

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL ACERVO
COMUNITARIO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TJUE*

*THE CONCEPT OF CONSUMER IN THE ACQUIS
COMMUNAUTAIRE CONSIDERING THE CASE LAW OF THE CJEU*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 870-909

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Excelencia PROMETEO/2018/088 "El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado", financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana.

Raquel
EVANGELIO
LLORCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Aunque no existe un concepto único legal de consumidor, sino que cada norma puede establecer uno distinto, en la práctica, hay coincidencia en las definiciones legales recogidas en el acervo comunitario. Pues bien, en este trabajo se analizan los elementos que definen ese concepto legal "general" de consumidor a efectos del Derecho de la UE a través de la interpretación que el TJUE viene realizando en sus sentencias. Asimismo, se exponen críticamente los criterios que permiten determinar cuándo cabe atribuir a una persona la condición de consumidor en los denominados contratos mixtos, de doble finalidad o de doble uso, y se aborda el concepto y características del llamado prosumidor. Finalmente, con base en todo lo anterior, se reflexiona sobre el fundamento actual de la protección del consumidor en el ordenamiento jurídico comunitario.

PALABRAS CLAVE: Concepto de consumidor; prosumidor; contratos mixtos; acervo comunitario; jurisprudencia del TJUE.

ABSTRACT: *Although there is no single legal concept of consumer, and each regulation can establish a different one, in practice, there is a coincidence in the legal definitions contained in the EU consumer acquis. This paper analyses the elements that define this "general" legal notion of consumer for the purposes of EU law through the interpretation that the CJEU has been making in its rulings. It also critically examines the criteria for determining when a person can be attributed the consumer status in so-called mixed, dual-purpose, or dual-use contracts, and addresses the concept and characteristics of the so-called prosumer. Finally, based on the above, it reflects on the current basis of consumer protection in the EU consumer law.*

KEY WORDS: *Concept of consumer; prosumer; mixed contracts; acquis Communautaire; case law of the CJEU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.- I. La condición de persona física.- 2. La actuación al margen de una actividad comercial, empresarial o profesional.- A) Interpretación restrictiva y objetiva.- B) Especial referencia al ánimo de lucro y la cuantía del contrato.- C) Incidencia de la habitualidad y el carácter de la actividad.- III. LOS CONTRATOS MIXTOS, DE DOBLE FINALIDAD O DE DOBLE USO.- IV. LOS PROSUMIDORES.- V. A MODO DE RECAPITULACIÓN: ¿CUÁL ES HOY EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO?

I. INTRODUCCIÓN.

El concepto de consumidor —junto con el de empresario— es la piedra angular del Derecho de Consumo. Sin consumidor no hay relación de consumo ni, por tanto, justificación para la aplicación de la normativa específica de protección del consumidor como parte considerada más débil frente al empresario¹.

De ahí que el TJUE exija la previa comprobación, por parte del juez nacional, de la condición de consumidor de una de las partes enfrentadas al efecto de establecer la norma jurídica aplicable, ya sea a instancia de parte o incluso de oficio cuando el interesado no haya alegado expresamente su cualidad de consumidor².

A este respecto, es preciso recordar que no existe en la normativa comunitaria una noción general legal de consumidor, sino que esta categoría presenta diferentes significados dependiendo de la finalidad concreta de la disposición en la que es utilizada³. Se trata, en efecto, de un concepto versátil, que puede variar de una norma a otra⁴.

- 1 Así lo destaca también FLORENSA I TOMÁS, C. E.: “La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE”, en AA. VV.: *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (dir. por M. GRAMUNT FOMBUENA y C. E. FLORENSA I TOMÁS), Dykinson, Madrid, 2017, p. 65, para quien la noción de consumidor es un “supra” o “protoconcepto”, en la medida en que su existencia funciona a modo de previa exigencia dogmática tanto respecto de la calificación de la relación jurídica como de “relación de consumo”, cuanto de la aplicación de sus estándares.
- 2 En este sentido, la STJUE 4 junio 2015, C497/13, Froukje Faber, apdo. 46: “El principio de efectividad [...] exige que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva (se refiere a la Directiva 1999/44/CE) tenga la obligación, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor, aunque éste no la haya alegado expresamente”, así como la STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, apdo. 22.
- 3 Tampoco es el de consumidor el único concepto usado en normas de consumo. Así, la Directiva 85/374 de responsabilidad por daños por productos defectuosos utiliza el término “perjudicado”; el Reglamento (UE) 261/2004, 11 febrero, sobre overbooking en el transporte aéreo, se refiere al “pasajero”; y la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, alude al “viajero”. La directiva 90/314 de viajes combinados usaba el término “consumidor”, pero se apartaba del concepto estándar en la UE. El cambio a “viajeros” se produce, precisamente, “para evitar la confusión con la definición del término “consumidor” utilizado en otros actos legislativos de la Unión” (Cdo. 7 Directiva 2015).
- 4 En este sentido, ARROYO APARICIO, A.: “Noción de consumidor para el Derecho Europeo (Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores)”, *Revista Electrónica*

