el art. 1.3 Ley 43/2007 sobre la contratación de bienes con oferta de restitución de precio, que es posterior (13 diciembre) al RD 1/2007.
- d) *Leyes que se refieren al «consumidor» sin definirlo ni remitirse al concepto del TR-LGDCU ni a la LGDCU*: i) *En general*: en este grupo pueden encuadrarse las referencias que obran en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>13</sup> o en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (arts. 2 y 9 LVPBM). ii) *Con el matiz de ser clientes potenciales*, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia pueden encontrarse varias referencias<sup>14</sup>. iii) *Leyes que emplean el término consumidor implícitamente en el sentido de la LGDCU*,

<sup>11</sup> Art. 1.1 de la Ley 26/1991 [LCCFEM]; art. 1 § 3 Ley 23/2003 [LGVBC]; art. 48 Ley 7/1996 [LOCM] y cfr. arts. 38-47 LOCM en relación con la mención a los «destinatarios finales» del art. 1.2 LOCM.

<sup>12</sup> Arts. 10, 10bis y DA 1ª LGDCU incluidos en esta ley mediante la transposición de la Directiva 93/13 por la Ley 7/1998 [LCGC].

<sup>13</sup> Arts. 52.16º, 54.2, 78.4º, 221, 249.1.4º, 250.12º, 256.1.6º, 261.5º, 519, 711.2 y 728 LEC.

<sup>14</sup> Las referencias en la Ley 15/2007 son: «consumidores» (arts. 1.3.a, 2.2.b, 10.1.d), «consumidores y usuarios» (64.1.e) y «consumidores intermedios y finales» (art. 10.1.h).

*sin remisión expresa al art. 1.2 de la Ley 26/1984*: cabe entender que se trata de una remisión dinámica y, por ende, el concepto de consumidor que se aplica es el nuevo del art. 3 TR-LGDCU tanto en la Ley 7/1998 [LCGC]<sup>15</sup>, como en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal [LCD] a raíz de su reforma y transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre<sup>16</sup>, como en la Ley 34/1988, General de Publicidad [LGP]<sup>17</sup>.

- e) *Leyes tuitivas sectoriales que se refieren al «usuario» en un sentido más amplio o distinto del del art. 3 TR-LGDCU*: la Ley 40/2002 sobre el contrato de *aparcamiento* de vehículos se refiere al «usuario» como sujeto de derechos y deberes sin definirlo. En cambio, en el sector de las *telecomunicaciones* se han acuñado definiciones propias, que incluso distinguen entre el «consumidor», el «usuario» y el «usuario final» (y el «abonado») <sup>18</sup>. En cambio, en otro de los ámbitos de servicios liberalizados de interés general, como es el *sector eléctrico*, la legislación emplea, en lugar del término «usuario» (de un servicio), el vocablo «consumidor» desligado de requisitos finalistas positivos o negativos, con el matiz de que lo son «las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo», mientras que si adquieren energía directamente en el mercado de producción se denominan «consumidores directos en mercado» (art. 9 Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico). La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de *Hidrocarburos*, emplea incluso de forma más genérica y sin definición el término «consumidor» (aunque el art. 44 bis introducido por Ley 12/2007, de 2 de julio, en relación con gases licuados del petróleo, «entiende por ‘suministro al por menor’ la venta a consumidores o usuarios finales»). En cuanto a la noción finalista, conviene recordar también la siempre discutida referencia de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista [LOCM] a los «destinatarios finales» (art. 1.2) y la polémica doctrinal acerca de si coincide con el concepto de consumidor de la LGDCU o no<sup>19</sup>.
- f) *Normas tuitivas sectoriales que emplean conceptos distintos del de «consumidor o usuario»*: como fruto de transposición de Directivas comunitarias con virtualidad en la protección de los consumidores, cabe destacar la Ley 42/1998 [LDAT] cuyo sujeto protegido es el «adquirente» del derecho de aprovechamiento por turno, y la Ley 34/1988 [LGP], que alude a los «destinatarios» de la publicidad (art. 2). Otras normas adoptan también, en su entorno sectorial, conceptos más amplios que el de consumidor del TR-LGDCU, como el de «pasajero» que emplea el Reglamento (UE) 261/2004, de 11 de febrero, sobre *overbooking* en el transporte aéreo. Por su parte, el art. 2 LCGC contempla en su ámbito, más allá del consumidor, al «adherente».

**9.** El contraste de la nueva noción del art. 3 TR-LGDCU con las establecidas por las 16 leyes o estatutos del consumidor de las Comunidades Autónomas (todas menos La Rioja) arroja una conclusión

<sup>15</sup> Art. 3 sobre el ámbito territorial; art. 6.2 sobre interpretación; y art. 8.2 sobre nulidad de cláusulas abusivas.

<sup>16</sup> Arts. 4, 5, 6, 11, 16, 17, 19-31, 33, 35 y 37 LCD. La referencia implícita de estos artículos al art. 3 TR-LGDCU debe entenderse implícita, toda vez que, aunque la LCD no recoge la definición de consumidor del art. 2.a Directiva 2005/29 –Directiva de donde vienen las nuevas referencias al consumidor–, ésta, como se ha visto, coincide con la del art. 3 TR-LGDCU.

<sup>17</sup> Arts. 25.2 y 29.1 y 32 LGP.

<sup>18</sup> Según la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones [LGT], «consumidor» es «cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales» (Anexo II, nº 4), término que, en sustancia, viene a coincidir con el del art. 3 TR-LGDCU; en cambio, «usuario» se define igual pero sin la precisión «para fines no profesionales» (Anexo II, nº 34), introduciendo así una importante diferencia terminológica con la calificación bimembre y sinónima del TR-LGDCU; y, por último, según la LGT, «usuario final» es aquél «que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende» (Anexo II, nº 35); coincide en esta última definición de «usuario final» el art. 1.2.f) del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. Por lo demás, la LGT consagra algunos derechos específicos para los «consumidores que sean personas físicas» (arts. 22.1.e, 22.2) y otros «derechos de los consumidores y usuarios finales», para ambos, en el art. 38 LGT, cuyo apartado 3 prevé que su reglamento de desarrollo «podrá ampliar la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios».

<sup>19</sup> Como obviamente ahora acontece con el art. 3 TR-LGDCU que prescinde de ese sintagma; cfr. SAP La Rioja, 29 mayo 2003.

clara en el momento actual<sup>20</sup>: todas tienden a replicar el tenor del art. 1 LGDCU de 1984 (un efecto reflejo de la STC 30.11.1982), añadiendo algunos matices, clarificaciones o alteraciones, con excepción de dos: por una parte, el Estatuto de los consumidores de Murcia que, en su reforma por Ley 1/2008, de 21 de abril prescinde de su anterior definición de 1996 (en línea con la del art. 1 LGDCU) para reproducir ahora la definición del art. 3 TR-LGDCU, inaugurando así una tendencia que podrían seguir otras leyes autonómicas; y, por otra parte, la Ley 1/2006, de 7 marzo, de defensa de los consumidores de Cantabria, que, al reemplazar a la anterior Ley 6/1998, de 15 mayo, trató de aunar los criterios de la LGDCU con los de las Directivas comunitarias, a la par que introdujo algunos adverbios de enjundia y cuño doctrinal y comunitario, al disponer (art. 2) que «1. A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales *y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional*. 2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren *principalmente* los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación *dirigido al mercado*, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo».

## II. Valor actual de la noción española de «consumidor» previa al Texto Refundido de 2007: «Destinatario final» e «integración en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros» (el art. 1 LGDCU y su actual plasmación en la E.M. del TR-LGDCU)

10. Con carácter previo al examen de las concretas cuestiones problemáticas en la noción comunitaria de consumidor, que es la adoptada en el art. 3 TR-LGDCU, es necesario dilucidar un interrogante de gran trascendencia teórica y práctica, que apela directamente a la conformidad o disconformidad de nuestro ordenamiento con la normativa de la Unión Europea: ¿cuál es el valor de los parámetros vigentes antes de la refundición, descartados en el nuevo art. 3 TR-LGDCU, pero recuperados y reformulados en la Exposición de Motivos [EM] de dicho Texto Refundido?

### 1. Novedades de la regularización/aclaración del concepto a través de la Exposición de Motivos

11. El ahora derogado art. 1 LGDCU de 1984 contenía la noción de consumidor, en su aspecto positivo en el párrafo segundo y en su aspecto negativo en su párrafo tercero, en los siguientes términos: «2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan *como destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, *con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*». Los dos elementos centrales y finalistas, indicados en cursiva, han subsistido en la explicación con la que la Exposición de Motivos del TR-LGDCU ha pretendido clarificar el nuevo tenor literal (comunitario) del art. 3 TR-LGDCU, conforme a la habilitación conferida por la Ley 44/2006 para «regularizar, aclarar y armonizar» los textos legales refundidos, con las siguientes frases, que parecen querer cohonestar ambas definiciones: «El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. *Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*».

12. El *contraste del texto legal de 1984 y su simplificación/aclaración en la EM del RDLeg. 1/2007* arroja las siguientes *diferencias*: *primera*, una saludable simplificación en la redacción de los

<sup>20</sup> Para un estudio de detalle sobre las peculiaridades de las normas autonómicas en relación con el art. 3 TR-LGDCU, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», en ID. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*, Colex, Madrid, 2010 (en prensa).

rasgos que ha de revestir quien pretende la tutela como consumidor (se ha omitido la repetición del rasgo de ser «destinatario final», en positivo y en negativo, que en algún caso aislado ha presentado interpretaciones disfuncionales; y se ha sintetizado, de forma acertada, la concatenación de [cinco] sustantivos para definir los bienes y servicios objeto de la relación de consumo). *Segunda*, con el mismo objetivo de simplificación, se han sustituido los verbos que definían la actividad de los consumidores (adquirir, utilizar o disfrutar) por el más neutro y omnicomprensivo sintagma de «intervenir en relaciones de consumo», lo cual, en sintonía con el término «actuar» del art. 3 TR-LGDCU parece reivindicar la categoría más objetivada del «acto de consumo». *Tercera*, se ha introducido una *aclaración de lo que se considera por «destinatario final»* –ausente del art. 1 LGDCU, que no definía en qué estribaba ese destino–, al señalar la EM del TR-LGDCU que la intervención en las relaciones de consumo ha de ser «*con fines privados*». Como ya se expuso, esta concreción de los fines del acto de consumo ya se había producido en la jurisprudencia comunitaria incluso de forma más restrictiva (SSTJCE 17 marzo 1998: «necesidades familiares o personales»; SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 11 julio 2002, 20 enero 2005 y 20 enero 2005: «para satisfacer las propias necesidades de *consumo privado* de un individuo»; *supra*, apartado 1.2) y también era un elemento incorporado en las diversas leyes o estatutos autonómicos al indicar que el consumidor destina el bien o servicio a un uso o consumo «personal, particular, familiar, doméstico o colectivo». En esta línea, la jurisprudencia española ya había tratado de interpretar y desarrollar la noción de «destinatario final» antes del RDLeg 1/2007: así, la STS 18 junio 1999 («si [...] tuviera por objeto restringido y exclusivo el consumo familiar o doméstico»), la STS 16 octubre 2000 («y no para un mero uso doméstico o personal»), o la STS 15 diciembre 2005 (servirse de las prestaciones «en un ámbito personal, familiar o doméstico»); en la misma línea, con ulteriores matices, la abundante doctrina de las Audiencias Provinciales<sup>21</sup>. *Cuarta*, se ha precisado en la EM que los bienes o servicios no deben ser incorporados «*ni directa, ni indirectamente*» en procesos de producción, comercialización o prestación de terceros (se ha suprimido el término «transformación»), aclaración que debe saludarse positivamente por permitir excluir sin ambages consumos empresariales en los que el bien o servicio no guarda relación directa con el proceso productivo, pero sí coadyuva a la organización empresarial o profesional o a los resultados comerciales de quien así actúa (*infra*).

## 2. Dos actitudes ante la discordancia de la LGDCU con las Directivas comunitarias

13. Antes de la vigencia del concepto «comunitario» de consumidor adoptado por el art. 3 TR-LGDCU de 2007, diversos autores, sentencias y textos habían puesto de relieve la disparidad de enfoques y ámbitos de aplicación de la definición del art. 1 LGDCU de 1984 y de la definición de las Directivas comunitarias, con conclusiones diversas (de rechazo o de refrendo) sobre esa discordancia. El punto de partida de tales declaraciones, sin embargo, no siempre era idéntico, ni la premisa enteramente certera: en múltiples ocasiones [a] se ha podido leer que el concepto de las Directivas es más «restrictivo» que el español (*v. gr.*, así, SAP A Coruña 25.3.2008; según el dictamen del Consejo Económico y Social de

<sup>21</sup> En algunas ocasiones, las Audiencias provinciales aportan como referencia directa de apoyo la noción de la jurisprudencia comunitaria de «consumidor privado final que no ejerce actividades comerciales o profesionales» (SAP Valencia 23 mayo 1994, SAP Asturias 2 mayo 2006). Lo más frecuente ha sido verter estas alusiones para negar el carácter de consumidor cuando el bien o servicio no se utiliza «para cubrir las propias necesidades y las de su familia» o «para satisfacer necesidades domésticas, personales y familiares» o «para utilizarlo en su vida privada o para sus usos particulares» o expresiones similares (SAP Sevilla 30 octubre 1996) (SAP Lleida 4 abril 1994, SAP Granada 16 marzo 1999, SAP Toledo 16 marzo 2000, AAP Toledo 13 octubre 2000, SAP Granada 16 febrero 2002, SAP León 4 junio 2002, SAP A Coruña 25 abril 2005, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Barcelona 5 julio 2006, SAP Málaga 9 octubre 2006, SAP A Coruña 23 marzo 2007, SAP Madrid 3 mayo 2007, SAP Toledo 19 febrero 2008, SAP Alicante 18 diciembre 2008, SAP Barcelona 15 enero 2009). Para calificar al destinatario final, un creciente número de sentencias apela al *origen económico de la noción legal de consumidor*, formulado en una de estas dos variantes ya acuñadas por la doctrina: o bien concibiendo «al consumidor como el último eslabón de la cadena de producción, transformación o comercialización» (SJMerc Madrid 26 julio 2005), «a modo de estación final del *iter* económico del proceso productivo, en donde el curso de los bienes y servicios se agota, quedando excluidos de tal concepto los empresarios y profesionales que, aún adquiriendo e incluso consumiendo tales productos, lo hacen insertándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación a terceros» (SSAP A Coruña 25 abril 2005 y 23 marzo 2007) o bien cuando el acto de consumo «se proyecta sobre el valor en uso de la mercancía o servicio y no sobre el valor de cambio de los mismos –REICH–» (SSAP Granada 16 marzo 1999 y 16 febrero 2002).

21.2.2007 al anteproyecto del TR-LGDCU, la nueva definición «rebajaría el alcance de lo definido al acotarlo de manera difusa»; aunque este tipo de declaraciones genéricas sobre el carácter más estricto del nuevo concepto sólo resulta abonado en relación con la admisión de las personas físicas y jurídicas en la LGDCU y no en las Directivas, no respecto al binomio destinatario final/reintroducción en procesos productivos; también el *Compendium* del Derecho de consumo europeo y los *Acquis Principles* aluden a que la noción española de «destinatario final» es más amplia porque permite incluir «transacciones [empresariales] atípicas no vinculadas a una ulterior transmisión»<sup>22</sup>, lo cual, en la interpretación más correcta del art. 1 LGDCU no es exacto, como se vio en el epígrafe anterior y se explicará enseguida; en cambio, en otras ocasiones [b] se ha afirmado con más precisión que el concepto de las Directivas es más amplio en la comparativa entre «destinatario final» y «uso para fines ajenos a su actividad profesional» (v. gr., cfr. implícitamente el preámbulo de la Ley 7/1998, LCGC, § 9 y VIII § 2), pudiendo incluso encontrarse [c] opiniones defensoras de la similitud de los parámetros, que diferirían tan sólo en el enfoque, con definición de la finalidad o destino en positivo (destinatario final en el sentido de uso personal, familiar o doméstico) o en negativo (actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional).

**14.** En definitiva, frente a la discordancia entre el concepto de las Directivas (y del vigente art. 3 TR-LGDCU) y del art. 1 LGDCU (y de la actual EM del TR-LGDCU), se enjuicie esa discordancia como comprensiva de más, menos o similares supuestos de hecho –ámbito de aplicación más amplio, más estricto o similar según se ha explicado– caben dos actitudes: una, en clave negativa, que mantiene que el concepto basado en el destinatario final debe desaparecer y dar paso exclusivamente al concepto comunitario y otra, en clave, positiva, que patrocina la posibilidad de cohonestar ambas nociones para el Derecho español. Con los matices que ahora siguen y tras el examen del argumentario de ambas, resulta preferible la adoptar la solución positiva.