• Raquel Evangelio Llorca

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: r.evangelio@ua.es

En relación con ello, el TJUE, en sus sentencias relativas al concepto de consumidor respecto de los sucesivos Reglamentos (UE) para la determinación de la competencia judicial, afirma que, a efectos de estas normas, la noción de consumidor debe interpretarse de forma autónoma para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, haciendo referencia, principalmente, al sistema y a los objetivos de dicho Convenio, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de este en todos los Estados contratantes⁵. No obstante, en varios de esos fallos, se señala también que, para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión en el sector de los contratos celebrados por los consumidores y la coherencia del Derecho de la Unión, en dicha interpretación se puede tener en cuenta —y de hecho así se hace—, la jurisprudencia sobre el concepto de consumidor en el Derecho derivado europeo de protección a los consumidores⁶.

En todo caso, lo cierto es que las diferentes definiciones legales recogidas en las normas comunitarias son equivalentes, puesto que, con ligeras variaciones en la redacción, en todas ellas se considera como “consumidor”, a sus respectivos efectos, a una persona física que actúa con un propósito o fin ajeno a su actividad profesional, comercial o empresarial⁷. Por tanto, en la práctica cabe hablar de una noción legal uniforme de “consumidor” en el ámbito del Derecho de la UE.

de *Direito*, febrero 2018, núm. 1 (vol. 15), p. 11, afirma que la versatilidad es una de las características principales de la noción de “consumidor” en el Derecho europeo.

- 5 STJCE (Sala Segunda) 20 enero 2005, C-464/01, Gruber, en relación con el Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil; STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 28, en cuanto al Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, apdo. 86 y jurisprudencia citada, respecto del Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis).
- 6 SSTJUE de: 5 diciembre 2013, C 508/12, Vapenik, apdo. 25; 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 28; y 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević.
- 7 Así, art. 2.b) Directiva 93/13/CEE, cláusulas abusivas: “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”; art. 2.2 Directiva 97/7/CE, contratos a distancia (hoy derogada por la Directiva 2011): “toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”; art. 1.2.a) Directiva 1999/44/CE, venta y garantías de bienes de consumo: “toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”; art. 2.e) Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico: “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”; art. 2.d) Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”; art. 3.a) Directiva 2008/48/CE (al que se remite el art. 4.1 Dir. 2014/17/CE, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles): “persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”; art. 2.1.f) Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: “toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”; art. 2.1 Directiva 2011/83/UE: “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”; art. 4.1.a) Directiva 2013/11 sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos [al que se remite el art. 4.1 a) Reglamento 524/2013]: “toda persona física que actúe con fines

Ahora bien, en el caso concreto no siempre es fácil determinar cuándo estamos ante un consumidor o no, ya que el requisito de actuar con un fin ajeno a una actividad profesional, comercial o empresarial necesita una concreción de su alcance y significado, que el TJUE realiza en cada una de sus sentencias, como se verá a lo largo de este trabajo.

El desarrollo de la contratación electrónica, y, dentro de esta, de la contratación intermediada por plataformas digitales, no ha hecho más que complicar la cuestión. Desde un punto de vista legal, el aspecto clave de las plataformas es la estructura triangular que crea, basada en relación entre: 1) la plataforma y el proveedor; 2) la plataforma y el receptor; y 3) el proveedor y el receptor⁸. En esta estructura, pueden establecerse relaciones entre empresarios (*business-to-business* o B2B); entre empresarios y consumidores, siendo el empresario el proveedor (*business-to-consumer* o B2C) o incluso al revés (*consumer-to-business* o C2B); y, finalmente, entre pares o particulares (*peer-to-peer* o P2P)⁹.

En efecto, el proveedor del servicio de plataforma es un prestador de servicios de la sociedad de la información, que actúa siempre, por tanto, como empresario. En este sentido, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales¹⁰ (en adelante, RSD) regula, entre otros servicios de intermediación, los

ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión”; arts. 2.6 Dir. 2019/770 y art. 2.2 Dir. 2019/771: “toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”; art. 3.1) Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: “toda persona física que actúe con fines ajenos a su propia actividad comercial, negocio, oficio o profesión”; art. 3.c) Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales: “toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión”.

- 8 WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A.: “Online platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?”, European Parliament, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf)
- 9 CUENA CASAS, M.: “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, núm. 2, p. 297. En el mismo sentido, JACQUEMIN, H.: “Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blockchain model?”, *IDP - Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, February 2019, p. 46, quien, sin embargo, se refiere al último caso señalado como *consumer-to-consumer* (C2C), coincidiendo con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, donde se señala que las relaciones entre pares, esto es, entre personas que actúan ambas al margen de una actividad profesional, se consideran transacciones entre consumidores, si bien quedan excluidas del ámbito de aplicación de la legislación especial de protección de los consumidores, que solamente se aplica a las que se establecen entre empresarios y consumidores. Sin embargo, en mi opinión, el concepto de consumidor solamente tiene sentido a los efectos de la aplicación de normativa especial de consumo y, por tanto, esa condición debe reservarse para quien actúa al margen de una actividad profesional frente a un empresario. En el mismo sentido, GRAMUNT FOMBUENA, M.: “Contratación de consumo mediante plataformas digitales”, en AA. VV.: *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (dir. por G. GARCÍA GONZÁLEZ y M. R. REDINHA), Dykinson, Madrid, 2019, p. 193, afirma que si la relación se establece entre particulares no profesionales no es correcto referirse a dos consumidores, porque este concepto no se define por sí mismo, sino por oposición a la contraparte contractual cuando esta es un empresario.
- 10 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Esta norma está destinada a establecer un conjunto de normas uniformes, eficaces y proporcionadas de obligado cumplimiento en el ámbito de la Unión para regular la prestación de servicios intermediarios en

servicios de alojamiento de datos, y, como un subtipo de estos, las plataformas en línea, definidas como servicios de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacenan y difunden información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento [art. 3.i) RSD].

Por su parte, el Reglamento (UE) 2022/1925 de Mercados Digitales¹¹ (en adelante, RMD), se refiere a los “servicios básicos de plataforma”, respecto de los que no ofrece una definición sino una enumeración. Así, en el art. 2.2. se dispone que son servicios básicos de plataforma cualquiera de los siguientes elementos: a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda en línea; c) servicios de redes sociales en línea; d) servicios de plataforma de intercambio de vídeos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en nube; j) servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados en las letras a) a i)¹².

Por su parte, los usuarios de la plataforma, tal y como los denomina el RMD —a diferencia del RSD, que se refiere a ellos como los “destinatarios de una plataforma en línea”¹³—, pueden actuar como profesionales o al margen de una actividad profesional. A este respecto, el RMD distingue entre el “usuario final”, que es “toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional” (art. 2.20) y el “usuario profesional”, definido como “toda persona física o jurídica que, a título comercial o profesional,

el mercado interior, a fin de que las empresas tengan acceso a nuevos mercados y puedan aprovechar las ventajas del mercado interior, al tiempo que se permite a los consumidores y otros destinatarios de los servicios disfrutar de una mayor oferta, asegurando, entre otras cosas, la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores (Cdos. 2-4).

- 11 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).
- 12 El RMD tiene como objetivo establecer obligaciones específicas a los que denomina “guardianes de acceso”, que básicamente son las grandes plataformas digitales, esto es, servicios básicos de plataforma que: a) tienen una gran influencia en el mercado interior; b) prestan un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y c) tienen una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo (arts. 2 y 3).
- 13 El art. 3.b) RSD define al destinatario del servicio como “toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermediario, en particular para buscar información o para hacerla accesible”.
3.p) RSD define al destinatario activo de una plataforma en línea como “un destinatario del servicio que haya utilizado una plataforma en línea, bien solicitando a la plataforma que aloje información, bien exponiéndose a la información alojada en la plataforma en línea y difundida a través de su interfaz en línea”.

utilice servicios básicos de plataforma para suministrar productos o prestar servicios a los usuarios finales o utilice dichos servicios en el marco del suministro de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales” (art. 2.21). En esta norma no hay definición de “consumidor”, sino que este queda comprendido en la figura del usuario final, que comprende también, como se ha dicho, a las personas jurídicas que actúen al margen de una actividad empresarial. Por el contrario, el RSD sí define la noción de consumidor a los efectos de dicha norma, en la línea ya consolidada de la UE.

Así pues, el contrato de intermediación entre la plataforma y sus usuarios solamente puede ser B2C o B2B. En cambio, el contrato celebrado entre los usuarios de la plataforma a través de la intermediación de esta, puede encajar en todos los tipos antes señalados. De ellos, los que plantean más dificultades, en cuanto a la determinación del estatus de los sujetos, son los contratos en los que una persona física actúa como proveedor, pero al margen de una actividad profesional o empresarial; esto es, el denominado “prosumidor”.

A partir de estas premisas, en las páginas que siguen se analizarán los requisitos del concepto de “consumidor” en el actual acervo comunitario en materia de consumo, con apoyo en la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión. A continuación, nos centraremos en la determinación de la cualidad de consumidor en los denominados contratos mixtos, de doble objeto o de doble uso, para finalizar con una referencia a la calificación del prosumidor en una relación contractual.

II. ELEMENTOS DEFINITORIOS DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

De las definiciones legales recogidas en el acervo comunitario de consumo se desprende que la cualidad de consumidor exige dos requisitos: ser persona física y actuar con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Antes de analizar dichos elementos con detalle, interesa precisar que, en el ámbito de la UE, se utiliza la denominación única de “consumidor” para comprender tanto al consumidor en sentido estricto como al “usuario”, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, en el que tradicionalmente se han usado las expresiones “consumidor y usuario” o “consumidor o usuario”¹⁴, si bien entendiendo los términos de “consumidor” y de “usuario” como sinónimos. En una de las últimas reformas del TRLGDCU, operada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, se modificó el art. 3 para incluir

¹⁴ En este sentido, el art. 3 TRLGDCU, que bajo el título de “Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable”, comienza disponiendo que “[a]fectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios...”.

la definición de “persona consumidora vulnerable” en el concepto general de consumidor y usuario¹⁵. Aparte del detalle relativo al lenguaje inclusivo, interesa señalar que se prescinde de la referencia al usuario, pero exclusivamente para el caso concreto de los consumidores vulnerables.