**15.** *La visión negativa del art. 1 LGDCU de 1984* –y, por ende, de su pervivencia a través de la EM del TR-LGDCU– se basa en cuatro argumentos<sup>23</sup>: i) El concepto de «destinatario final» es singular de España en el contexto comparado. ii) Es un concepto que «no encaja en el Derecho comunitario». iii) Se ha demostrado su impropiedad al permitir la inclusión ciertos consumos empresariales y dejar fuera claras relaciones de consumo. iv) La noción comunitaria abarca más supuestos que la basada en la expresión «destinatario final», que no deberían quedar excluidos en la normativa nacional. De los cuatro argumentos, que ahora se desarrollarán, cabe compartir plenamente el cuarto, que es justo el que genera la necesidad de cohonestar (en positivo) ambas nociones.

En cuanto al primer argumento, [i] se trata de una idea tópicamente repetida desde hace años por parte de la doctrina, cuando los estudios de Derecho comparado muestran fehacientemente que dentro de la Unión Europea al menos otros tres países se basan también en la noción de destinatario final (Grecia, Hungría y Luxemburgo)<sup>24</sup>. En cuanto al segundo argumento, [ii] pierde buena parte de su peso si se contrasta con dos datos de cuño comunitario: por una parte, la jurisprudencia del TJCE, que al interpretar Directivas de Derecho material y Reglamentos de Derecho procesal comunitario (*supra*, apartado 1.2) ha acercado ambas perspectivas al recurrir precisamente a ideas como el «consumidor final privado» o que atiende a sus «necesidades personales o familiares», tan vinculadas a la interpretación al uso del concepto de destinatario final; por otra parte, los recientes textos que han evaluado las desviaciones de las transposiciones nacionales respecto a las Directivas comunitarias han concluido que las definiciones nacionales, incluida la española del art. 1 LGDCU y su noción de destinatario final, «son acordes con los requisitos mínimos

<sup>22</sup> SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 458; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 27.

<sup>23</sup> Algunos de ellos, recientemente expuestos, con firmeza, por L. ARNAU RAVENTÓS, «La noció de *consumidor* i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, nº 9, 2008, pp. 9-46, esp. pp. 13 y 20-22; y por E. ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un Derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario», en E. BOSCH CAPDEVILA, (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 209-238, esp. p. 223.

<sup>24</sup> *Vid.* SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 457-458; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, pp. 26-27; *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 96.

del Derecho comunitario»<sup>25</sup> y, de hecho, la Comisión Europea no ha requerido en ningún momento a España por incorrecta transposición de las Directivas en este punto. El tercer argumento [iii] merece algunas precisiones. En contra de la definición del art. 1 LGDCU basada en la noción de destinatario final, durante años se han vertido algunas críticas justas por la técnica legislativa empleada –doble versión, sobre quién es y quién no es consumidor– y por su falta de claridad en algunos extremos; esas deficiencias técnicas han quedado superadas en la nueva versión que da la EM del TR-LGDCU. Sin embargo, las dos críticas de fondo sobre las disfunciones ocasionadas por tales defectos han podido quedar superadas desde hace años por la cabal interpretación de la doctrina y la jurisprudencia: en cuanto a la posibilidad de que ciertos consumos empresariales (puras relaciones mercantiles entre dos empresarios o profesionales) quedasen incluidos en la noción de consumidor por ser «destinatarios finales» de un bien que no transforman, revenden o reofertan a terceros –aunque sí lo utilizan en alguna medida en su labor empresarial o profesional: bienes de equipo, elementos para prestar servicios en sus instalaciones sin conexión directa con el producto final que ofertan, etc.– ha sido conjurada en múltiples ocasiones, fundamentalmente a partir de la refutación de una interpretación aislada del § 2º del art. 1 LGDCU (contemplar sólo la idea del «destinatario final»); en la interpretación más equilibrada de este precepto, los §§ 2º y 3º deben interpretarse de forma conjunta<sup>26</sup>, de manera que el párrafo tercero no sólo es el negativo del párrafo segundo, sino la explicación de lo que se entiende por destinatario final: quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios *sin* el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización y prestación a terceros<sup>27</sup>. Por lo demás, sí es lectura al uso del precepto ligar esos «procesos» con la idea del «mercado», de manera que cualquier uso relacionado con éste quedaría excluido de la noción de consumidor<sup>28</sup>. Cabe constatar, en todo caso, que con la herramienta del art. 1 LGDCU, la jurisprudencia ha excluido en la mayoría de los casos cualesquiera consumos empresariales –la referencia a la incorporación, siquiera «indirecta», en esos procesos empresariales que ahora hace la EM del TR-LGDCU refrenda esta interpretación–, salvo unas pocas sentencias, que cabe catalogar como excepcionales, incongruentes con la jurisprudencia y carentes de auténtica argumentación<sup>29</sup>. En cuanto a la supuesta deficiencia de la noción de los destinatarios finales

<sup>25</sup> SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 455; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26. A lo cual cabe contraobjetar algún matiz, relacionado con el argumento cuarto, como se expondrá.

<sup>26</sup> Ponen énfasis en esa interpretación conjunta las siguientes sentencias, SAP Baleares 23 enero 1995, SAP Madrid 22 enero 2000, SAP Valencia 10 octubre 2000 y 15 enero 2001, AAP Madrid 2 abril 2001 y SAP Asturias 7 noviembre 2002, que repiten esta afirmación: «conjugados ambos apartados es obvio que habrán de quedar excluidos de estas caracterizaciones jurídico-económicas los adquirentes de bienes o servicios que los emplearan o integraran en un proceso empresarial, comercial o profesional, en lugar de ser meros destinatarios o usuarios finales de los mismos»; y la SAP Alicante 8 enero 2002 subraya que la interpretación debe hacerse «cohonstando definición y exclusión»; numerosas sentencias reproducen y emplean los criterios de ambos párrafos: v. gr., SSTS 18 junio 1999, 29 diciembre 2003 y 15 diciembre 2005 y SAP Asturias 12 abril 2000, SAP Tarragona 28 marzo 2001, SAP Barcelona 15 abril 2002, SAP Girona 29 mayo 2002, SAP Girona 29 mayo 2002, SAP Barcelona 28 enero 2004, SAP Tarragona 15 julio 2004, SAP Madrid 20 julio 2005, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, SAP Madrid 5 junio 2006, SAP Barcelona 7 junio 2006, SAP Huesca 29 junio 2006, SAP Barcelona 5 julio 2006, SAP Cuenca 15 noviembre 2006, SAP Ourense 19 enero 2007, SAP Jaén 20 marzo 2007, SAP Valencia 4 febrero 2008.

<sup>27</sup> En este sentido, por todos, L. M. MIRANDA SERRANO, «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en ID. *et al.*, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 179-221, esp. pp. 199-201: «parece más fiel y respetuoso con la letra de la ley y con su espíritu (art. 1.3 LGDCU) interpretar la situación jurídica de destinatario final en sentido negativo (esto es, no como integración de lo adquirido o contratado en procesos de mercado) y no tanto en sentido positivo (es decir, como destinación de lo adquirido o contratado a un uso familiar, personal o doméstico)».

<sup>28</sup> *V. gr.*, según la SAP Toledo 16 marzo 2000 y el AAP Toledo 13 octubre 2000, el uso ha de ser «ajeno al mercado».

<sup>29</sup> Es posible cuantificar aproximadamente en un 5% el porcentaje de resoluciones judiciales que se desmarca del *corpus* jurisprudencial que deniega la condición de consumidores a empresarios que actúan como tales. Un examen detallado de estos fallos (que puede verse en CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit.), permite distinguir cuatro grupos de sentencias: un *primer grupo*, de sentencias «no conscientes», en las que la resolución no llega a reparar en que el reclamante carece de la condición de consumidor y aplican directamente la normativa de consumo impetrada sin ninguna consideración expresa sobre por qué cabe encuadrar al alegante en esa categoría (SSTS 13 noviembre 1995, STS 31 julio 1997, SAP Lleida 21 enero 2000 y SAP Asturias 9 junio 2000). Un *segundo grupo*, de sentencias «conscientes inmotivadas», en las que el tribunal sí es consciente de este *prius* en la aplicación de la LGDCU, pero opta deliberadamente por entender que se cumplen los parámetros, sin especial esfuerzo reflexivo, acaso por falta de controversia de las partes sobre este extremo (STS 18 septiembre 1998 y SAP Valencia 26 enero 1999). El *tercer grupo*, de sentencias «conscientes motivadas», en línea con el anterior, pero con aportación de argumentos de dudosa valía y peso (STS 21 septiembre 2004, SAP Málaga 20 octubre 1992, SAP Barcelona 22 marzo 2000, SAP Las Palmas 16 febrero 2002 y SAP Madrid 26 abril 2004; cfr. STS 6 octubre 2004). Finalmente, un *cuarto*

del art. 1 LGDCU por poder dejar desprotegidos a los familiares o amigos que reciben el bien del consumidor contratante, o, a la inversa, la desprotección de éste por no ser el usuario final, hace tiempo que quedó corregida con la interpretación uniforme en favor de su inclusión como consumidores –en ambos casos–, con apoyo en las conocidas nociones de consumidor jurídico y consumidor material y en la desconexión de estos actos con la idea del mercado. En conclusión, más de dos décadas de interpretación doctrinal y jurisprudencial de los requisitos del art. 1 LGDCU habían depurado ya bastantes de las dificultades que su dicción ocasionaba; y en los últimos tiempos estaba también asentada en los tribunales la tendencia a interpretar sus términos de conformidad con la definición comunitaria<sup>30</sup>.

Por lo que respecta al cuarto argumento de la visión crítica o negativa con los elementos del art. 1 LGDCU, [*iv*] debe convenirse que, en efecto, *existen supuestos de hecho que quedarían fuera –o al menos han suscitado dudas hasta la fecha– con las ideas de destinatario final y reintroducción en el mercado* (o incorporación, directa o indirecta, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros), *que, en cambio, sí quedarían incluidos en el ámbito de protección con el criterio comunitario* de actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Así sucede tanto con quien vuelve a introducir bienes en el mercado al margen de una actividad profesional<sup>31</sup> como con quien adquiere sin erigirse en destinatario final (para un uso colectivo ajeno, para arrendar) siempre que sus actos se ubiquen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional<sup>32</sup>. En este sentido, cabría catalogar como «consumidor» –de acuerdo con el art. 3 TR-LGDCU; no, *stricto sensu*, con el art. 1 LGDCU–:

- a) *al inversor no profesional, bien en valores mobiliarios<sup>33</sup> o bien en inmuebles, que adquiere para su reventa<sup>34</sup> o para su alquiler<sup>35</sup>;*
- b) *al consumidor/destinatario intermedio* (cfr. art. 10.1.h Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia) o intermediario no profesional, incluido quien adquiere para un uso colectivo ajeno (fuera de un ámbito empresarial: asociaciones, etc.);
- c) *al cedente no profesional (consumidor) que vende, arrienda, permuta, etc. algún bien a un empresario o profesional.*

---

*grupo, de sentencias sobre supuestos limítrofes o dudosos*, con desviación respecto a la argumentación jurisprudencial mayoritaria (SAP Toledo 24 enero 1995, SAP Burgos 15 febrero 2001, SAP Granada 16 febrero 2002, SAP Girona 23 octubre 2006 y SAP Madrid 14 noviembre 2001). Para una crítica de los argumentos de cada una de estas sentencias y una réplica mediante casi dos centenares de sentencias de argumentación homogénea sobre quién debe ser considerado consumidor y quién no a la luz del art. 1 LGDCU, véase la obra citada en esta nota. Sin presentar ninguna duda ni fisura sobre la negativa a rechazar la aplicación de la normativa de consumidores a la relación entre empresarios, por ejemplo, entre las más recientes, STS 19 febrero 2010 (relación entre contratista y subcontratista de obra) o SAP Girona 22 enero 2010 (telefonía móvil contratada por un empresario).

<sup>30</sup> Aunque no se trata de una fórmula uniforme empleada por la jurisprudencia, sí existen diversas sentencias que, con el objeto de negar la condición de consumidor a un litigante, usan la cita de las Directivas bien como refuerzo argumental para confirmar que el mismo resultado se obtendría con el criterio de la Directiva –lo que confirma la idea, *infra*, de que en un amplio número de casos los criterios de la LGDCU y las Directivas son convergentes– (así, SSTS 13 marzo 1999, 26 abril 1999, 31 octubre 2000 y SAP Castellón 7 mayo 1992, SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004, SAP Cuenca 15 noviembre 2006, SAP Alicante 18 diciembre 2008, AAP Madrid 10 diciembre 2008); o bien como base directa para resolver el litigio, procurando la noción comunitaria al juzgador auxilio o comodidad, para evitar, en casos limítrofes, la literalidad de los criterios de «destinatario final» y «reintroducción en procesos productivos» de la anterior norma española (así, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Cádiz 30 diciembre 2004, SAP Madrid 3 mayo 2007 y SAP A Coruña 25 marzo 2008).

<sup>31</sup> Cfr. SAP Madrid 3.5.2007.

<sup>32</sup> Vid. ARNAU RAVENTÓS, «La noción...», cit. pp. 14-15, 17, 20-21 y 42-43; A. CARRASCO PERERA (dir.), *El Derecho de consumo en España; presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pp. 24 y 399.

<sup>33</sup> No en la LGDCU según el AAP Madrid 11 mayo 1999 en un préstamo para adquirir acciones, sí según la SAP Madrid 10 enero 2007 en un caso de inversor particular que concertó un contrato de asesoría financiera con una empresa; favorable a su calificación de consumidor conforme a la LGDCU, con dudas, MIRANDA SERRANO, «La protección...», cit., pp. 202-203; en la actualidad, la inclusión del inversor mobiliario o, en general, del usuario de servicios financieros como «consumidor» en el sentido del art. 3 TR-LGDCU viene avalada por los arts. 4 y 5 Ley 22/2007 [LCDSF], incluidos, por ejemplo, los «servicios de inversión»; cfr. también art. 1.1.b §3 Ley 2/2009 [LCCPCH] respecto a préstamos o créditos «con cualquier finalidad».

<sup>34</sup> No como actividad habitual y organizada, profesional: cfr. SAP Cádiz 30 diciembre 2004 sobre un supuesto «subastero», con «actividad mercantil, no sabemos si profesional o no».

<sup>35</sup> Según A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Comentarios al artículo 1 LGDCU», en R. BERCOVITZ / J. SALAS, [coords.], *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 17-43, esp. p. 36), excluido de la LGDCU.

16. A la anterior actitud de censura frente a la noción del art. 1 LGDCU por su comparación con la noción comunitaria de consumidor cabría oponer una *visión positiva o integradora* que puede sintetizarse en expresiones como la empleada en la SAP Cuenca 15.11.2006: la definición del art. 1 LGDCU «se cohonestaba fácilmente con la proporcionada por la Directiva comunitaria 85/577, de 20 de diciembre» (en un supuesto en el que por ambas definiciones quedaba excluido como consumidor el comprador de un taladro destinado a un taller de carpintería metálica). De hecho, parte de la doctrina ya sugería que ese precepto admitía una lectura conforme a las Directivas<sup>36</sup>, cosa que venían haciendo diversas sentencias (*infra*, 3.4), lo cual, llevado a cierto extremo, hace decir a la SAP Tenerife 4 abril 2008 que el art. 3 TR-LGDCU «puede servir, en su caso, como pauta interpretativa» para la noción de consumidor relativa a contratos concluidos antes de su entrada en vigor (en el caso, un supuesto claro de comprador-destinatario final y no profesional de un vehículo con faltas de conformidad). En el fondo, fue también el intento de la EM de la LCGC de 1998, la cual, al transponer la Directiva sobre cláusulas abusivas, señaló que «la Ley mantiene el concepto amplio [*sic*] de consumidor hasta ahora existente [...] si bien debe entenderse *incluida también* –según el criterio de la Directiva– a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional *aunque no fuera destinatario final* de los bienes o servicios objeto del contrato». Cuestión diversa es que una exposición de motivos no sea el cauce técnico idóneo para realizar un cambio en el concepto de consumidor y transponer la nueva noción, por lo que el legislador del TR de 2007, aleccionado por el estéril ensayo de 1998, ha preferido realizar el cambio directamente en el articulado (y dejar la explicación tradicional en la exposición de motivos, con el valor que a esto puede dársele, como a continuación se señalará).

En definitiva, como algunos autores han señalado –dentro de esta visión positiva que se comparte, con el matiz que sigue–, en ambas nociones (ser destinatario final sin reintroducir en el mercado y actuar fuera de un ámbito profesional) «se trata de delimitar con criterios convergentes lo que es un consumidor en sentido estricto»<sup>37</sup>, por lo que «son en cierto modo complementarios»<sup>38</sup> y «en la mayoría de los casos ambas formas de describir el propósito conducirán al mismo resultado»<sup>39</sup>. Sin embargo, en unos pocos casos esas descripciones dispares pueden conducir a resultados diversos<sup>40</sup>. Precisamente esos supuestos, si comprendidos en la noción más amplia de la Directiva y del art. 3 TR-LGDCU (fundamentalmente, el consumidor-inversor, el consumidor intermedio o intermediario y el consumidor que vende a un empresario, antes expuestos) que quedarían fuera de los criterios del art. 1 TR-LGDCU, justifican el cambio legislativo en la definición de consumidor y fuerzan un pronunciamiento sobre el valor de su pervivencia en la EM del TR-LGDCU en línea con la visión positiva o integradora que parece preferible.

### 3. Propuesta de interpretación del valor de la noción subsistente en la exposición de motivos

17. Presupuesta la carencia de valor normativo directo de las Exposiciones de Motivos de las leyes, la inclusión –revisada, mejorada y sintetizada– de los elementos definitorios del consumidor oriundos de la LGDCU de 1984 en la EM del TR-LGDCU de 2007 podría merecer una de estas cuatro valoraciones sobre su eficacia: en primer lugar, entender que por su ubicación ese texto carece de cualquier eficacia y debe tenerse por no puesto; en segundo lugar, entender que contiene elementos más

<sup>36</sup> J. J. MARÍN LÓPEZ, «El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación», en U. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, pp. 108-217, esp. pp. 155-156.

<sup>37</sup> A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto...», cit., p. 32.

<sup>38</sup> G. BOTANA GARCÍA, «Comentarios al art. 1 LGDCU», en E. LLAMAS POMBO (dir.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 39-81, esp. p. 65. También R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», en Id. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 86-99, esp. pp. 90-91) lo entiende así, de forma que «ambas [definiciones] deberían conducir a un mismo resultado» y, de no ser los resultados equiparables, a lo que, añade, debe tenderse, el TR «podría incurrir en un supuesto de *ultra vires* con respecto a la legislación legislativa [*sic*] de la mencionada disposición final quinta de la Ley 44/2006».

<sup>39</sup> J. HERRE / E. HONDIUS / G. ALPA ('Task Force on Consumers and Professional' dentro del «Study Group on a European Civil Code»), *The Notions of Consumer and Professional and Some Related Questions*, presentado en Valencia, 2002, disponible en [http://www.sgecc.net/pages/downloads/consumers\\_and\\_professionals.pdf](http://www.sgecc.net/pages/downloads/consumers_and_professionals.pdf).

<sup>40</sup> HERRE/HONDIUS/ALPA, *ibidem*.

restrictivos que la noción comunitaria –que versa sobre el ámbito de aplicación de las Directivas– y, por tanto, la asimilación de la EM es «errónea»<sup>41</sup> y merece su eliminación; en tercer lugar, en sentido totalmente opuesto (en línea con la recomendación del Dictamen de 21 febrero 2007 del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto del TR, que sugería que se «debería mantener la definición de la LGDCU, evitando incorporar un nuevo concepto que quedaría delimitado únicamente por la exclusión de lo que no sea considerado actividad empresarial o profesional y que rebajaría el alcance de lo definido al acotarlo de manera difusa»), entender que pese al cambio legislativo siguen plenamente en vigor los elementos del art. 1 LGDCU en la dicción de la EM del TR-LGDCU, so pena de nulidad del art. 3 TR-LGDCU por exceder los límites de la refundición<sup>42</sup>.

En cuarto lugar, en mi opinión, *cabe patrocinar una interpretación integradora de ambos criterios* en buena medida convergentes, partiendo de la base de que la noción comunitaria del art. 3 TR-LGDCU es más amplia que la del art. 1 LGDCU incluso en su versión corregida de la EM del TR-LGDCU; en este sentido puede defenderse la validez de la explicación de la exposición de motivos como criterio de interpretación del art. 3 TR-LGDCU, siempre la aplicación de sus criterios (destinatario final para uso privado y falta de incorporación, directa o indirecta, del bien o servicio en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros) no deje fuera alguno de los supuestos de hecho que merecerían protección con el criterio más amplio de la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. O dicho en otros términos: *las expresiones de la EM no pueden limitar los supuestos cubiertos por el art. 3 TR-LGDCU*, pues dejarían desprotegidos a consumidores que sí lo estarían conforme a las Directivas de referencia, habiendo de interpretarse el Derecho español conforme al comunitario, *pero sí pueden servir como pauta hermenéutica para aclarar el núcleo común de casos que obtendrían la misma solución con uno u otro criterio*. Con esta solución, amén de salvaguardar la oportunidad y legalidad tanto de la EM como del art. 3 TR-LGDCU, no se desaprovecha el amplio bagaje doctrinal y jurisprudencial de decantación de supuestos que pueden cohonestarse con el criterio de la «actuación ajena a una actividad profesional» a partir de los criterios del «destinatario final» y la «incorporación al mercado». De casi dos centenares de sentencias centradas en dilucidar si una de las partes era o no consumidor (dejando aparte otras muchas sentencias en que esta cuestión no era objeto de debate), poco más de una docena se apartan –sin especial aportación argumental– de los sólidos criterios jurisprudenciales a la hora de examinar supuestos dudosos. Ese acervo jurisprudencial<sup>43</sup> puede seguir sirviendo de pauta a los tribunales a la hora de interpretar el art. 3 TR-LGDCU, siempre que se emplee como auxilio hermenéutico acorde con la noción comunitaria y no como fórmula para recortar

<sup>41</sup> ARNAU RAVENTÓS, «La noción...», cit., pp. 14 y 22: «ya no tiene tanta explicación (y al fin y al cabo hace pensar que el legislador estatal no es del todo consciente de las implicaciones del nuevo concepto de consumidor que establece) la afirmación, del todo errónea que hace la EM del RDL 1/2007». Para E. ARROYO I AMAYUELAS («Comentarios al artículo 92 TR-LGDCU», en S. CÁMARA LAPUENTE [dir.], *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*, Madrid, Colex, 2010 [en prensa]) no puede servir para interpretar el art. 3

<sup>42</sup> En esta línea, M. A. PARRA LUCÁN («Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos [Capítulo XI]», en L. F. REGLERO CAMPOS [coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor, 2008, pp. 421-556, esp. p. 435) afirma: «para aclarar que no se ha pretendido (porque eso significaría la nulidad de la norma) introducir una modificación en el concepto de consumidor que se refunde» la EM parangona la definición del art. 1 LGDCU.

<sup>43</sup> Una síntesis de las directrices de estos dos centenares de sentencias, que no se recoge aquí por razones de espacio, puede consultarse en CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit. [en prensa], epígrafe 3.3.4, donde se abordan las sentencias que versan sobre a) la explicación de qué se entiende por «destinatario final» (con la reiterada idea de que supone usar el bien para un uso personal, primvado, familiar o doméstico), b) el uso de la cita de refuerzo de las Directivas, c) quiénes sí han sido declarados consumidores y d) quiénes no, e) la exclusión de los contratos típicamente mercantiles entre empresarios (como la franquicia, el arrendamiento de locales de negocio, el *leasing*, el *renting*, la concesión de explotación de máquinas recreativas, las compraventas mercantiles, los sistemas de pago mediante tarjetas de crédito en comercios, los préstamos mercantiles, la subcontratación de obra [STS 19 febrero 2010], etc.) y f) de los supuestos en que los bienes o servicios se integran en procesos de producción (por su explicación del criterio y las circunstancias del caso, cabe destacar entre éstas: STS 15 diciembre 2005, SAP Alicante 16 junio 2000, SAP Barcelona 21 diciembre 2000, SAP Asturias 8 abril 2002, SAP Cantabria 25 noviembre 2002, SAP Segovia 18 diciembre 2002, SAP Murcia 14 marzo 2003, SAP Huelva 17 septiembre 2003, SAP Barcelona 29 septiembre 2003, SAP Madrid 5 marzo 2004, SAP Málaga 17 febrero 2005, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Ciudad Real 4 abril 2006, AAP Barcelona 11 abril 2006, SAP Barcelona 5 julio 2006, SAP A Coruña 4 abril 2008), así como g) las sentencias (minoritarias e infundadas) que no han aplicado la interpretación jurisprudencial consolidada sobre el art. 1 LGDCU (*vid.* una escueta alusión a estas últimas, *supra*, apartado 2.2).

ésta. Debe tenerse presente que la nueva noción, con el carácter difuso de los términos «ámbito ajeno» y «actividad empresarial o profesional» (cfr. art. 4 TR-LGDCU), tampoco constituye la solución de todos los males del art. 1 LGDCU y puede entrañar dificultades de aplicación práctica para las que la citada jurisprudencia puede seguir siendo de valía.

### III. Elementos del concepto legal

#### 1. El sujeto: el problema de las personas jurídicas

18. El art. 3 TR-LGDCU menciona como posibles consumidores a las «personas físicas o jurídicas». Además de actuar conforme al parámetro del artículo, para recibir la calificación de consumidor, esa actuación debe constituir una relación jurídica con un empresario (definido en el art. 4), por imperativo del art. 2 TR-LGDCU. La mención sólo de personas físicas o jurídicas deja en la sombra ciertas *entidades sin personalidad jurídica* que actúan en el tráfico frecuentemente como consumidores, fuera del ámbito de una actividad profesional, y que vienen siendo protegidas como tales por la jurisprudencia: así sucede con ciertas colectividades de personas y comunidades de bienes, como por ejemplo las comunidades hereditarias o, muy especialmente, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (en los últimos años, con abundantes sentencias en su favor en la declaración como abusivas de determinadas cláusulas sobre duración de los contratos de mantenimiento de ascensores, cláusulas penales relacionadas y cláusulas de sumisión expresa a fuero)<sup>44</sup>. Parece juicioso interpretar que su protección como consumidores debe mantenerse con el art. 3 TR-LGDCU lo mismo que ocurría con el art. 1 LGDCU por interpretación jurisprudencial; esto cuenta con el refrendo procesal del art. 6.1.5º LEC (y cfr. art. 6.1.7º sobre grupos de consumidores) y con la consideración última del presidente o representante de estas entidades sin personalidad jurídica (art. 7.1.6º LEC) como persona física. En definitiva, por su habitualidad, no es baladí la referencia a tales entidades en la definición de consumidor que realizan las Leyes de Andalucía (art. 3.b Ley 13/2003) y Aragón (art. 3.1 y 3.2.b Ley 16/2006), en ambos casos, con la formulación acaso demasiado restringida de «entidades asociativas sin personalidad jurídica sin ánimo de lucro».

19. La posibilidad de que las *personas jurídicas* sean consumidoras, tal como reconoce el art. 3 TR-LGDCU, plantea, cuando menos, tres problemas de enjundia: [3.1.1] las consecuencias de su desajuste con el Derecho comunitario, [3.1.2] la consideración de pura política y técnica legislativa sobre si deberían o no considerarse consumidoras y [3.1.3] la delimitación de las personas jurídicas que pueden considerarse incluidas, *lege lata*, en la noción del art. 3 en la actualidad.

#### A) El desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario

20. Es hecho cierto que *la legislación española se aparta de las Directivas comunitarias de consumo* en este punto, pues tanto las Directivas cuya transposición se refunde en el RD 1/2007 como otras Directivas de protección de los consumidores contemplan exclusivamente a las personas físicas. No es cierto, en cambio, que se trate de una singularidad española (como ha repetido la doctrina y ha llegado a calar en cierto modo en la ya transcrita EM del TR-LGDCU: III § 2), se dice, exclusiva de nuestro país; al menos otros ocho países comunitarios protegen en sus legislaciones –o jurisprudencias– como consumidoras a ciertas personas jurídicas (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia)<sup>45</sup>. En su revisión de las normas comunitarias, la Comisión no está barajando

<sup>44</sup> Para un examen de esta jurisprudencia, S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentario al artículo 62 TR-LGDCU», en ID. (dir.), *Comentarios a las normas*, cit.

<sup>45</sup> Vid. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 457 y 460-461; ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26. Sin que, al decir de estos textos de escrutinio de la legislación comunitaria, hayan supuesto una infracción de los requisitos mínimos comunitarios: pp. 455/464 y 26 respectivamente. Abunda en la referencia a esos ocho ordenamientos *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 98-99.

ampliar el concepto de consumidor a las personas jurídicas (Libro Verde de 2007 y PDDC de 2008); es más, el escenario actual podría cambiar si la eventual Directiva de refundición (PDDC) consigue abrirse camino con su propuesta de Directiva de máximos, lo que obligaría necesariamente a modificar el art. 3 TR-LGDCU, eliminando el inciso relativo a las personas jurídicas. En relación con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas la STJCE 22 noviembre 2001 (asunto *Idealservice*, § 17) afirmó que el concepto de «consumidor» definido en el art. 2.b de esa Directiva «debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a personas físicas»<sup>46</sup>.

**21.** Conforme al estadio legislativo actual del Derecho comunitario, es posible adoptar una de estas dos posiciones respecto a la discordancia del Derecho español (y otros Derechos nacionales): o bien entender que, dado el carácter de mínimos de las Directivas comunitarias el legislador nacional cuenta con margen para realizar una extensión de la tutela a otras personas<sup>47</sup>, o bien concebir que la definición forma parte del ámbito de aplicación de las Directivas y, por ende, no puede ser alterado por los legisladores nacionales, aunque el carácter de mínimos sí permita extender derechos subjetivos de los consumidores a otras personas que no merezcan tal consideración<sup>48</sup>. Sin desconocer la sutileza y mayor acierto técnico de esta segunda posición, lo cierto es que el resultado práctico podría ser el mismo, ya que, en este caso, las personas jurídicas se ubicarían fuera del ámbito de aplicación de las Directivas y por tanto éste es un espacio en el que los Estados miembros tienen total libertad legislativa<sup>49</sup> –como refrendo de esta idea por el propio TJCE cabe citar la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *Di Pinto*, § 22), que señala que la cláusula de mínimos del art. 8 Directiva 85/577 «no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe a los Estados adoptar medidas en un ámbito al que ella no se refiere, como es el de la protección a los comerciantes» o la STJCE 4 junio 2009 (asunto *Moteurs Leroy Somer*, §§ 26-28)<sup>50</sup>, que permite el establecimiento de un régimen similar al de la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por productos defectuosos respecto a daños no cubiertos por la Directiva, que, por ende, quedan fuera de su ámbito de aplicación—. Por lo tanto, de desear mantener la extensión de la protección a las personas jurídicas, acaso fuese técnicamente más afortunado respetar la definición comunitaria de consumidor como persona física y realizar una extensión de la protección de los estrictos consumidores a otros sujetos, como las personas jurídicas (así, v. gr., se plantea en el Proyecto de Código de consumo portugués). Resta por comprobar si esto es legalmente factible y conveniente [3.1.2] y si es preciso añadir algún parámetro adicional de delimitación [3.1.3].

## **B) Consideraciones de política y técnica legislativa sobre la posibilidad de incluir a las personas jurídicas entre los consumidores protegidos**

**22.** La posibilidad técnica de incluir a las personas jurídicas como consumidores –dejando ahora al margen los problemas de su relación con las Directivas en vigor– parece incluso menos discutible en la actualidad con la noción del art. 3 TR-LGDCU, ajeno a los problemas del concepto de destinatario final entendido como usuario de ámbito familiar, personal o doméstico. Existen incluso voces que, vigente la LGDCU, sostenían que «la opción española es preferible y más realista que la comunitaria»<sup>51</sup>. En varios países se ha estado barajando o baraja la posibilidad de incluir a las personas jurídicas en su

<sup>46</sup> STJCE (Sala 3ª) de 22 noviembre 2001, asuntos C-541/99 y C-542/99, caso *Cape c. Idealservice e Idealservice c. Omai*; en asunto –sobre posible extensión de la noción a una sociedad anónima– procedente de Italia, donde no existe definición ampliatoria a las personas jurídicas como España.

<sup>47</sup> V. gr., MARÍN LÓPEZ, «El ámbito...», cit., pp. 155-156; M. RUIZ MUÑOZ, «De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003)», *Derecho de los Negocios*, nº 171, 2005 (versión de www.laley.net, 2585/2004), pp. 1-3, esp. p. 4, n. 22.

<sup>48</sup> A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto...», cit., p. 33; ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit. p. 219; Id., «Comentarios al artículo 92 TR-LGDCU», cit., epígrafe 2; J. CALAIS-AULOY, «La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire», en L. THÉVENOZ / N. REICH (dirs.), *Liber amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation. Konsumentenrecht. Consumer Law*, Genève/Zurich/Bâle, Nomos/Schulthess, 2006, pp. 65-75, pp. 69, 72-73.

<sup>49</sup> Así lo reconoce CALAIS-AULOY, *ibidem*

<sup>50</sup> Ambas citadas *supra*, para referencias completas.

<sup>51</sup> CARRASCO PERERA, *El Derecho...*, cit., p. 24.

formulación de la noción comunitaria: así, en la propuesta de la Comisión francesa de reforma del Derecho del consumo de 1990 (y se admite, bajo el concepto de «no profesionales» por la Corte de casación francesa, sentencia 15 marzo 2005) o en el anteproyecto portugués de Código del consumidor (art. 11), aunque también existen países donde se estudia la reforma inversa (v. gr. Hungría). Más aún, el propio considerando 29º de la Directiva 2002/65 sobre servicios financieros a distancia expresamente señalaba que los Estados miembros podían ampliar su protección a «las organizaciones sin ánimo de lucro». En España, esta posibilidad técnica aparece refrendada por diversas leyes especiales sectoriales relacionadas con bienes o servicios de uso ordinario, donde también se protege como consumidores a las personas jurídicas en relación con préstamos o créditos hipotecarios (art. 1.1.b Ley 2/2009 LCCPCH similar en dicción en lo demás al art. 3 TR-LGDCU), telecomunicaciones (anexo II, nº 4 LGT y concordantes), electricidad (art. 9 Ley 54/1997), etc. (*vid. supra*); y lo mismo sucede en leyes que aún reproducen el tenor del art. 1.2-3 LGDCU, como el art. 1.3 Ley 43/2007 [LCBOP].