I. La condición de persona física.

Es una constante en la legislación de la UE que solamente las personas físicas pueden ser consumidores y, por tanto, beneficiarse de la protección específica prevista para estos. Ahora bien, esa circunstancia puede ser distinta en los Estados miembros.

En efecto, por un lado el TJUE ha afirmado, en relación con la Directiva 93/13, que si bien una comunidad de propietarios de un edificio no puede considerarse como consumidor a los efectos de la aplicación de la citada norma, en la medida en que no cumple el requisito de ser persona física requerido por aquella, cabe que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan aplicar disposiciones de dicha norma a sujetos no incluidos en su ámbito de aplicación, siempre que esa interpretación garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados (STJUE 2 abril 2020, C-329/19, Condominio di Milano, apdos. 29 y 37)¹⁶.

Por otro lado, en las directivas más recientes se otorga libertad a los EEMM para que puedan extender la aplicación de lo dispuesto en ellas a las personas jurídicas o físicas que no sean “consumidores” en el sentido de dichas normas, como ONGs, empresas emergentes o pequeñas y medianas empresas (Cdo 13 Dir. 2011/83, Cdo. 16 Dir. 2019/770 y Cdo. 21 Dir. 2019/771).

Esa libertad otorgada a los Estados miembros puede utilizarse de tres modos:
1) mediante la extensión del concepto de consumidor, incluyendo en él a esos

15 Así, el nuevo párrafo tercero del art. 3 TRLGDCU dispone que “a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”. Ver, con carácter general, respecto de este nuevo tipo de consumidor, MARÍN LÓPEZ, M. J.: “El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 37, 2021, pp. 111-120; BARCELÓ COMPTE, R.: “El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 626-653; REYES LÓPEZ, M. J.: “La evolución del concepto de consumidor”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3230-3257.

16 Esta resolución se refiere al enfrentamiento entre la comunidad de propietarios de un edificio de Milán y la empresa Eurothermo a propósito de una determinada cláusula del contrato de suministro de energía térmica celebrado entre ellas que, en opinión de la comunidad de propietarios, era abusiva. Siendo claro el carácter abusivo de la cláusula, las dudas se planteaban acerca de la posibilidad de considerar que la comunidad de propietarios de un bien inmueble esté comprendida en la categoría de consumidores en el sentido de la Directiva 93/13.

otros sujetos que menciona; 2) a través de la aplicación general del régimen legal, con independencia de la naturaleza del receptor de bienes o del contenido o servicios digitales; o 3) extendiendo la protección a otras categorías de personas, como las pequeñas y medianas empresas, sin considerarlas consumidores¹⁷. Aunque el resultado práctico podría ser el mismo, creo que la segunda y la tercera opción son de mayor acierto técnico¹⁸. El legislador español, sin embargo, optó por la primera opción hace ya algunos años. Así, quitando supuestos excepcionales en los que se considera que solo las personas físicas pueden ser consumidores¹⁹, a efectos del TRGLDCU pueden ser consumidores o usuarios, salvo en el caso de las personas consumidoras vulnerables, tanto las personas físicas como las jurídicas y los entes sin personalidad jurídica. Ahora bien, en el caso de las personas jurídicas y los entes sin personalidad jurídica se exige un requisito adicional al de actuar en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial: que esa actuación sea sin ánimo de lucro.

En cualquier caso, con una perspectiva transfronteriza, la extensión en la legislación nacional de la protección específica de los consumidores o usuarios a otras personas o entidades prevista en una determinada directiva puede producir ciertas incoherencias, ya que esas personas o entidades no podrán beneficiarse de una protección similar a la de los consumidores en lo relativo a la aplicación de otros instrumentos de la Unión en el marco de los cuales los Estados no gozan de libertad para extender la normativa de protección relativa a contratos de consumo a quienes no son consumidores en el sentido del respectivo instrumento de la Unión²⁰; sería el caso, por ejemplo, del régimen de protección en materia de contratos de consumo de los artículos 17 a 19 del Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia mercantil (Reglamento Bruselas I bis)²¹ o del artículo 6 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)²².

17 MORAIS CARVALHO, J.: "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services - Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *Journal of European Consumer and Market Law* Volume 8, Issue 5 (2019) pp. 198; ZDRAVEVA, N.: "Digital Content Contracts and Consumer Protection: Status Quo and Ways Further", 5 ECLIC 398 (2021), p. 405.

18 Coincido en este punto con CÁMARA LAPUENTE, S.: "El concepto legal de "consumidor" en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, núm. 1, p. 98.

19 Como la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores o la Ley 16/2001, de 25 de junio, sobre contratos de crédito al consumo.