**23.** Cuestión distinta es que, desde un plano de política legislativa, esta extensión indiscriminada a las personas jurídicas, sin fijar parámetros *ad hoc*, pueda no ser pertinente. Existen razones que militan en contra de incluir a las personas jurídicas como consumidores: suelen o pueden contar con recursos técnicos, de organización y de defensa superiores a los de cualquier persona física; su poder de negociación (v. gr., ciertas fundaciones) puede ser incluso superior al de algunos empresarios; se crearía una división discriminatoria entre pequeñas y medianas empresas, siempre excluidas en sus consumos empresariales, y otras personas jurídicas como fundaciones, asociaciones o cooperativas<sup>52</sup>; o, pensando en la noción de destinatario final, su falta de idoneidad para serlo salvo metafóricamente y tomando por consumidores finales y materiales a sus miembros<sup>53</sup>. Consideraciones de ese tipo han hecho que, incluso defensores convencidos de las personas jurídicas como posibles consumidores rectifiquen recientemente su posición<sup>54</sup>.

### C) Delimitación de las personas jurídicas incluidas, «lege lata», en el art. 3 TR-LGDCU

**24.** Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas como consumidoras sigue luciendo en el art. 3 TR-LGDCU y cumple delimitar qué personas jurídicas merecen esta tutela. La respuesta obvia es: aquellas que cumplan los mismos requisitos del artículo para las personas físicas (así, SAP Guipúzcoa 12 junio 2000). Esta respuesta se daba también en relación con el art. 1 LGDCU –en palabras de las SSAP Cantabria 2 abril 2002 y 25 noviembre 2002, «aunque en dicha Ley se contemplan como posibles consumidores las personas jurídicas, tal mención se refiere a las que siéndolo no intervienen en el mercado de bienes y servicios»–, con el matiz de subrayar, de forma prácticamente unánime por la doctrina, que para merecer tal protección había de tratarse de personas jurídicas no lucrativas o sin ánimo de lucro (así también hoy, la Ley 26/2006 de Aragón) a lo que algunos autores añadían que la transmisión de los bienes o servicios que contrataban debían producirse a título lucrativo<sup>55</sup> o a precio de coste para sus miembros o personas vinculadas a ella<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Por todos, ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit., p. 227; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto...», cit., pp. 32-34).

<sup>53</sup> RUIZ MUÑOZ, «De empresarios...», cit., § IV *et passim*.

<sup>54</sup> Contrástese CALAIS-AULAIS en 1984 y en 2006 (*Vers un nouveau droit de la consommation*, Paris, Collection des Rapports Officiels, 1984, p. 13; ID., «La notion», pp. 69-70 y 75); y A. BERCOVITZ en 1992 y en 2006 («Comentarios al art. 1 LGDCU», cit., pp. 40-41; ID., «El concepto de consumidor», en A. AZPARREN LUCAS [dir.], *Hacia un Código del consumidor*, Madrid, CGPJ, 2006, pp. 17-37, esp. pp. 32-34).

<sup>55</sup> V. gr., A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 41; BOTANA GARCÍA, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 77; RUIZ MUÑOZ, «De empresarios...», *ibidem*; y también la Ley 13/2003 andaluza, con dicción criticable –*vid.* A. BERCOVITZ, *ibidem*, pp. 34-35 y 41– al no exigir que la persona jurídica no tenga ánimo de lucro, sino sólo que transmita sin ese ánimo a sus trabajadores, socios o miembros: cfr. el apoyo de este criterio, *obiter dicta*, en la SAP Barcelona 15 enero 2009.

<sup>56</sup> R. LARA GONZÁLEZ / J. M. ECHAIDE IZQUIERDO, *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados de Derecho del Consumo*, Madrid, Esic, 2006, p. 48.

25. Dejando de lado algunos fallos judiciales criticables que concedieron *contra legem* protección a sociedades anónimas o limitadas<sup>57</sup>, pocas han sido las sentencias que han tratado directamente la cuestión<sup>58</sup> y también pocas las que han recurrido al expediente –cómodo pero insuficiente por el tenor literal del art. 1 LGDCU y hoy 3 TR– de citar la STJCE 22 noviembre 2001 (*Idealservice*) y las Directivas para negar el carácter de consumidor de una mercantil con personalidad jurídica<sup>59</sup>. Según la SAP Madrid 5 junio 2006, «es indudable que no puede entenderse la *sociedad civil* que adquirió la furgoneta, y por lo tanto sus miembros que son los que actúan como parte en este proceso, como consumidores o usuarios a los efectos de la LGDCU». Merecen mención, por escasas, por ser cuestión principal del litigio y por reconocerse la calidad de consumidores a ciertas personas jurídicas, la SAP Teruel 31 octubre 2002 (sindicato) y la SAP Guipúzcoa 12 junio 2000 (Cruz Roja)<sup>60</sup>.

26. En resumen, bajo la vigencia del art. 1.2 LGDCU y más como construcción doctrinal que por aplicación jurisprudencial, pues apenas ha sido cuestión litigiosa cuando versaba sobre auténticas personas jurídicas consumidoras, sólo se consideraban como tales las que carecían de ánimo de lucro y no reintroducían en el mercado los bienes o servicios. Así existía acuerdo en considerar posibles consumidoras a las *fundaciones*<sup>61</sup> y a las *asociaciones*; y cierta discrepancia en cuanto a las *cooperativas*<sup>62</sup>.

27. Con la entrada en vigor del nuevo concepto del art. 3 TR-LGDCU acaso cabría entender que las personas jurídicas incluidas siguen siendo las mismas o quizás defender que es preciso que su objeto social no incorpore una actividad profesional o empresarial<sup>63</sup>. A mi modo de ver, el *ámbito de personas jurídicas comprendidas ha cambiado en un doble sentido: por una parte*, siendo el rasgo capital ahora actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional y dadas los rasgos que pueden definir ésta (actividad económica, habitualidad, organización e independencia)<sup>64</sup> *deberían quedar fuera del concepto de consumidores tanto las cooperativas como las fundaciones*, que revisten esos rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado (organización/permanencia/habitualidad por definición *ex art. 2 Ley 50/2002* y actividad económica *ex art. 24.1* de la misma ley) y, en todo caso, en la actualidad cumplen sus fines con actividad y organización claramente profesional. En este sentido, sólo quedarían incluidas las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o de empresarios<sup>65</sup>; así, por ejemplo, una asocia-

<sup>57</sup> Cfr. SAP Asturias 7 noviembre 2002 y SAP Girona 23 octubre 2006; en cambio, rechazo directo por ser compañías mercantiles, en la SAP Sevilla 4 junio 2003, SAP Madrid 20 julio 2005, AAP Barcelona 11 abril 2006 y SAP Jaén 20 marzo 2007. La SAP Asturias 2 mayo 2006 argumenta sobre la exclusión de las personas jurídicas de Derecho público como consumidores.

<sup>58</sup> Aparte de hacer consideraciones *obiter dicta* sobre la peculiaridad española respecto a las directivas en este punto: SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004.

<sup>59</sup> SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, SAP Madrid 11 abril 2007 y SAP Alicante 18 diciembre 2008.

<sup>60</sup> Según esta última, «esta condición de consumidor final del servicio telefónico es atribuible a Cruz Roja aun cuando ésta asuma la forma de persona jurídica. Dado que para que una persona jurídica pueda ser conceptuada como consumidora debe recurrir los mismos requisitos que el consumidor persona física y por ello, será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado, deberá ser, por tanto, como en el supuesto que nos ocupa, una persona jurídica sin finalidad de lucro y que en su caso, transmita a título gratuito los bienes o servicios adquiridos».

<sup>61</sup> No a las empresas de éstas: I. BARRAL VIÑALS, «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa», *Revista Catalana de Dret Privat*, n° 7, 2007, pp. 69-97, esp. p. 80.

<sup>62</sup> A favor, v. gr., A. DE LEÓN ARCE, «La protección legal de consumidores y usuarios en España», en Id. (dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, I, pp. 107-155, esp. p. 140; cfr. cfr. SAP Lleida 21 enero 2000. En contra, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», p. 41, ni siquiera las cooperativas de consumidores; en el Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010), que incluye también a las personas jurídicas, se especifica que tendrán consideración de consumidores «los socios cooperativistas».

<sup>63</sup> Sostiene esto último A. CARRASCO PERERA, «Texto refundido de la Ley General para defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Aranzadi Civil*, n° 5, 2008 (versión www.westlaw.es, BIB 2008, 540), pp. 1-10, esp. p. 3.

<sup>64</sup> Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 4 TR-LGDCU», en Id., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores y usuarios*, Colex, Madrid, 2010 [en prensa].

<sup>65</sup> Así, también, S. CAVANILLAS MÚGICA, «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi Civil*, n° 1, 2008, pp. 15-48, esp. p. 20.

ción de deportistas sí estaría incluida en el ámbito del art. 3 TR-LGDCU, si sus miembros son deportistas aficionados o *amateurs*, pero no si son profesionales; en la misma línea, quedarían incluidas asociaciones de vecinos, de carácter festivo, de actividades de ocio, entidades humanitarias de base asociativa, etc. *Por otra parte, no parece que el requisito (negativo) de que la persona jurídica haya de carecer de ánimo de lucro pueda inferirse necesariamente del nuevo tenor legal* (ni del antiguo): en primer lugar, porque la definición de consumidor es única para personas físicas y jurídicas y el ánimo de lucro no es un elemento previsto en relación con el consumidor persona física, ni en Derecho español ni en Derecho comunitario (*vid.* epígrafe siguiente); en segundo lugar, porque no siendo requisito necesario el ánimo de lucro para cualificar a un empresario o profesional<sup>66</sup>, *a fortiori*, no habría de serlo para perfilar a un consumidor; y en tercer lugar, porque despojado de elementos definitorios de la profesionalidad como la habitualidad o la organización, no se alcanza a ver por qué el ánimo de lucro como criterio en sí mismo habría de dejar desprotegidas a personas jurídicas (asociaciones) en auténticas relaciones de consumo conforme a los arts. 2 y 3 TR-LGDCU (por ejemplo, una asociación de vecinos compra una motocicleta que resulta defectuosa para realizar un sorteo/subasta con claro ánimo de lucro en busca de beneficios para destinarlos a las próximas fiestas vecinales, mejoras en el barrio o ayuda a los vecinos más desfavorecidos).

28. La interpretación propuesta llega a resultados restrictivos en relación con los consumidores personas jurídicas, limando algo las más aparentes diferencias con el Derecho comunitario. Ello no obsta a que en futuras reformas legislativas en España, por una parte se tome en consideración detraer de la noción de consumidor a las personas jurídicas (sin perjuicio de aplicarles *expressis verbis* algunas reglas de protección o de extenderles, aparte, la protección de los genuinos consumidores, según la opción legislativa que se estime más oportuna); y, por otra parte, en caso de mantener el estado actual, se incluya pronunciamiento legislativo sobre los requisitos específicos que, en su caso, habrían de cumplir las personas jurídicas (falta de ánimo de lucro, como expresamente hace la ley aragonesa), pues mientras tanto, no parecen exigibles con la ley en la mano a pesar de la tradición doctrinal y sin que, por supuesto, esto suponga abrir la puerta de la protección a personas jurídicas con ánimo de lucro como sociedades mercantiles, que tienen vetada esa protección por su propia actividad mercantil o profesional.

## 2. El acto de consumo: la amplitud del término «actuar» y los problemas de la actividad empresarial futura y el ánimo de lucro

29. La interpretación del término «actuar» en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional plantea dos cuestiones. En primer lugar, ¿puede considerarse consumidor a *quien contrata para realizar actividades empresariales o profesionales futuras*? Podría entenderse que existe un *acto* de consumo por quien, aún en *potencia* hoy, será mañana un empresario o profesional. La STJCE 3 julio 1997 (asunto *Benincasa*)<sup>67</sup> dejó muy claro –en relación con el art. 13 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial, sobre un franquiciado que adquirió productos de higiene dental para abrir un comercio del ramo– que quien «ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor», pues (§ 17) «aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional». Es una solución que parece razonable a falta de pronunciamiento legislativo en contra, como ocurre en Austria en general o podría haber ocurrido en España en relación con servicios financieros celebrados a distancia, según el considerando 29 de la Directiva Directiva 2002/65, pero el legislador de la Ley 22/2007 [LCDSF] no extendió la protección a «terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios». Aunque no pueda decirse que exista jurisprudencia española firme al respecto –o al menos, no es aparente–, existen diversas sentencias que, sin especial detenimiento en este punto, descartan que quien prepara una actividad empresarial pueda ser considerado consumidor

<sup>66</sup> *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 4 TR-LGDCU», cit. En el contexto de la definición de empresario del art. I.- 1:105(2) DCFR, también apuntan esa conclusión los comentarios oficiales (*DCFR-Full edition*, cit., I, pp. 92, 93 y 101-102), incluso en relación con el consumidor.

<sup>67</sup> STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

respecto a esos actos: así, cfr. la STS 20 diciembre 2007, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, AAP León 27 enero 2000 y SAP Asturias 8 abril 2002. Seguramente desde otra perspectiva debería enjuiciarse el caso de quien se inscribe en unos cursos de formación profesional o empresarial sin certeza de emprender una tal actividad, pues se trata de un auténtico consumidor<sup>68</sup>.

**30.** El segundo problema interpretativo lo plantea si es posible actuación en ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional *con ánimo de lucro*. Bajo el imperio del art. 1.2 LGDCU y en un entendimiento cerrado de qué había de entenderse por «destinatario final» y por «consumo», en ocasiones se negó que el consumidor que así actuase pudiese recibir esta tutela especial<sup>69</sup>; también de forma generalizada, pero sólo en relación con las personas jurídicas, se aludía a que no habían de obrar con ánimo de lucro (*supra*). Con la nueva noción comunitaria incluida en el art. 3 TR-LGDCU el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión<sup>70</sup>; de hecho, cabe subrayar, no ha sido ningún impedimento en la consideración de particulares consumidores en operaciones con propósito especulativo en la jurisprudencia del TJCE: baste citar como ejemplo la STJCE 10 abril 2008 (asunto *Hamilton*)<sup>71</sup>, que versaba sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria (cfr. la STJCE 25 octubre 2005, asunto *Schulte*, sobre otra fórmula de inversión)<sup>72</sup>. Ahora bien, si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse<sup>73</sup>, el límite estará los supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender inmuebles, acciones, etc.), pues de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo podría considerarse que realiza una actividad empresarial o profesional<sup>74</sup>.

### 3. El (nuevo) criterio negativo: «actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»; su lectura jurisprudencial

**31.** Como ya se expuso, tanto con el criterio positivo del art. 1 LGDCU (hoy recogido y reformulado en la EM del TR-LGDCU) como con el criterio negativo (Directivas, DCFR) del art. 3 TR-LGDCU pueden alcanzarse resultados parecidos en un buen número de casos. Sin embargo, el nuevo criterio cubre además algunos supuestos –el consumidor-inversor, el consumidor intermedio o intermediario y el consumidor que vende a un empresario– no incluidos, o al menos no de forma indubitada, en la antigua definición (sobre todo ello, *supra*, 2.3). Conviene destacar que la dicción del art. 3 TR-LGDCU alude a actuar en un ámbito ajeno a *una* actividad empresarial, no a *su* actividad empresarial, como hacen las directivas, lo que, por una parte, amén de apartarse del literal comunitario, introduce una diferencia con la definición del empresario del art. 4 TR-LGDCU y, por otra parte, refuerza la interpretación más

<sup>68</sup> Así, en Italia, sentencia del Tribunal de Apelación de Turín 5 enero 2004, citada en F. LUCCHESI, «Commentario: art. 3», en G. VETTORI, (dir.), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 52. En España, un supuesto de hecho similar, puede verse en la SAP Zaragoza 20 diciembre 2008.

<sup>69</sup> V. gr., M. J. REYES LÓPEZ, *Manual de Derecho privado de consumo*, Madrid, La Ley, 2009, p. 91; en el AAP Madrid 11.5.1999, respecto a un préstamo para suscribir acciones cotizables en Bolsa; cfr. *obiter dicta* la SAP Granada 16.2.2002.

<sup>70</sup> Así, los comentarios del ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 27. Y es también la idea que subyace en la definición, concordante con las Directivas, del DCFR: *vid. DCFR-Full edition*, cit., I, p. 92; o también HERRE/HONDIUS/ALPA, *The notions...*, p. 5; E. HONDIUS, «The Notion of Consumer: European Union versus Member States», *The Sydney Law Review*, nº 1, 2006, pp. 89-98, esp. p. 94 o BOURGOIGNIE, T, *Éléments...*, cit., p. 51, quienes aducen el ejemplo del particular que contrata valores en la bolsa; asimismo, ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit., pp. 222-223; aplicado al TR-LGDCU, ARNAU RAVENTÓS, «La noció...», cit., pp. 42-43, n. 78.

<sup>71</sup> STJCE (Sala 1ª) 10 abril 2008, asunto C-412/06, caso *Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*.

<sup>72</sup> STJCE (Gran Sala) 15 octubre 2005, asunto C-350/03, caso *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*

<sup>73</sup> Basta pensar en el sencillo ejemplo de quien abre una cuenta corriente bajo el reclamo de un interés remuneratorio alto: ¿no estará protegido frente a cláusulas abusivas pese a su ánimo de lucro en ésta o en otras inversiones más complejas? Bajo la LGDCU, se protegió como consumidor a un inversor particular que contrató asesoría sobre productos financieros de alto riesgo en la SAP Madrid 10 enero 2007.

<sup>74</sup> Así, *Acquis Principles*, HERRE *et al.* y ARROYO I AMAYUELAS, *ibidem* (citados antes) y la jurisprudencia del TS danés. Viene a confirmar este límite la SAP Cádiz 30.12.2004 sobre un subastero inmobiliario.

correcta sobre la exclusión de todo tipo de actos de consumo empresarial, estén o no relacionados con el área principal o la especialización del empresario (*vid.* próximo epígrafe).

**32.** Pese a sus ventajas y mayor ámbito de supuestos incluidos, la nueva definición no es la panacea y no está exenta también de dificultades interpretativas y probatorias. En efecto, será preciso delimitar *ad casum* en qué consiste ese «ámbito *ajeno*» a actividades empresariales o profesionales. No cabe duda de que los actos de consumo en ámbitos puramente familiares, personales o domésticos en que el consumidor es el destinatario final quedarán fuera del ámbito profesional (*supra*); a tal efecto, si tales actos quedan desligados de ulteriores actividades económicas relacionadas, directa o indirectamente con el mercado, en el sentido en que la jurisprudencia ha ido perfilando esta idea (*ibidem*), también estarán fuera de ese ámbito y, por tanto, serán actos realizados por consumidores del art. 3 TR-LGDCU.

**33.** Lo difícil será especificar qué actos quedan *dentro* de ese ámbito empresarial o profesional y, en consecuencia, quedan excluidos de las normas de protección del TR-LGDCU (y del DCFR y las Directivas citadas). Para ello será de gran ayuda, dentro de la interpretación positiva o integradora que se patrocina con base en la EM del TR-LGDCU (*supra* 2.3), acudir a la jurisprudencia recaída hasta la fecha sobre el art. 1 LGDCU (= § III.3 EM del TR) en busca de una lectura fácilmente congruente con el nuevo concepto legal. Es posible perfilar a grandes trazos tres grupos de supuestos de actividades eminentemente empresariales o profesionales: en primer lugar, los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios o profesionales (*vid. supra*). En segundo lugar, los supuestos en que un empresario o profesional entabla relaciones jurídicas «disfrazado de empresario» cuando en realidad quiere el bien o servicio para usos enteramente privados; es elocuente la conocida sentencia del Tribunal Federal alemán de 22 diciembre 2004, que declaró la validez de la exclusión de una garantía de conformidad firmada a mano por un demandante que adquirió un vehículo de segunda mano en su calidad de empresario porque el concesionario sólo quería vender a empresarios para excluir toda garantía<sup>75</sup>. En la jurisprudencia española, un caso próximo, con idéntico rechazo de la condición de consumidor, en la SAP Barcelona 15 enero 2009 (compra de hidroducha por una sociedad mercantil); cfr. el AAP Madrid 10 diciembre 2008 sobre compra de teléfono móvil por un empresario.

En tercer lugar, también son actos realizados dentro de una actividad empresarial o profesional [a] los realizados *para garantizar una mejor «organización» profesional* (como uno de los rasgos, la organización, que define la actividad empresarial o profesional), los realizados para incorporar los bienes o servicios, directa o indirectamente, según resalta expresamente la EM del TR-LGDCU, *en [b] procesos de producción, [c] de comercialización o [d] de prestación a terceros*. Como se puede apreciar, el primero [a] se infiere de la nueva definición, aunque la jurisprudencia española ya venía descartando ese tipo de actos empresariales con los parámetros del art. 1 LGDCU, y los otros tres [b, c, d] traen causa de este precepto y han sido aplicados con toda corrección por los tribunales españoles incluso en los supuestos limítrofes a los que hoy apela la EM del TR como «incorporación indirecta» en esos procesos propios del mercado y la actividad económica.

- a) Entre los *actos que garantizan una mejor organización empresarial o profesional* y, por ende, excluyen a quien los realiza de la calidad de consumidor, pueden comprenderse la contratación de servicios financieros, como la apertura de cuentas en una entidad bancaria (SAP Málaga 23 abril 2002, SAP Guipúzcoa 19 marzo 2007), la concertación de seguros (STS 16 diciembre 1998), la contratación de hipotecas para garantizar préstamos para la construcción de viviendas o la adquisición de locales empresariales (STS 26 noviembre 1996, AAP Toledo 13 octubre 2000, SAP Albacete 24 noviembre 2000, SAP Ciudad Real 11 febrero 2004), la contratación de servicios de prevención de impagados o cobro de morosos (SAP Valencia 4 febrero 2008) o la contratación de servicios de consultoría para mejorar el rendimiento

<sup>75</sup> Sobre la sentencia, *vid.* M. EBERS, «Quién es consumidor?», *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2006, pp. 229-238, esp. p. 229 y ss. Cfr. también algunas afirmaciones de la STJCE 20 enero 2005 (asunto *Gruber*), *infra*.

empresarial, como, por ejemplo, la asesoría para implantación de protocolos de calidad ISO (SSAP Barcelona 21 diciembre 2000, 21 marzo 2002 y 15 abril 2002).

- b) Entre la *contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de producción*, pueden comprenderse la adquisición de bienes de equipo, fundamentalmente maquinaria (STS 12 diciembre 1991, STS 13 marzo 1999, STS 16 octubre 2000, SAP Alicante 16 junio 2000, SAP Cuenca 15 noviembre 2006; cfr., sobre tractores, v. gr., STS 9 mayo 2008, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005 y sobre bienes de equipo en general, SAP Huesca 30 septiembre 1994, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Jaén 15 abril 2005), productos para transformar o reelaborar, como materias primas, pertenencias, objetos que se ensamblan o integran en otros, etc. (SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004, SAP Huelva 17 septiembre 2003), productos accesorios pero necesarios para el proceso de fabricación o producción (SAP Barcelona 28 enero 2004, SAP Tarragona 15 julio 2004, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Barcelona 5 julio 2006), entre los que cabe comprender muy especialmente las energías (SAP Barcelona 29 septiembre 2003, SAP Burgos 28 febrero 2007), la electricidad (STS 15 diciembre 2005, SAP Alicante 8 enero 2002, SAP Murcia 14 marzo 2003, SAP Almería 26 marzo 2003, SAP Burgos 26 junio 2003, SAP Almería 22 enero 2004, SAP Asturias 2 mayo 2006), los herbicidas (STS 18 junio 1999), etc. Resulta indiferente el título o contrato por el que el empresario o profesional adquiera el dominio o el uso de esos bienes (compraventa mercantil, leasing, renting, suministro, préstamo para su adquisición, comodatos, etc.) así como si el bien resulta o no consumido en el sentido del art. 337.2 CC.
- c) Entre la *contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de comercialización*, cabe incluir los *vehículos adquiridos para prestar servicios comerciales* (SAP Guadalajara 5 octubre 1995, SAP Madrid 5 junio 2006; incluidas furgonetas para transportar operarios y material: SAP Valencia 10 octubre 2000 y SAP A Coruña 25 marzo 2008; camiones de gran tonelaje para transporte: SAP La Rioja, 29 mayo 2003, SAP Lleida 4 abril 1994, SAP A Coruña 25 abril 2005, SAP Madrid 20 julio 2005, SAP Ciudad Real 4 abril 2006, SAP Alicante 3 mayo 2006, SAP A Coruña 23 marzo 2007; camiones frigoríficos: SAP Barcelona 16 abril 2002; taxis: SAP Málaga 17 febrero 2005 y SAP A Coruña 4 abril 2008; vehículos para construcción: SAP Toledo 19 febrero 2008), los *productos adquiridos para reventa* (STS 31 octubre 2000, joyas; STS 20 diciembre 2007; SAP Mallorca 9 julio 1990, radios para coches; SAP Madrid 22 enero 2000 y SAP Girona 29 mayo 2002, carburantes; SAP Murcia 2 julio 2004, arquetas; SAP Cádiz 30 diciembre 2004, reventa profesional de inmuebles; SAP Zaragoza 7 julio 2005, suministros), la *contratación de servicios de publicidad o marketing* (SAP Madrid 21 julio 2000 y SAP Murcia 11 julio 2006; cfr. SAP Barcelona 15 enero 2009) o la *maquinaria empleada para estrictas labores de comercialización de bienes* (AAP León 27 enero 2000, cámaras frigoríficas; SAP Jaén 31 enero 2002, balanzas; SAP Jaén 20 marzo 2007, aparatos para pago de los clientes)<sup>76</sup>.
- d) Entre los bienes o servicios que se incorporan en *procesos de prestación de servicios a terceros*, pueden mencionarse la contratación de servicios de arquitectos por promotores o constructores (STS 28 febrero 2002 y 29 diciembre 2003; también SAP Granada 16 marzo 1999), consultoras (SAP Barcelona 21 diciembre 2000, 21 marzo 2002 y 15 abril 2002), abogados (SAP Barcelona 9 mayo 2006) y otros profesionales para emplear esos servicios en otros de cara a terceros o para mejorar el propio servicio o funcionamiento empresarial o profesional (es decir, el aspecto organizativo tratado antes *sub a*); también los servicios accesorios prestados para mejorar funcionamiento del transporte de viajeros (STS 3 octubre 2005). Asimismo, cabe incluir aquí el empleo no ya de servicios, sino de bienes para prestar servicios a terceros, como ocurre con máquinas recreativas, impresoras (STS 16 octubre 2000), fotocopadoras (SAP Asturias 12 abril 2000), ordenadores (SAP Madrid 5 marzo 2004), grupos electrógenos o transformadores

<sup>76</sup> De estas resoluciones merece la pena destacar las consideraciones del AAP León 27 enero 2000 y de las SSAP Ciudad Real 4 abril 2006, Murcia 11 julio 2006, SAP A Coruña 25 marzo 2008. Para mayores detalles sobre las sentencias citadas en este epígrafe, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit.

eléctricos (en negocios de hostelería, SAP Toledo 16 marzo 2000, o en recintos de acampada, SAP Barcelona 7 junio 2006), ascensores (en hoteles: SAP Cantabria 25 noviembre 2002, pues «es parte de su ciclo productivo y comercial»; y SAP Málaga 27 febrero 2003), teléfonos móviles para atender llamadas de empresa (SAP Madrid 15 abril 2004 y AAP Madrid 10 diciembre 2008), aspiradores industriales (SAP Tarragona 15 julio 2004) y, en general, cualesquiera aparatos que «contribuyen a que el actor preste sus servicios a terceros en las condiciones mejores» (SAP Barcelona 5 julio 2006); frase esta en la que puede apreciarse el que la incorporación de los bienes a tales procesos puede ser también «indirecta» (EM del TR). Sobre el uso de la electricidad en la prestación de servicios a terceros, lo que excluye ese consumo empresarial como acto de un consumidor, véanse las clarividentes afirmaciones de la STS 15 diciembre 2005.

#### IV. Criterios irrelevantes para el concepto legal

34. Existen una serie de parámetros que, en el contexto del nuevo art. 3 TR-LGDCU, así como de las Directivas citadas y el DCFR, carecen de todo peso para la calificación de algún acto como propio de un consumidor.

##### 1. Relación directa o indirecta del acto de consumo empresarial con el núcleo de la actividad empresarial

35. ¿Merecerán protección como consumidores un notario que contrata un servicio de limpieza para su despacho o un farmacéutico que instala una alarma en su local? La respuesta debe ser negativa, pese a que dichos actos están alejados del núcleo de su actividad empresarial y guardan con ella una relación sólo indirecta, pero no son «ajenos a una actividad empresarial o profesional». Esta respuesta merece mayor desarrollo, toda vez que, aisladamente, en España alguna sentencia<sup>77</sup> y algún autor<sup>78</sup> han defendido una respuesta positiva a la cuestión.

36. Según la SAP Burgos 15 febrero 2001 (reclamación de una empresa de mantenimiento de ascensores frente al titular de unas instalaciones médicas abiertas al público que es calificado como consumidor), «para que se lleve a cabo la exclusión del concepto de consumidor no basta con el hecho de que el bien o servicio se integre sin más en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, pues en ese caso, y sobre todo si se lleva al extremo la idea, realmente será difícil encontrar supuestos en los que se aplique la legislación de defensa de los consumidores [*sic*]. Lo realmente importante y que excluye la aplicación de la legislación especial es que ese bien o servicio que se adquiere, *tenga por finalidad directa* llevar a cabo labores de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, de tal manera que esos bienes o servicios *se integren de manera relevante en el ámbito comercial que desarrolla la adquirente en el giro o tráfico normal de su actividad, y que, precisamente por ser su actividad normal, puede conocer y estar atenta a los posibles defectos del bien o servicio que se le presta*, sin que sea posible aplicar la legislación especial, precisamente porque el conocimiento de lo que se adquiere puede revelar sin problema alguno su defecto, lo que no es aplicable a otras personas. Siendo así que el ascensor objeto de la prestación en su día contratada *no guarda relación con la actividad normal de la demandada, lo que supone que no tiene la posibilidad de conocer las posibles deficiencias en lo que se contrata por su ajenidad a ello*». Cita y reproduce también algunas de estas líneas la SAP Teruel 31 octubre 2002 (sindicato como consumidor, pues «la publicidad contratada [no] se integra de manera relevante en el ámbito propio de su actividad»).

37. Una cabal comprensión de estos razonamientos reclama tener presente el Derecho comparado y, en particular, la jurisprudencia francesa, donde este planteamiento ha sufrido cierta evolución. Como en

<sup>77</sup> SAP Burgos 15 febrero 2001 y SAP Teruel 31 octubre 2002.

<sup>78</sup> BARRAL VIÑALS, «Del consumidor...», cit., *passim*, especialmente p. 81y ss.

las sentencias españolas citas, en las primeras sentencias francesas donde se concedió la protección como consumidores a esos empresarios, se entreveraban dos argumentos, con primacía del segundo: la falta de relación directa del acto con la actividad habitual del empresario y la falta de competencia o especialización de éste respecto a dicho acto (*hors de leur spécialité*); así, la sentencia del Tribunal de Casación de 28 abril 1987 (agente inmobiliario que instala un sistema de alarma) y las posteriores sentencias de 3 mayo 1988 y 25 mayo 1992. A partir de la reforma del Código de consumo francés de 1 febrero 1995, en que se da entrada como cláusulas abusivas a las concluidas «entre profesionales y no profesionales o consumidores» (L.132-1), el mismo Alto Tribunal ha mantenido la solución, pero prescindiendo del segundo criterio, más subjetivo y amplio (sentencia de 24 enero 1995); la jurisprudencia ha refrendado después que la normativa sobre cláusulas abusivas no se aplica a contratos que tienen una *relación directa* (*qui n'ont pas de rapport direct*) con la actividad profesional del contratante (sentencias de 3 y 30 enero 1996, 23 febrero 1999, 23 noviembre 1999 y 10 julio 2001), pero sí, por tanto, cuando guardan una relación indirecta con ésta. Una extensión similar de la protección se produce en Polonia, Lituania y Luxemburgo y, durante algún tiempo, en tribunales inferiores italianos, aunque la Corte de Casación ha rechazado ese planteamiento en la sentencia de 25 julio 2001<sup>79</sup>. El problema ha merecido que la Comisión Europea se plantee en el Libro Verde sobre la revisión del acervo de consumo de 8 febrero 2007 (§ 4.1, pregunta B.1) si extender la protección de los consumidores a los empresarios en estos casos; aunque las respuestas fueron diversas<sup>80</sup>, lo cierto es que la PDDC de 2008 no incluyó ese matiz en su definición de consumidor.