20 Así lo afirma, con buen criterio, DE MIGUEL ASENSIO, P.: "Acerca del concepto de consumidor en el Derecho de la UE", 2 de abril de 2020, disponible en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/04/acerca-del-concepto-de-consumidor-en-el.html>

21 ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

22 ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>

2. La actuación al margen de una actividad comercial, empresarial o profesional.

Además de ser persona física, el consumidor, para serlo a los efectos de la normativa de la UE, ha de actuar con un fin o propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión²³.

El alcance de este requisito ha sido progresivamente concretado por el TJUE en un buen número de sentencias, en las que, como se verá en las páginas que siguen, se adopta una interpretación funcional, en el sentido de adaptar el concepto de consumidor, dentro de los límites de los que dispone, al objetivo perseguido por la norma cuya aplicación se debate²⁴. De este modo, se da un hecho curioso: la uniformidad que *de facto* se produce en las definiciones legales de “consumidor” en el Derecho de la UE —porque, a pesar de que cada norma podría recoger un concepto diferente, todas coinciden en sus respectivas definiciones, como ya señalé— es matizada por el Tribunal de Luxemburgo, con base en que hay que atender al objetivo perseguido por cada texto legal.

A) Interpretación restrictiva y objetiva.

La primera precisión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia es que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva y objetiva, en el sentido de que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, “hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras” (SSTJUE de: 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 29, 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, apdo. 87, 3 octubre 2019, Petruchová, apdo. 41, 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, apdo. 47, y 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B. B. B., apdo. 29; y en términos parecidos, STJCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa, apdo. 15, y STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, apdo. 20).

Por consiguiente, el de consumidor no es un *status* permanente, sino una condición que puede tener el sujeto en función de cómo actúe en un contrato

23 Idéntica fórmula utiliza el art. 3 TRLGDCU respecto del consumidor persona física, desde su modificación en virtud de la Ley 3/2014 de transposición de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, precisamente para acomodar el concepto de consumidor persona física al de la legislación comunitaria. Antes de ese momento, en cambio, lo que se exigía era actuar al margen de “una” actividad empresarial, expresión esta que se mantuvo tras la reforma en relación con las personas jurídicas y las entonces incorporadas entidades sin personalidad jurídica (como las comunidades de propietarios, por ejemplo); respecto de ambas, se requiere que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a “una” actividad comercial o empresarial, lo cual es más exacto, en mi opinión, coincidente en este punto con la de CAMARA LAPUENTE, S.: “El concepto legal”, cit., p. 103.

24 Ver, al respecto, TOADER, C.: “European Contract Law in the Court of Justice of the European Union Jurisprudence”, *Revista Română de Drept European*, 2019(2), pp. 24-35.

determinado, con independencia de que tenga una actividad profesional o empresarial al margen.

De la misma manera, el TJUE sostiene que la consideración de consumidor es independiente de factores subjetivos tales como los conocimientos o la capacitación que la persona que actúa al margen de una actividad profesional pueda poseer. En relación con esto último, es preciso mencionar la STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea. El litigio principal que dio lugar a esta sentencia se originó por un contrato de crédito firmado entre el Sr. Costea, abogado de profesión, y la entidad bancaria Volksbank, en el que no se especificó el destino del dinero prestado y la devolución de este se garantizó mediante una hipoteca constituida por el abogado en su condición de representante de su bufete, al cual pertenecía el bien hipotecado. En un momento dado, el Sr. Costea interpuso demanda en la que solicitaba la declaración del carácter abusivo y la consiguiente anulación de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo, así como la devolución de la cantidad pagada al banco en virtud de dicha cláusula. Pues bien, el tribunal nacional tenía dudas en cuanto a si, en tales circunstancias, el Sr. Costea podía considerarse como consumidor a los efectos de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas, por lo que elevó cuestión prejudicial al TJUE. Este afirmó, en lo que ahora interesa, que el concepto de consumidor, a los efectos de la citada directiva, “tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga” (apdo. 21)²⁵; de manera que un abogado puede calificarse como consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional (apdo. 25), ya que, en tal caso, “aunque se considere que un abogado dispone de altas competencias técnicas [...] ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil” (apdo. 27), dado que “la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor. Lo que realmente importa, por tanto, es que la persona actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional²⁶, con independencia de que, en virtud de dicha actividad, disponga de un alto nivel

25 En el mismo sentido, STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, apdo. 39.

26 Cuando, por el contrario, actúa como profesional, la situación cambia por completo. En esta línea, la STJUE 15 enero 2015, C-537/13, Šiba, tuvo en cuenta el alto nivel de competencias de los abogados para determinar la existencia de una desigualdad entre ellos y sus clientes-consumidores en los contratos de servicios jurídicos, debido a la asimetría de la información de la que disponen las partes. Con base en ello, se afirmó que “un abogado que, como en el litigio principal, presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados es un profesional, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13”; por consiguiente, el contrato para la prestación de ese servicio está sujeto al régimen de dicha directiva, que se aplicará cuando dicho contrato incorpore cláusulas no negociadas individualmente.

de competencias técnicas, como es el caso de un abogado, un informático, un mecánico, un peluquero o cualquier otro profesional especializado”²⁷.