**38.** La demarcación entre «actos de la profesión» y «actos relacionados con la profesión» (relación sólo indirecta con el núcleo de la actividad empresarial o profesional), ideada para evitar ciertas situaciones de desigualdad entre empresarios en la que pueden darse fundamentos parecidos a los que dan lugar a la protección del consumidor, debe, a mi juicio, descartarse, pues existen *argumentos en contra* suficientemente sólidos tanto desde el contexto comunitario del que procede la noción española, como de nuestro propio ordenamiento jurídico, así como de pura técnica y política legislativa:

- Esta extensión no ha sido admitida por la jurisprudencia comunitaria: en la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *Di Pinto*: contratación de publicidad sobre el fondo de comercio de un empresario)<sup>81</sup>, en contra del criterio promovido por el abogado general, se sentó claramente que la definición comunitaria (Directiva 85/577) «no permite establecer una distinción entre los actos de práctica corrientes y los de carácter excepcional». Esta fue una de las cuestiones prejudiciales planteadas en la STJCE 22 noviembre 2001 (asunto *Idealservice*)<sup>82</sup>, que no llegó a resolver directamente el tribunal porque descartó que la persona jurídica involucrada pudiese ser un consumidor por no ser persona física. En la STJCE 3 julio 1997 (asunto *Benincasa*)<sup>83</sup> la inexperiencia de quien concluyó un contrato de franquicia para iniciar un negocio futuro no tuvo incidencia para calificarle como empresario y no como consumidor.
- En la Propuesta modificada de la Directiva 99/44 (garantías en la venta de bienes de consumo) se descartó la expresión «propósito *no directamente vinculado* con su profesión», que figuraba en la propuesta inicial.
- Tampoco la PDDC de 2008, ni los *Acquis Principles*, ni el *Compendium*, ni el DCFR<sup>84</sup> proponen, ni en su formulación de la definición de consumidor ni en sus comentarios, tal

<sup>79</sup> Vid. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 458-460; *DCFR-Full edition*, cit., I, pp. 96-98.

<sup>80</sup> *V. gr.*, positiva y argumentada, desde Francia, en Y. PICOD, «Réponses a les questions 4.1 à 4.3», en B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Livre Vert sur le Droit Européen de la consommation. Réponses françaises*, Paris, Société de Législation Comparée, 2007, pp. 38-41.

<sup>81</sup> STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, (proceso penal) caso *Patrice di Pinto*.

<sup>82</sup> STJCE (Sala 3ª) 22 noviembre 2001, asuntos C-541/99 y C-542/99, caso *Cape c. Idealservice e Idealservice c. Omai*.

<sup>83</sup> STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso *Francesco Benincasa c. Dentalkit*.

<sup>84</sup> Respectivamente, art. 1:201 *Acquis Principles* y ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26; SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., pp. 458-560; art. I.- 1:105(1) y Anexo DCFR, así como los comentarios oficiales, *DCFR-Full edition*, cit., I, pp. 92.

ampliación por vía de incluir el elemento de la «relación directa» con la actividad profesional.

- La Exposición de Motivos del TR-LGDCU, a la que puede concederse valor interpretativo del art. 3, expresamente declara que los bienes o servicios no deben incorporarse «*directa o indirectamente*» a los procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por su parte, varios estatutos o leyes autonómicas aluden a que no podrán considerarse consumidores esos consumos empresariales «aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo» (Madrid, Castilla y León, Extremadura, País Vasco; y cfr. Cantabria, «lucro directo»).
- Desde un punto de vista de técnica y política legislativa también cabe rechazar esa ampliación<sup>85</sup>, por las siguientes razones: *i)* Estos actos relacionados indirectamente con la actividad profesional también contribuyen al proceso de producción y comercialización, aumentan el rendimiento de la empresa, se benefician de particulares regímenes fiscales empresariales, etc. *ii)* Los empresarios cuentan con más medios que los consumidores para informarse dentro de la propia estructura jurídica y económica de la empresa, con una mayor capacidad financiera e informativa, y actúan o deben actuar con otro tipo de diligencia (la profesionalidad parece implicar la busca de asesoramiento en caso de desconocimiento). *iii)* En este sentido, aunque no sea su ámbito natural, siguen teniendo mayores conocimientos y destrezas por su condición de empresarios, lo que pone en entredicho la asimilación por desigualdad o desequilibrio. *iv)* Se corre el riesgo de difuminar en exceso el concepto de consumidor. *v)* El legislador siempre puede, en caso de entenderlo oportuno por consideraciones de equidad, extender la protección a personas sin la calidad de consumidores. *vi)* Pero, especialmente, una tal ampliación sería contraria a la *seguridad jurídica*, pues en función de la complejidad de la actividad empresarial o profesional y de la interpretación más estricta o amplia del concepto de «relación directa» se podría llegar a resultados muy dispares y, en todo caso, inciertos. *vii)* Existe incluso un argumento inaceptable de tipo «simétrico»: entonces podría asimilarse a profesionales a los consumidores que actúan en un ámbito de su competencia o especialización para fines privados, fuera de su actividad empresarial, cuando la definición de consumidor no está limitada por el grado de conocimientos o experiencias del consumidor (*vid. infra*).

**39.** En esta línea, debe considerarse más acertado el planteamiento de sentencias como la *SAP Tarragona 15 julio 2004*<sup>86</sup>. En esta sentencia se declaró que el bien se integra en la actividad empresarial, «no sólo por tratarse de una máquina industrial, con unas dimensiones y prestaciones propias de su uso por parte de empresas», sino sobre todo, por dicha integración, «sin que sea óbice -como parece entender la parte- el hecho de que dicha actividad no consista precisamente en realizar labores de limpieza para terceros, pues el elemento identificador del artículo 1 de la Ley 26/1984 es el de integración del bien en el proceso empresarial, lo que también comprende todo uso que, en definitiva, contribuye a que el comprador preste sus servicios a terceros en las condiciones adecuadas -en este caso, teniendo limpio su taller-»

## **2. Competencia técnica del empresario en el acto de consumo empresarial (el «empresario no experto»)**

**40.** Aunque el planteamiento y respuesta a este criterio, irrelevante a los efectos del art. 3 TR-LGDCU debe ser el mismo que respecto al anterior, se reformula ahora por la ya examinada posibilidad

<sup>85</sup> Así, con diversos argumentos, ARROYO I AMAYUELAS, «Hacia un derecho...», cit., pp. 223-224; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., pp. 33-36; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 3 TR-LGDCU», cit., pp. 95-76; BOTANA GARCÍA, «Comentarios artículo 1 LGDCU», pp. 72-75; REYES LÓPEZ, *Manual...*, cit., pp. 106-107; en la doctrina extranjera, con crítica de la solución francesa, v. gr., CALAIS-AULAY, «La notion...», cit., pp. 67-68 y 72-74.

<sup>86</sup> Se muestran conscientes del problema, pero no llegan a tener que pronunciarse expresamente sobre él las SAP Cádiz 30 diciembre 2004 y la SAP Asturias 2 mayo 2006.

de separarlo (jurisprudencia francesa), por su preconización autónoma por alguna doctrina<sup>87</sup> y por su propuesta (frustrada o pendiente) de incorporación en el Derecho belga<sup>88</sup> o al Derecho portugués<sup>89</sup>. Los argumentos en contra son los mismos que se acaban de enunciar, más justificados, si cabe, en relación con este criterio más subjetivista que incrementaría la inseguridad jurídica y propiciaría una actividad probatoria generalmente poco inconcusa. En la jurisprudencia pueden encontrarse sentencias donde se pone de manifiesto la capacidad profesional de ciertos empresarios para transacciones relacionadas con su propia actividad (SAP Murcia 2 julio 2004, SAP Valencia 20 enero 2009; cfr. STS 6 abril 2004)<sup>90</sup>, aunque el alegato de no ser el empresario experto o experimentado en un ámbito no ha sido un recurso explotado regularmente en las sentencias examinadas.

### 3. Competencia técnica del consumidor en el acto de consumo (las nociones de «consumidor medio» y «consumidor vulnerable»)

41. El tenor del art. 3 TR-LGDCU (ni antes el art. 1 LGDCU, ni las Directivas citadas, ni el DCFR) no autoriza a limitar los posibles consumidores en función de si son expertos o especialistas en determinado campo, cuando están actuando «con fines privados» (EM del TR-LGDCU), es decir, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Así, no dejará de ser consumidor el abogado que firma un contrato de adhesión para la compra de su domicilio, el mecánico que adquiere una rueda para su propio coche o el informático que compra por internet el DVD de un videojuego. No existe en el TR-LGDCU una previsión similar al art. 1484 Cc (exclusión del saneamiento por vicios ocultos si el comprador es un perito). Así lo ha subrayado parte de la doctrina<sup>91</sup> y varias sentencias<sup>92</sup>.

Conforme a las consideraciones anteriores, el art. 3 TR-LGDCU no limita con otros adjetivos o parámetros al consumidor que cumpla el criterio general en él estatuido. Por eso, el «consumidor» del TR-LGDCU no es el *consumidor medio* («consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos»), en la noción acuñada por el TJCE para ciertos ámbitos<sup>93</sup> y adoptada por el legislador comunitario en el art. 5.2.b

<sup>87</sup> A. ACEDO PENCO, *Nociones de Derecho del consumo. Aproximación a la protección jurídica de los consumidores en Extremadura*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2003, p. 69; ID., «La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho extremeño», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, nº 18, 2000, pp. 297-340, esp. pp. 335-339; BARRAL VIÑALS, «Del consumidor...», cit., pp. 83 y ss. y 89 y ss., que alega el ejemplo legislativo de las nuevas tecnologías donde, señala, se protege al usuario por no ser experto.

<sup>88</sup> Comisión de reforma de 1995, *vid.* HONDIUS, «The notion...», cit., p. 94.

<sup>89</sup> Art. 11 del Anteproyecto de Código de consumidor de 2006: las personas jurídicas si probaren que no disponen ni deben disponer «de competencia específica para la transacción».

<sup>90</sup> Por ejemplo, según la SAP Murcia 2 julio 2004, se trataba de una «empresa que no es ajena a la actividad mercantil propia del producto que adquiriría, y, por tanto, estaba capacitada para dilucidar si el mismo cumplía con las exigencias técnicas que pretendía de acuerdo con el uso que deseaba otorgar al mismo».

<sup>91</sup> En especial, A. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 33; ID., «El concepto...», cit., p. 27; conformes, J. M. BADENAS CARPIO, «Comentarios al artículo 2 LCGC. Ámbito subjetivo», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano, 2000 p. 75; BOTANA GARCÍA, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 70; LARA/ECHAIDE, *Consumo y Derecho*, cit., p. 45.

<sup>92</sup> Así, aparte de otras declaraciones más genéricas (SAP Asturias 21 febrero 2005), y de un grupo de sentencias del TSJ Madrid (Cont.) de 2 julio 2007, 4 julio 2007, 9 julio 2007, 4 octubre 2007 y 24 abril 2008 (FD 11º en todas ellas) en las que se declaró abusiva la cláusula de renuncia al saneamiento por vicios ocultos del CC en supuestos de compraventas de viviendas, aportando el argumento de que no consta que los militares compradores sean peritos para conocer los vicios o defectos ocultos pese a vivir en ellas desde hace tiempo, cabe destacar tres sentencias: la SAP Barcelona 22 marzo 2000 afirma que «no es relevante ni decisiva la calificación profesional del consumidor frente al producto que adquiere [...] sin que una mayor o menor calificación profesional o una mayor o menor inteligencia del servicio ofrecido pueda desvirtuar su situación como tal consumidor»; véanse también la SAP Granada 16 febrero 2002 y la SAP Valencia 16 abril 2002 (cfr. la peculiar y no generalizable SAP Cantabria 26 noviembre 2004). Sobre todas ellas, *vid.* mi comentario al art. 3 TR-LGDCU, ya citado.

<sup>93</sup> Principalmente inducción a error en etiquetados y publicidades engañosas: STJCE 16 julio 1998, asunto *Gut Springenheide*; STJCE 4 abril 2000, asunto *Darbo*; STJCE 13 enero 2000, asunto *Estée Lauder*; STJCE 8 abril 2003, asunto *Pippig Augenoptik*; respecto a marcas, v. gr., STJCE 7 julio 2005, asunto *Biker Miles*. Las referencias completas son: STJCE (Sala 5ª) 16 julio 1998, asunto C-210/96, caso *Gut Springenheide y Turkey c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Le-*

Directiva 2005/29 y en el considerando 18<sup>94</sup> –y reproducida en la EM de la LCD tras su reforma por Ley 29/2009 y cfr. art. 4 LCD– y por el legislador y la jurisprudencia española en ciertos sectores, como el Derecho de marcas<sup>95</sup>, la publicidad ilícita o para entender válidamente formado el «consentimiento informado» en el ámbito sanitario (*vid.* Ley 41/2002). Ni tampoco tiene cabida en el TR-LGDCU, al menos por el momento y en el concepto general, la noción de *consumidor vulnerable* recogida en el art. 5.3 Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, transpuesta en el art. 4.3 LCD por la Ley 29/2009, pero no en el TR-LGDCU (cfr. arts. 19, 20 y 43.c TR-LGDCU). Por su parte, el Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010) ofrece definiciones autónomas de la «persona consumidora media» y de los «colectivos especialmente protegidos», haciéndose eco de las dos nociones indicadas.

42. En conclusión, *hoy por hoy*, el «concepto general de consumidor y usuario» del art. 3 TR-LGDCU no admite modulaciones en función de la competencia del consumidor; ni al alza ni a la baja (*consumidor experto, medio o vulnerable*). Cuestión distinta es la posibilidad de tomar en consideración si el Derecho de consumo ha llegado a un estado de madurez que pudiera aconsejar evitar la sobreprotección<sup>96</sup> o bien si ha de primar la seguridad jurídica de las categorías asentadas sin hacer entrar en juego mudables factores sociológicos<sup>97</sup>, amén de tener presente la incidencia en el Derecho nacional de las modulaciones de dicho concepto en el entorno comunitario para ciertos sectores (repárese en que ni el consumidor medio ni el especialmente vulnerable se incluyen entre los conceptos acogidos en la transversal PDDC de 2008).

#### 4. Conocimiento o desconocimiento del empresario de los fines perseguidos por el supuesto consumidor

43. Del concepto comunitario acogido en el art. 3 TR-LGDCU no se infiere que el consumidor tenga el deber de informar de su condición al contratar con un empresario. En principio, tampoco dependerá la calificación de un acto o relación como de consumo del conocimiento o desconocimiento de los fines de la contraparte que tenga el empresario en el momento de contratar. Este criterio puramente subjetivo queda desplazado por una actividad probatoria bien distinta en cuanto al objeto y al tiempo: la prueba de que el acto es ajeno a una actividad empresarial o profesional cualifica al consumidor. En este sentido, el art. 3 TR-LGDCU prescinde del requisito del Convenio de Viena de 1980 (art. 2.a), que no se aplica a las compraventas «de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso»; como también prescinden de él las definiciones de consumidor en los *Acquis Principles*<sup>98</sup>, en el DCFR<sup>99</sup> y en la PDDC. Si el criterio del Convenio de Viena permite al empresario un análisis de riesgos antes de decidir precio y contratante, el criterio comunitario protege al consumidor de forma imperativa, en todo caso<sup>100</sup>.

---

*bensmittelüberwachung*; STJCE (Sala 1<sup>a</sup>) 4 abril 2000, asunto C-465/98, caso *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo*; STJCE (Sala 5<sup>a</sup>) 13 enero 2000, asunto C-220/98, caso *Estée Lauder c. Lancaster*; STJCE (Pleno) 8 abril 2003, asunto C-44/01, caso *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH y Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*; STJCE (Sala 4<sup>a</sup>) 7 julio 2005, asunto T-385/03, caso *Miles Handelsgesellschaft International mbH c. OAMI y Biker Miles Motorrad Handels- und Vertriebsgesellschaft mbH*.

<sup>94</sup> *Vid.* STJCE 23 abril 2009, asunto *VTB-VAB NV*, § 54 [STJCE (Sala 1<sup>a</sup>) 23 abril 2009, asuntos C-261/07 y C-299/07, caso *VTB-VAB NV c. Total Belgium NV, Galatea BVBA, y Sanoma Magazines Belgium NV*].

<sup>95</sup> Para tener por acreditado el riesgo de confusión: v. gr., SSTS 21 diciembre 2006 y 28 abril 2009.

<sup>96</sup> Para DE LEÓN ARCE, «La protección...», cit., p. 141, no, pues sería una «sociedad irreal» de consumidores formados.

<sup>97</sup> Con protección de consumidores expertos como un «inconveniente inevitable» para R. ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. de E. ARROYO I AMAYUELAS), Barcelona, Bosch, 2008, p. 259.

<sup>98</sup> ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 29.

<sup>99</sup> *Vid.* HERRE/HONDIUS/ALPA, «The notions...», cit., pp. 6-7.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

44. Sin embargo, a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria, estas reflexiones podrían tener una *excepción en el caso de que el supuesto consumidor hubiese tratado de mala fe crear la impresión de ser un empresario* para forzar el contrato u obtener alguna ventaja que no esté al alcance de los consumidores (*supra*, 4.4). En este sentido, la STJCE 12 enero 2005 (asunto *Gruber*, §§ 48-54)<sup>101</sup> señala que el juzgador debe basarse en los elementos de prueba objetivos que obren en los autos; con ellos, el órgano jurisdiccional deberá comprobar si «la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que, por su propio comportamiento respecto de su futuro cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales. Así sucedería, por ejemplo, cuando un particular realizara un pedido, sin ninguna otra especificación, de objetos que pueden efectivamente servir para el ejercicio de su profesión, utilizara para ello papel con el membrete profesional, solicitara el envío de los bienes a su dirección profesional o mencionara la posibilidad de recuperar el impuesto sobre el valor añadido»; en tales casos, concluye el TJCE (en asunto relativo al Convenio de Bruselas, *infra*), la protección como consumidor no será posible «*puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección prevista por dichos artículos, habida cuenta de la impresión que dio a su cocontratante de buena fe*».

45. En este sentido<sup>102</sup>, cabría añadir, existen algunas circunstancias externas que podrían tenerse en cuenta en la fase probatoria para demostrar que el adquirente actuaba en el momento de contratar dentro de su actividad empresarial –dicho en los términos de esta STJCE y del Convenio de Viena, que el vendedor no podía haber conocido la condición de consumidor de su cocontratante, aunque atenerse al parámetro objetivo resulta más acertado con la legalidad vigente– como la naturaleza de las mercancías, la cantidad comprada, la dirección a la que se envía y la condición empresarial del comprador<sup>103</sup>. Alguno de estos datos ha sido empleado por la jurisprudencia española, como la naturaleza del bien, pues puede ser factor determinante «tratarse de una máquina industrial, con unas dimensiones y prestaciones propias de su uso por parte de empresas» (SAP Tarragona 15 julio 2004); o la importancia de la prueba del destino, «tanto más cuanto la actora es una empresa que suministra a otras y no vende directamente a particulares» (SAP Barcelona 15 enero 2009). En este sentido, diversas sentencias han sido rigurosas sobre la prueba del destino del bien sin entrar a escrutar si existía o no conocimiento previo acerca de ese destino (v. gr., SAP Cuenca 15 noviembre 2006).

## 5. Volumen de la actividad empresarial de quien realiza un acto de consumo empresarial (las pequeñas empresas y los empresarios en situación de desigualdad)

46. Pese a la tentación de algunas sentencias marginales por extender la protección de consumidor a las PYMES y a empresarios que contratan en situaciones de desigualdad (cfr. *supra*) y pese a propuestas abandonadas o poco secundadas de incluir dentro de esta protección a ciertos empresarios (con criterios siempre algo arbitrarios como no superar una cifra de empleados, de ganancias, de bienes afectos a la explotación, etc.), lo cierto es que esas empresas, al actuar dentro de su actividad profesional, no pueden merecer la tutela propia de los consumidores en el TR-LGDCU ni en las Directivas citadas ni en el DCFR. Pese al reconocimiento de que algunas pequeñas empresas pueden verse obligadas a suscribir contratos de adhesión con grandes empresas con posición dominante en el mercado, la jurisprudencia obra rectamente al descartar en estos casos la protección frente a cláusulas abusivas propias sólo de consumidores (v. gr., SAP Madrid 15 abril 2004). En este sentido, afirma la SAP Valencia 20 enero 2009 que un empresario (profesional de la hostelería que suscribe un contrato de explotación de máquinas recreativas) «está fuera del concepto legal de consumidor, *sin que obste a ello su mayor o menor capacidad económica o la envergadura de su empresa*, pues lo determinante

<sup>101</sup> STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*

<sup>102</sup> Ya defendido en España por algún autor en relación con la LGDCU: A. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., pp. 32-33; ID., «El concepto...», cit., p. 36.

<sup>103</sup> Circunstancias que se tienen en cuenta en el contexto del Convenio de Viena: B. AÑOVEROS TERRADAS, «Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor», *Diario La Ley*, nº 6424, 31 mayo 2005 [versión de [www.laley.net](http://www.laley.net)], pp. 1-10, esp. p. 4, n. 20, con cita de CAFFARENA LAPORTA.

es que se trata de un profesional y que no es destinatario final de la actividad profesional del otro contratante».

## V. Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas

### 1. «Actos mixtos» o adquisiciones para uso doble (personal y profesional)

47. *¿Quid iuris* cuando un abogado adquiere un teléfono móvil para emplearlo tanto en su ámbito profesional o como privado, o cuando un veterinario compra un automóvil para ambos destinos? Ni el art. 3 TR-LGDCU ni las definiciones de las Directivas que le sirven de patrón dan respuesta a este interrogante (sí el DCFR). En teoría –y existen autores y legislaciones que acogen cada una de ellas– es posible adoptar una de estas cuatro soluciones ante los actos mixtos:

- a) El contratante debe ser calificado *siempre como consumidor*, pues basta con que su actuación sea, al menos en parte, ajena a un ámbito empresarial o profesional. El argumento se ha usado, en ocasiones, para incluir a los agricultores profesionales, que consumen parte de lo que producen<sup>104</sup>.
- b) El contratante mixto *nunca puede ser calificado como consumidor*, pues el destino debe ser exclusivamente privado y totalmente ajeno a un ámbito profesional. Así, el art. 3.b de la Ley 13/2003 de Andalucía y el art. 3.2.a de la Ley 16/2006 de Aragón («cuya *exclusiva* finalidad es el uso o disfrute personal, familiar o doméstico») y parte de la doctrina en relación con la LGDCU<sup>105</sup>. Igualmente, las legislaciones de Austria y Bélgica. Esta tesis se basa en tres argumentos: primero, dividir un único acto para aplicar regímenes distintos a distintas partes no sería admisible; segundo, el empresario que, actuando como tal dedica en parte el bien o servicio a usos privados no precisa esta especial protección; y tercero, la inseguridad jurídica de determinar qué es principal y qué accesorio en su uso.
- c) El contratante mixto recibirá protección como consumidor *si el destino principal es ajeno a una actividad empresarial profesional*. Es el criterio que acoge el art. 2 de la Ley 1/2006 de Cantabria («con objetivos *generalmente* ajenos a cualquier actividad comercial o profesional») y no serán consumidores «quienes integren *principalmente* los bienes o servicios en un proceso [...]») y también los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia). Puede apreciarse igualmente en el art. 9.b de la Directiva 85/374 (= art. 129.1 TR-LGDCU, responsabilidad por daños si los bienes o servicios están destinados al uso o consumo privados «y en tal concepto hayan sido utilizados *principalmente* por el perjudicado»), de donde dice tomarse como base para incluir este rasgo en la definición de consumidor de los *Acquis Principles* («*mainly acting*», art. 1:201)<sup>106</sup>; asimismo, *vid.* la definición del DCFR («*primarily acting*», art. I.– 1:105(1) y Anexo DCFR)<sup>107</sup>. Ni «principalmente» ni «fundamentalmente» se ha agregado en la definición de la actuación del consumidor, en cambio, en

<sup>104</sup> Así, C. VATTIER FUENZALIDA, «El agricultor ante la Ley de protección a los consumidores», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 3-4, 1986, pp. 5-12, esp. pp. 8-9; en contra, M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 6-7, 1986-1987, pp. 11-17, esp. p. 13.

<sup>105</sup> A. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 1 LGDCU», *cit.*, pp. 33 y 36-36; LARA/ECHAIDE, *Consumo y Derecho...*, *cit.*, p. 45.

<sup>106</sup> ACQUIS GROUP, *Principles...*, *cit.*, I, pp. 24-25

<sup>107</sup> Los comentarios oficiales (*DCFR-Full edition*, *cit.*, I, p. 94) resaltan que deliberadamente no se inserta el adverbio «*primarily*» en el párrafo 2 donde se define al empresario y sí en el párrafo 1 donde se define al consumidor para evitar solapamientos; así, se subraya que si una persona compra un ordenador que va a ser usado sobre todo para fines personales pero también de forma menor para fines profesionales, se le trata como consumidor; ahora bien, si una persona vende un ordenador que usa principalmente para fines personales pero en menor extensión para fines profesionales, es tratado como empresario en relación a cualquier regla de protección de los consumidores compradores. Según añaden los comentarios oficiales, el fin de la norma es dar al comprador que sea consumidor la protección que se aplicaría a cualquier relación de consumo, sin que el comprador tenga que ponderar la medida en la que el vendedor está actuando con fines profesionales.

la PDDC. En nuestro país, esta tesis cuenta con defensores<sup>108</sup>; el argumento se valdría del principio de que lo accesorio sigue a lo principal y toma en cuenta que en muchos de estos casos existe la tónica situación de desigualdad, pues el contratante mixto puede adquirir bienes de doble uso sobre los que no tiene ninguna competencia profesional (v. gr., profesor de historia que compra ordenador).

- d) El contratante mixto sólo recibirá protección como consumidor *si el destino profesional es realmente marginal, insignificante*: no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad profesional, sino que el uso o destino profesional debe ser mínimo. Es la solución adoptada en la importante *STJCE 20 enero 2005* (asunto *Gruber*)<sup>109</sup>: según el tribunal, la aplicación de los arts. 13-15 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial –que era el contexto invocado, poder litigar ante los tribunales del domicilio del comprador– no es posible en esos contratos mixtos, «salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional».

**48.** Del examen de la jurisprudencia española (recaída sobre la LGDCU) no puede colegirse una solución clara y uniforme, pues es posible rastrear razonamientos de las tres primeras soluciones recogidas, aunque normalmente *obiter dicta*. Así, se aboga por admitir (*obiter*, debe insistirse) la protección como consumidores [a] en el AAP León 27 enero 2000 y cfr., muy incidentalmente, SAP Málaga 23 abril 2002 y AAP Madrid 14 noviembre 2008. En cambio [b] se excluye la protección especial si el uso privado no es exclusivo –también *obiter dictum*– en la STS 18 junio 1999 (una sociedad agraria no actúa como destinataria final, «cosa que hubiera ocurrido si su feracidad agrícola tuviera por objeto *restringido y exclusivo* el consumo familiar o doméstico») y en la SJMerc Madrid 26 julio 2005. De forma algo oscura –por el relato fáctico– se acoge el tercer criterio [c] en la SAP Asturias 7 noviembre 2002 y en la SAP Guipúzcoa 19 marzo 2007.

Por eso tiene especial interés la recomendable lectura de la *SAP Alicante 18 diciembre 2008* que sí se enfrentó a la materia como cuestión principal, siendo de las pocas sentencias que argumenta al respecto como *ratio decidendi* –en favor de la solución [b]–. Ante un caso de empresa arrendataria financiera y adquirente final de un vehículo para uso particular de la administradora y su esposo, señala que debe descartarse la aplicación de la LGDCU a este «supuesto controvertido» por cuatro argumentos: primero, el vehículo adquirido por la empresa para un uso particular puede ser usado para el desempeño de actividades en el seno de la empresa, «por lo que, *parcialmente*, se trataría de un bien afecto a la actividad empresarial de la actora»; segundo, porque el propio contrato de *leasing* financiero establece que el bien debe emplearse con carácter permanente y exclusivo para los fines propios de su actividad empresarial declarados, de manera que «este destino empresarial o profesional es el que aprovecha la actora para obtener un beneficioso trato tributario» y «si para su adquisición el bien estaba afecto a la actividad empresarial, no cabe modificar después el destino del bien (particular) para conseguir la protección que dispensa la legislación especial de los consumidores»; tercero, si el fin de la LGDCU es paliar una situación de desigualdad, no merecen esa protección «los empresarios o profesionales que adquieren bienes destinados en parte a usos particulares», pues «la actora ha adquirido el vehículo amparada en su condición de empresa y, por tanto, en una posición de igualdad con el vendedor»; y cuarto, por un –discutible, añadido– uso de la Directiva 1999/44 como criterio hermenéutico de la Ley 23/2003 (garantías en la venta de bienes de consumo) para excluir que las personas jurídicas puedan ser consumidoras en ningún caso.

<sup>108</sup> En relación con la LGDCU, DE LEÓN ARCE, «La protección...», cit., p. 139.

<sup>109</sup> STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso *Johan Gruber c. Bay Wa AG*. El supuesto de hecho estribaba en que un granjero austríaco había contratado con una empresa alemana una partida de tejas; el Sr. Gruber entendió no conforme con lo pactado el heterogéneo color de los materiales recibidos, destinados a tejar su granja, cuya extensión se usaba en un 60% para vivienda familiar. Comparte la solución del caso por el TJCE, pero no su fundamentación G. ROMERO GARCÍA-MORA («En torno al concepto de ‘consumidor’ en el Derecho comunitario. A propósito de la STJCE *Gruber vs. Bay Wa*», *Actualidad Civil*, nº 22, 2005, p. 2704-2721), para quien el argumento para la correcta restricción de la noción de consumidor que el tribunal defiende en relación con el art. 13 del Convenio de Bruselas debe encontrarse sólo en la seguridad jurídica, y no en la presunción de que cualquier empresario (incluidos los pequeños empresarios y los que actúan profesionalmente pero en ámbitos alejados de su actividad principal) está en pie de igualdad con otro empresario.

49. En definitiva, cabe concluir que no existe jurisprudencia consolidada al respecto. Cualquiera de las soluciones, extremas (a-b) o intermedias (c-d) cuenta con argumentos atendibles en su favor. En aras de la seguridad jurídica, *resulta imperioso que el legislador se pronuncie sobre este punto. Mientras tanto, parece preferible realizar una interpretación conforme del art. 3 TR-LGDCU con el Derecho comunitario, de manera que se siga manteniendo una interpretación restrictiva de la noción de consumidor* (STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*, §§ 16-17), y, en consecuencia, de acuerdo con la STJCE 20 enero 2005 (*Gruber*), *sólo debería recibir protección como consumidor si el uso profesional es marginal e insignificante*. El argumento de que esta última sentencia sólo se refiere al «Derecho procesal europeo» y no es extensible al Derecho sustantivo porque en aquél ámbito se requiere más seguridad jurídica y en éste debe primar la tutela imperativa de los consumidores<sup>110</sup> no resulta plenamente convincente<sup>111</sup>; además, no es la primera vez que el propio TJCE, en torno a la noción de consumidor<sup>112</sup>, cita sentencias atinentes al Derecho material en litigios sobre Derecho procesal (en la propia sentencia *Gruber*, § 36, se cita la sentencia *Benincasa*) y viceversa, por la convergencia de literales en los preceptos y en su interpretación. Por último, cabe señalar que la calidad con la que se actuó en el momento de contratar (bien como empresario con su específico régimen sustantivo, procesal, contable, tributario, etc. o bien como particular o consumidor, aunque emplease parcial y minoritariamente el bien en tareas profesionales, cfr. SAP Segovia 31 mayo 2003, SAP Madrid 15 abril 2004 y SAP Alicante 18 diciembre 2008) podría tener también cierta relevancia en el contexto de los actos mixtos de cara a la prueba del uso predominante o residual sobre la base del principio de buena fe en las relaciones contractuales y la doctrina de los actos propios.

## 2. Consumidor activo o pasivo: el problema del consumidor vendedor (C2B)

50. La definición del art. 3 TR-LGDCU no toma en consideración si el papel del consumidor es activo o pasivo en la relación de consumo, es decir, si toma la iniciativa a la hora de contratar o no. Este factor tiene relevancia en el ámbito de los contratos concluidos fuera de establecimiento mercantil (art. 107.1.b TR-LGDCU y art. 1.2 Directiva 85/577); también en normas de Derecho internacional privado (art. 67 TR-LGDCU; arts. 6 y 11.4 Reglamento 593/2008, Roma I; y arts. 15 y 16 Reglamento 44/2001, Bruselas I), donde cuentan factores de actividad o pasividad como la contratación en un país extranjero para el consumidor o la iniciativa de éste en relación con un empresario extranjero que no dirigió sus comunicaciones o publicidad hacia él<sup>113</sup>. Desde el punto de vista global del TR-LGDCU, la irrelevancia del papel activo o pasivo del consumidor en la noción general del art. 3 plantea el problema de si serán considerados como consumidores a quienes vendan (o «cedan» en términos generales o presten un servicio no profesional) a empresarios y no sólo a quienes, como viene siendo el paradigma habitual, adquieran o reciban bienes de un empresario.

51. La combinación de los arts. 2, 3 y 4 TR-LGDCU no da una solución expresa a la cuestión. Parece más fundado sostener que también merecerá protección como tal consumidor en estos casos. No en vano, sigue existiendo una relación entre un consumidor y un profesional, donde el fundamento de la desigualdad jurídica, negociadora y económica seguirá vigente, y no existe exclusión legal de este tipo de relaciones. Si se piensa en el supuesto de un consumidor que vende –no profesionalmente– un

<sup>110</sup> Defendido por EBERS, «¿Quién es consumidor», cit., pp. 237-238 –que es autor también de las notas que afirman lo mismo en ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 25, en SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 462 y en *DCFR-Full edition*, cit., I, p. 103–.

<sup>111</sup> También en contra, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, «Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the ‘Principles of the Existing EC Contract Law’», *The Modern Law Review*, nº 4, 2008, pp. 505-535, esp. pp. 514-515 (previamente en *Juristenzeitung*, 2007, pp. 1113-1126).

<sup>112</sup> *Supra*, apartado 1.2.