A estos efectos, es indiferente si se actúa en atención a una actividad empresarial actual o futura, ya que “[l]a protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional” (apdo. 17 SJTCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa)²⁸. Con base en ello, el Tribunal de Justicia entendió que no podía considerarse consumidor, a efectos del párrafo primero del artículo 13 y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁹, a quien celebra con un empresario un contrato de franquicia para la futura apertura de un establecimiento comercial propio. En el mismo sentido, y con cita de la mencionada sentencia, la STJUE de 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, respecto de un contrato de crédito con un banco a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble para prestar servicios de alojamiento turístico. El hecho de que tales servicios aún no se estuvieran prestando, sino que estuvieran previstos para un momento posterior, no afectaba en nada a su naturaleza profesional³⁰.

Por otro lado, en la STJUE de 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, el TJUE precisó que, en los contratos de tracto sucesivo, el uso no profesional debe mantenerse durante toda la vigencia del negocio. El Sr. Schrems, de nacionalidad austríaca, es usuario de Facebook, donde tiene una cuenta que utiliza bajo nombre ficticio para actividades privadas (intercambio de fotos, chateo, publicación de aportaciones) y una página, registrada a su nombre, donde informa a los internautas sobre sus acciones contra Facebook Ireland, sus conferencias y sus participaciones en debates públicos, solicita donaciones y hace publicidad de sus libros. En su contienda contra la mencionada red social, el Sr. Schrems demandó a Facebook Ireland, en nombre propio y en representación de otras personas, ante los tribunales austríacos por infracción de la normativa sobre protección de datos.

27 De igual manera, pero en sentido contrario, la falta de experiencia de quien concluyó un contrato de franquicia para iniciar un negocio futuro no tuvo incidencia, en la SJTCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa, para calificarle como empresario y no como consumidor.

28 Para CÁMARA LAPUENTE, S.: “El concepto legal”, cit., p. 101, esta solución parece razonable a falta de pronunciamiento legislativo en contra. Ahora bien, en su opinión, seguramente debería enjuiciarse con otra perspectiva 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.

29 Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada), DOCE C-27/1 de 26.1.98, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:027:0001:0033:ES:PDF>

30 PAREDES PÉREZ, J. I.: “La noción de consumidor a efectos de aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: Petruchová”, *La Ley Unión Europea*, núm. 75, noviembre 2019, nota 31.

Una de las cuestiones debatidas fue la de la competencia judicial: mientras que el Sr. Schrems entendía que el tribunal austríaco era internacionalmente competente por ser el fuero del consumidor de acuerdo con el Reglamento Bruselas ³¹ (hoy derogado), la demandada lo negaba. Así las cosas, se preguntó al TJUE si el usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de consumidor en el sentido del art. 15 del citado Reglamento cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales.

Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo precisó que "procede tener en cuenta, en el caso de servicios de una red social digital que van a ser usados durante un largo periodo de tiempo, la evolución posterior del uso que se hace de dichos servicios"; de modo que "un demandante usuario de tales servicios sólo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional" (apdos. 37 y 38).

Por otro lado, dado que lo relevante es la actuación de la persona durante la vigencia de un determinado contrato, si durante ese tiempo, una de las partes ha actuado al margen de una actividad empresarial, la extinción del contrato no provoca que deje de ser considerada como consumidor a los efectos de invocar la aplicación de la normativa protectora. Así lo ha afirmado el TJUE en la sentencia de 9 julio 2020, asuntos acumulados C-698 y C-699/18, Raiffeisen Bank y BRD Group Société Générale, respecto de sendos contratos de préstamo personal que contenían ciertas cláusulas cuya nulidad fue solicitada por los respectivos prestatarios por considerarlas abusivas, una vez pagadas íntegramente las deudas. En efecto, el TJUE no consideró procedente la excepción de falta de legitimación pasiva de los prestatarios demandantes opuesta por los bancos demandados con base en que, en la fecha de presentación de las demandas, los interesados ya no tenían la condición de consumidor porque, para entonces, los contratos de préstamo se habían extinguido a causa de su cumplimiento íntegro. Al decir de la sentencia, la definición de consumidor del art. 2, letra b), de la Directiva 93/13, "no incluye elemento alguno que permita determinar en qué momento un contratante deja de ser consumidor en el sentido de esta y deja, por tanto, de poder invocar la protección que le confiere esa Directiva" (apdo. 71); de lo que se desprende que "el hecho de que un contrato se haya cumplido íntegramente no excluye que una de las partes del contrato pueda ser considerada consumidor a efectos de tal disposición" (apdo. 74)³².

31 Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 12 de 16.I.2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001R0044>

32 Ver, al respecto, LUESCU, M. G.: "Recent clarifications by the European Court of Justice on the meaning of the notion of consumer", *Law Annals from Titu Maiorescu University 2021*: 25-34, concretamente, pp. 28 y 29.

El principio de interpretación restrictiva y objetiva se aplica también en los casos de contratos principales y accesorios, en el sentido de que deben tratarse por separado a los efectos de la determinación de la cualidad de consumidor. Pero no siempre ha sido así. En efecto, en la STJCE de 17 marzo 1998, C-45/96, Dietzinger, se declaró que la persona física que, al margen de su actividad profesional, celebra un contrato de fianza fuera de establecimiento mercantil con una entidad bancaria, para garantizar una deuda ajena, puede obtener la protección de la Directiva 85/577 solamente cuando esta deuda se haya contraído también al margen de su actividad profesional.

Con posterioridad, sin embargo, se sustituye este criterio de la accesoriedad por el de la vinculación funcional³³. Así ocurrió en la STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, Feichter, sobre la interpretación del derogado Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La sociedad Feichter celebró un contrato de crédito en cuenta corriente con Česká spořitelna y para garantizar las obligaciones derivadas de dicho contrato, emitió un pagaré en blanco, firmado a favor de Česká spořitelna por el Sr. Feichter, el gerente de la deudora, en nombre de ella y también como persona física en calidad de avalista. El pagaré no fue atendido a su vencimiento, por lo que Česká spořitelna interpuso una demanda ante el Tribunal Municipal de Praga. Frente a ello, el Sr. Feichter alegó que, dado que residía en Austria, dicho tribunal no era competente para conocer del asunto, ya que debían aplicársele las normas de competencia específicas para los consumidores previstas en el citado Reglamento. Así, la primera cuestión que se planteó al TJUE fue si el Sr. Feichter era consumidor a los efectos de los arts. 15 y 16 Reglamento. La respuesta del tribunal fue que “aunque la obligación del avalista tenga un carácter abstracto y, en consecuencia, sea independiente de la obligación del emisor de la que es garante, lo cierto es que el aval de una persona física otorgado en el marco de un pagaré emitido para garantizar las obligaciones de una sociedad mercantil no puede considerarse otorgado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional si esa persona física tiene estrechos vínculos con dicha sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella” (apdo. 37).

Un supuesto parecido se dio en dos autos posteriores, el de 11 noviembre 2015, C-74/15, Tarcău y el de 14 septiembre 2016, C-534/15, Dumitras, con la diferencia de que en estos casos no había coincidencia entre las partes intervinientes en ambos negocios. El origen del primero de esos fallos fue un contrato de crédito celebrado entre la entidad bancaria Sanpaolo y la sociedad mercantil Crisco, representada por el Sr. Cristian Tarcău, como socio único y gerente. Un año más tarde, los padres del citado Sr. Tarcău, firmaron, a petición de este, un apéndice al mencionado contrato de crédito en el que, a fin de ampliar la línea de crédito, se

³³ FLORENSA I TOMAS, C. E.: “La delimitación”, cit., p. 82.

añadían dos nuevas garantías prestadas por aquellos (concretamente, una hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad y una fianza). Con posterioridad, el matrimonio solicitó la anulación del apéndice o, subsidiariamente, de algunas de sus cláusulas por ser abusivas. Pues bien, siguiendo el mismo criterio que en el caso Feichter, el TJUE afirmó que una persona física que se constituya como garante puede considerarse consumidor en un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad (como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social) (apdos. 29 y 30)³⁴.

Del mismo modo, en el segundo fallo mencionado, el Sr. Dumitraş, administrador y socio único de SC Lanca SRL, y su esposa, celebraron un contrato de garantía hipotecaria frente a BRD Groupe Société Générale con el fin de garantizar las obligaciones derivadas de tres contratos de préstamo que Lanca celebró con BRD Groupe Société Générale. Algún tiempo después, en 2009, BRD Groupe Société Générale, en calidad de prestamista, SC Lanca Construc ii SRL, en calidad de prestatario, y Lanca, en calidad de codeudor, celebraron tres contratos de crédito relativos a la refinanciación y reprogramación de los tres contratos de préstamo celebrados anteriormente entre BRD Groupe Société Générale y Lanca, que Lanca asumió por delegación de deuda. Como consecuencia de la novación, los Sres. Dumitraş actuaron como garantes hipotecarios de las obligaciones de los segundos tres contratos y, a tal efecto, firmaron en su propio nombre, como garantes hipotecarios, los tres contratos de crédito. En un determinado momento, los avalistas interpusieron una demanda contra el prestamista solicitando que se declarasen abusivas y, por tanto, nulas, determinadas cláusulas de los contratos de crédito celebrados en 2009. Frente a ello, BRD Groupe Société Générale alegó que, dado que el Sr. y la Sra. Dumitraş no habían actuado con fines ajenos a su actividad comercial, no podían invocar su condición de consumidores.