<sup>113</sup> Sobre ello, *in extenso*, y por todos, *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, «Comentarios al artículo 67 TR-LGDCU», en CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas...*, cit.; A.-L. CALVO CARAVACA, «Comentarios a los artículos 6 y 11.4 del Reglamento 593/2008/CE [Roma I]», en CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas...*, cit.; y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentarios a los artículos 15 a 17 del Reglamento 44/2001/CE [Bruselas I]», *ibidem*; *vid.* también AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos...*, cit., p. 115 y ss.

inmueble (o, en supuesto también frecuente, que permuta un solar por parte de un edificio futuro) o un bien mueble (por ejemplo, un coche usado, una antigüedad o una biblioteca) a un empresario, también existirá en la mayoría de los casos un contrato de adhesión predispuesto por ese empresario que merecerá tutela frente a cláusulas abusivas, o, si se contrató a distancia o fuera de establecimiento mercantil, puede entenderse que los mismos fundamentos que para la situación de empresario a consumidor pueden existir para que éste disponga del derecho de desistimiento, o permanecen incólumes los deberes de información de todo empresario en relaciones de consumo (art. 60 y concordantes TR-LGDCU, debidamente adaptados), etc. Obviamente, la calificación del vendedor como consumidor sólo puede servir para tutelar a esta persona en la relación jurídica, por lo que el empresario comprador no podrá beneficiarse de los derechos que el TR-LGDCU otorga sólo a los consumidores (v. gr., garantías en la venta de consumo y el literal del art. 114 TR-LGDCU, que comprende sólo al vendedor como empresario y al comprador como consumidor). El nuevo tenor de los arts. 2 y 3 TR permite la interpretación propuesta<sup>114</sup> siempre que el consumidor que vende, cede o suministra a un empresario no lo haga de forma reiterada, habitual y organizada, pues en tal caso cabría entender que no *actúa* al margen de una actividad empresarial o profesional<sup>115</sup>; la existencia de ánimo de lucro en esta venta tampoco debe ser un factor que impida calificarla como relación de consumo.

**52.** Desde el punto de vista comunitario del que los arts. 2 y 3 TR-LGDCU traen causa, aparentemente la cuestión no está cerrada. En la PDDC de 2008 la propuesta de definición del contrato de venta y del contrato de servicios (arts. 2.3 y 2.5) sí dejan claro que se trata de relaciones B2C (*business to consumer*), al indicar que es «todo contrato destinado a la venta de bienes del comerciante al consumidor» o aquél «por el que el comerciante presta un servicio al consumidor»; de forma similar, el DCFR<sup>116</sup>; en cambio, tanto la PDDC como el DCFR<sup>117</sup> parecen permitir que normas transversales como la relativa a cláusulas abusivas se apliquen también a los consumidores como vendedores o proveedores de bienes o servicios a empresarios. En otros países, como Austria, se contempla expresamente la protección de consumidor en las relaciones C2B.

### 3. Consumidor representado por un profesional (C2C)

**53.** Un supuesto complejo que el art. 2 TR-LGDCU no llega a esclarecer es el que tiene lugar cuando un particular pretende realizar un acto jurídico (v. gr., vender su vehículo o un inmueble) a otro particular pero valiéndose del asesoramiento y representación de un profesional (un taller, un revendedor profesional de coches usados, un abogado). ¿Puede calificarse la relación entre los dos particulares como una relación de consumo?

**54.** El art. 2 deja claro que las relaciones entre particulares (C2C) no quedan incluidas en el TR-LGDCU, pues «esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios», aunque pueda resultar dudoso el caso en que un consumidor actúe esporádicamente como suministrador de bienes y servicios (el llamado, en neologismo inglés reciente, «*prosumer*»); en este caso, parece más acertado entender que tampoco se aplicará la normativa de protección de los consumidores salvo que dicha persona realice esas actividades con cierta regularidad y cuente con una relativa organización empresarial<sup>118</sup>. Sin embargo, volviendo a la cuestión planteada, la interposición del profesional (empresario en el entendimiento del art. 4 TR) entre dos consumidores, ¿alterará esa calificación y hará entrar la protección especial del TR-LGDCU al existir una relación entre empresario (representante) y

<sup>114</sup> Así también ARNAU RAVENTÓS, «La noció...», cit., pp. 40-44.

<sup>115</sup> Cfr. ACQUIS GROUP, *Principles...*, cit., I, p. 26.

<sup>116</sup> Respecto a compraventas de consumo, art. IV.A-1:204; arrendamientos mobiliarios de consumo, IV.B.-1:102, etc., pero *vid.* art. IV.G-4:101 sobre el consumidor como garante personal.

<sup>117</sup> Art. 30 y Anexo III.1.j PDDC, derecho del consumidor a revender. Art. II.-9:403 DCFR en relación con 9:404 y 9:405 DCFR.

<sup>118</sup> *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 4 TR-LGDCU», cit.; solución similar (falta de protección como consumidor si la actividad es esporádica) parece sostener R. BERCOVITZ, «Comentarios al artículo 2 TR-LGDCU», cit., p. 85.

consumidor? El Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo de 8.2.2007 ya se planteó esta cuestión<sup>119</sup>.

55. Desde el punto de vista de los principios y del deber-ser pueden encontrarse argumentos tanto a favor como en contra. *En favor* de calificar esa relación como de consumo podría esgrimirse que quien recurre a tal mandatario o representante profesional se beneficiará de la experiencia empresarial de éste y la otra parte contratante (comprador) podría necesitar exactamente la misma protección que cualquier consumidor desde el punto de vista de la asimetría en la negociación, información y conocimiento jurídico; puede también cuestionarse por qué el contratante no representado por un profesional y actuando al margen de un ámbito empresarial habría de tener menos derechos, negociando y contratando igualmente con un empresario, aunque detrás de éste se esconda como auténtico vendedor un particular. *En contra* de la tutela de esas relaciones jurídicas por la legislación de protección de los consumidores se podrían aducir múltiples consideraciones: la posibilidad de crear efectos perversos, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, puesto que existe el riesgo de bloquear así mercados dinámicos entre particulares y, además, se podría llegar a tratar a un vendedor particular representado por un profesional como un auténtico empresario, sin que sea consciente de que el recurso a dicho profesional agrava su propia situación jurídica. Además, no resulta fácil trazar criterios diáfanos sobre cuándo la intervención del representante profesional desempeña un papel tan importante como para hacer entrar esta legislación especial, mejorando la protección de una parte pero empeorando claramente la otra –que incluso podría dar lugar a situaciones injusta de aplicar al vendedor no profesional las normas sobre garantías en las ventas de consumo–. Desde una perspectiva técnica, tampoco es sencillo diseñar la distribución de responsabilidades entre el representante profesional y el particular representado<sup>120</sup> ni parece que esa recalificación por efecto de la interposición personal coadyuve al asentamiento y clarificación de los conceptos de «consumidor» y «empresario»<sup>121</sup>.

56. En función del peso que se conceda a los argumentos expuestos, es posible encontrar soluciones diversas en el entorno comparado y comunitario. Una primera solución podría ser la propuesta en la PDDC de 2008, en la que decide abordar el problema planteado en el Libro Verde, definiendo al «intermediario» como «un comerciante que celebra el contrato en nombre del consumidor o por cuenta de este último» (art. 2.19) y estableciendo unos específicos requisitos de información para él en el sentido de indicar al consumidor contratante que actúa en nombre o por cuenta de otro consumidor y que el contrato celebrado no deberá ser considerado un contrato de consumo, sino un contrato entre dos consumidores que queda al margen de la Directiva; la sanción por incumplir ese deber es que el contrato se considerará celebrado en nombre propio. Una segunda solución sería considerar legalmente en todo caso esa relación como un contrato de consumo e imponer el régimen de responsabilidad contractual propio de los empresarios tanto al representante como al representado; con matices, es la solución que se recoge en el art. 1(2) de la Ley sueca de ventas de consumo<sup>122</sup>; el Código civil de los Países Bajos considera que se trata de una compraventa de consumo salvo que en el momento de contratar el comprador sepa que el mandante o principal no actúa en el ámbito de una profesión o empresa<sup>123</sup>. Una tercera solución sería no contemplar expresamente esta situación, en el entendido de que no debe tratarse como una relación de consumo, sino como un contrato entre particulares que no merece tutela específica; es la solución por la que parece haber optado el DCFR de 2009<sup>124</sup>.

<sup>119</sup> COM(2006) 744 final, cuestión 4.2, pp. 18-19.

<sup>120</sup> HERRE/HONDIUS/ALPA, *The notions...*, cit., p. 10.

<sup>121</sup> PICOD, «Réponse...», cit., p. 43

<sup>122</sup> Vid. HERRE/HONDIUS/ALPA, *The notions...*, cit., p. 10, n. 16, responsabilidad solidaria.

<sup>123</sup> Art. 7:5(2); vid. HONDIUS, «The notion...», cit., pp. 96-97.

<sup>124</sup> Los comentarios oficiales expresamente señalan (*DCFR-Full edition*, cit., I, p. 94) que el DCFR no decide si el consumidor merecerá también protección en la relación externa, como claramente la merece en la interna con el intermediario o profesional; asimismo, añaden, parecen existir buenas razones para dar una respuesta positiva, pues la otra parte se beneficiará de la experiencia profesional de su representante, pero una eventual extensión de esta protección «should not include person o person trading platforms, e.g. online market places, where the platform provider is not involved in the conclusion of contract». De manera que los comentaristas del DCFR se remiten a los criterios que, al respecto, hayan de fijar los tribunales.

57. Para llevar estas reflexiones al contexto creado, *lege lata*, por el TR-LGDCU conviene señalar las siguientes precisiones:

- a) No es lo mismo, en las categorías propias del Derecho español, el recurso a un «intermediario» en el sentido de la persona que pone en contacto a los contratantes para que concluyan entre sí y directamente el contrato –con o sin asesoramiento adicional a *ambas* partes en el marco de un contrato de mediación–, que la contratación por medio de un mandatario o representante profesional (no un agente comercial ni un comisionista, que, por definición actúan por cuenta de un empresario o comerciante). En el primer caso, en puridad, no se producirá la desigualdad de los particulares contratantes y, por ende, no podrá calificarse el contrato entre ellos como de consumo; ejemplo paradigmático es la mediación inmobiliaria. Cuestión distinta es que entre el vendedor particular y el mediador inmobiliario (o entre el comprador particular y éste, en su caso) sí pueda existir y exista una auténtica relación de consumo en cuanto a la prestación propia del contrato de intermediación<sup>125</sup>; es decir, que el cliente es consumidor respecto del servicio de mediación, pero no respecto del contrato de compraventa<sup>126</sup>. En el segundo caso, cuando un particular esté representado por un profesional es cuando cobran sentido las reflexiones sobre si la relación debe o no ser calificada como relación de consumo.
- b) En este caso, el que podría merecer la cualificación de «consumidor» *ex art. 3 TR-LGDCU*, cuando actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional es el comprador/cesionario particular, nunca el vendedor/cedente particular que, a la postre, contrata con otro particular.
- c) Podría resultar coherente con el tenor literal y la teleología del art. 2 TR-LGDCU trazar una distinción entre el consumidor que contrata con un empresario que actúa por cuenta de un particular (no empresario ni profesional), sin que el consumidor sea consciente de estar contratando a la postre con otro particular, y el consumidor que sabe que contrata con un representante o mandatario de alguien que no actúa en un ámbito profesional; en el primer caso sí podría ser acreedor de la protección prevista para los consumidores en el TR-LGDCU –con base en las categorías de la representación indirecta y el mandatario *proprio nomine ex art. 1717 CC*, al contratar en su propio nombre y sin explicitar la *contemplatio domini*; la doctrina de la buena fe en la contratación de los arts. 1258 y 7.1 CC; los actos propios y el abuso de derecho *ex art. 7.2 CC* y el literal del art. 2 TR-LGDCU–. En el segundo caso, la aplicación del TR-LGDCU quedaría descartada (*vid. SAP Alicante 27.2.2007*). Se trata, en cualquier caso, de una cuestión controvertida y compleja que merece la atención del legislador en una futura revisión de la Ley para evitar la actual inseguridad jurídica en este punto.

#### 4. Carga de la prueba de la condición de consumidor

58. El art. 3 TR-LGDCU no se pronuncia acerca de quién debe probar que el contratante cae o no dentro del concepto de consumidor. Ésta es precisamente una de las carencias que se han denunciado a nivel comunitario para una futura revisión del *acquis*<sup>127</sup>. La doctrina española ha prestado poca atención a este punto<sup>128</sup>. El TR-LGDCU se pronuncia –como las Directivas– en diversos pasajes acerca de a quién corresponde la carga de la prueba en aspectos concretos: al consumidor, en los arts. 77 y 139 (sobre desistimiento y daños causados por productos, respectivamente) y, en la mayoría de los casos, al empresario, en los arts. 69.2, 76, 80.1.b, 82.2, 100.2, 109, 111.1 y 140. La cuestión más general de quién debe probar que el litigante es un consumidor cobra evidente importancia no sólo por el principio pro-

<sup>125</sup> Cfr. art. 3.b Ley 10/2003 y arts. 231.1 a 231-5 del Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010).

<sup>126</sup> *Vid.* M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, «El carácter de consumidor de una empresa de mediación inmobiliaria. Posible carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato» (Informe de 2006), disponible en la web de CESCO, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2006/pdf/7.pdf>, pp. 1-2.

<sup>127</sup> SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, cit., p. 646.

<sup>128</sup> Sostiene A. BERCOVITZ («Comentarios al artículo 1 LGDCU», cit., p. 36; *Id.*, «El concepto...», cit., p. 35), con alusión al art. 51 CE, que la carga de la prueba debe corresponder al empresario que procuró los bienes o servicios.

cesal de que quien alega prueba, sino también porque es abusiva la cláusula que imponga al consumidor indebidamente la carga de la prueba (arts. 82.4.d y 88.2 TR-LGDCU, anexo de la Directiva 93/13/CE, apartado 1.q y anexo II, letra d de la PDDC de 2008).

**59.** En todos los preceptos citados donde se produce una asignación expresa del *onus probandi*, como no podía ser de otro modo, éste recae sobre quien debe probar el hecho positivo (generador de la protección o impeditivo de una reclamación). En este entendimiento, debe mantenerse que es el empresario quien, para evitar la aplicación de la especial tutela que dispensa la TR-LGDCU, habrá de probar el hecho positivo de que su contraparte actuó *dentro* del ámbito propio de una actividad empresarial o profesional, pues constituiría una difícil prueba de hecho negativo que el consumidor hubiese de demostrar que *no* actuó en ese contexto; podría probar que obró con fines de consumo privado, pero no que además no empleó el bien o servicio en el contexto de sus actividades profesionales. Cuestión distinta es que, en caso de regularse sobre este extremo, pudiera acaso exigirse un principio de prueba (en positivo) sobre los «fines privados» (EM del TR-LGDCU) de la relación de consumo –y resulta prudente, en el marco actual, que así se haga cuando el consumidor sea el demandante–. La posición del consumidor, como demandante o como demandado, en todo caso, modulará qué hechos (positivos) haya de probar para prosperar en su pretensión (arts. 217.2 y 217.3 LEC). Así, la jurisprudencia ha apreciado como cuestión capital que el empresario no probase que el empleo de los bienes o servicios por el adquirente fue para la actividad empresarial o profesional de éste en diversas sentencias<sup>129</sup>. En cuanto a elementos probatorios cuya alegación por los empresarios se ha considerado convincente para descartar que el otro litigante fuese un consumidor, cabe destacar el hecho de estar dado de alta el contratante en el Impuesto de Actividades Económicas<sup>130</sup> o la solicitud en la demanda por supuestos consumidores-demandantes de indemnización por lucro cesante en su actividad profesional<sup>131</sup>.

## VI. A modo de conclusión

**60.** Como se ha podido apreciar a la luz de las reflexiones críticas vertidas en este estudio, aún queda mucho por esclarecer en la escueta definición que emplean tanto las Directivas de protección de los consumidores, como la Propuesta de Directiva de Derechos de los consumidores, como el DCFR y el propio art. 4 TR-LGDCU. Aparte de la imprescindible tarea judicial en este ámbito, que precisa continuar su tarea en direcciones homogéneas, sin desdeñar, en el caso de España, el bagaje jurisprudencial ya existente, resulta oportuna una revisión legislativa, desde las instancias en cada caso competentes, para dilucidar aspectos controvertidos o, definitivamente, no abordados, como la cuestión de los «actos mixtos» o adquisiciones para doble uso, el problema de la delimitación de las personas jurídicas consumidoras, el eventual requisito de la «falta de ánimo de lucro» en la actuación del consumidor, la calificación de las relaciones jurídicas entre particulares que actúan a través de representantes profesionales o la cuestión de la carga de la prueba de la condición de consumidor, por citar sólo algunos de los analizados.

<sup>129</sup> SAP Córdoba 18 diciembre 2002, AAP Barcelona 19 enero 2009, AAP Barcelona 15 enero 2009; o, en la misma línea, se entendió aportada dicha prueba por el empresario en la SAP Cuenca 15 noviembre 2006. Cfr., con un planteamiento inverso pero justificado por las claras circunstancias de empleo del bien para la actividad profesional de la supuesta consumidora, la AAP Barcelona 15 enero 2009, al amparo del art. 217.3 LEC.

<sup>130</sup> SAP Madrid 5 marzo 2004, SAP Madrid 15 abril 2004 y SAP Girona 23 octubre 2006.

<sup>131</sup> SAP Málaga 17 febrero 2005, SAP Jaén 15 abril 2005 y SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005, en las que, respectivamente, se pedía lucro cesante en relación con un taxi, maquinaria y un tractor durante su reparación.