Así las cosas, el Tribunal de Primera Instancia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia algunas cuestiones prejudiciales. La primera de ellas se refería a si podían considerar consumidores, en el sentido del art. 2, letra b), de la Directiva 93/13, a las personas físicas que hayan celebrado, en calidad de fiadores/garantes, actos y contratos de garantía, accesorios al contrato de crédito suscrito por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, cuando dichas personas físicas no tengan ninguna relación con la actividad de

³⁴ De nuevo se insiste en que el concepto de consumidor tiene carácter objetivo y se afirma que debe apreciarse según un criterio "funcional", consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (apdo. 27).

dicha empresa y hayan actuado con fines ajenos a su actividad profesional, habida cuenta de que, inicialmente, dichas personas físicas habían actuado como fiadores del primer deudor principal (una persona jurídica de la que una de ellas era administrador) que delegó su deuda a aquella sociedad mercantil.

Pues bien, el TJUE consideró que, en el momento de la celebración de los tres primeros contratos, el Sr. Dumitras “actuó en virtud de los vínculos funcionales que mantenía con Lanca y, por tanto, no puede ser asimilado, a este respecto, a un “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13” (apdo. 36). Sin embargo, por lo que respecta a los tres últimos contratos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitras, en su condición de garantes hipotecarios de Lanca Construcții, actuaron o no con fines relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional, teniendo en cuenta que no actuaron en virtud de los vínculos funcionales que tenían con Lanca Construcții, ya que ninguno de ellos era administrador de esta sociedad ni tenía una participación no desdeñable en ella (apdos. 39 y 40).

Como puede apreciarse, en las resoluciones referidas, el TJUE no separa completamente el contrato principal y el contrato de garantía a efectos de determinar si la persona física garante puede ser considerada consumidor, en la medida en que exige que esta no tenga vínculos funcionales con la empresa. Esto reduce el alcance de la protección. De ello se desprende que puede tener el efecto de excluir a las personas físicas cuya participación en el capital o en la dirección puede (para ellas) ser puramente una cuestión de inversión personal o de apoyo al negocio de un miembro de la familia (a menos que también se considere que estos factores no son suficientemente funcionales). Además, no se aclara qué participación puede considerarse “insignificante” ni qué otros factores pueden considerarse vínculos funcionales³⁵.

La afirmación del TJUE de considerar la garantía independientemente del préstamo también se aplica a la inversa. Así, a la hora de determinar si la parte del contrato principal es un “consumidor”, es irrelevante quién celebró el contrato vinculado, como resulta de la STJUE de 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea. En ella se afirma que es irrelevante que el contrato principal estuviera garantizado con un contrato accesorio de hipoteca sobre bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de abogado del Sr. Costea y en el que este hubiera actuado en su condición de representante de su bufete de abogados. “Tal hecho carece de incidencia”, según la sentencia, porque “el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de

35 ALLEN, R.: “Consumer unfair terms: CJEU sets out test for personal guarantees in business lending”, Simmons+Simmons blogspot, October 2016, https://files.simmons-simmons.com/api/get-asset/elexica_PDF_article_on_personal_guarantees_and_unfair_terms_October_2016_345707781.pdf?id=blt68268c77ec0f0a9f

la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito" (apdos. 28 y 29)³⁶.

A estos efectos, entiendo que en los casos de actos que no forman parte de la actividad empresarial o profesional directamente, pero los bienes o servicios obtenidos sí se destinan, de alguna forma, a dicha actividad, debe excluirse la condición de consumidor, siguiendo lo dispuesto en la E. de M. del TRLGDCU³⁷. No olvidemos que dichos actos también contribuyen al proceso de producción y comercialización, aumentan el rendimiento de la empresa, se benefician de regímenes fiscales empresariales, etc., así como que el legislador siempre puede, en caso de entenderlo oportuno por razones de equidad, extender la protección a personas sin la calidad de consumidores³⁸.

- 36 Nótese que el TJUE adopta un enfoque diferente al del AG Cruz Villalón. Este último consideró que aunque el abogado suscribiera un préstamo para fines personales, el hecho de que este estuviera garantizado con una hipoteca sobre su patrimonio profesional y se celebrara en el ejercicio de su profesión, podría haber supuesto un contrato mixto (esto es, un contrato con una finalidad en parte personal y en parte profesional). El TJUE, en cambio, distingue entre el contrato principal y el accesorio y exige que el estatuto de la persona que celebra estos contratos se aprecie por separado: "En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito" (STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, apdo. 29). Se muestra de acuerdo con la posición del TJUE LUZAK, J. A.: "Status of a person concluding linked contracts may differ per contract - CJEU in Costea (C-110/14)", 4.9.2015, <http://recent-ecl.blogspot.com/2015/09/status-of-person-concluding-linked.html>
- 37 En ella se aclara que el consumidor y usuario definido en el mismo es la persona física o jurídica 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". Así lo destaca también NAVARRO CASTRO, M.: "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en AA.VV: *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y C. L. GARCÍA PÉREZ), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 326-327, y MARÍN LÓPEZ, M. J.: "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 3-4.
- 38 En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S.: "El concepto legal", cit., p. 107, quien apunta algunas otras razones de técnica y política legislativa para apoyar la exclusión de los mencionados actos como actos de consumo: a) 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); b) 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; c) se corre el riesgo de difuminar en exceso el concepto de consumidor; d) el legislador siempre puede, en caso de entenderlo oportuno por razones de equidad, extender la protección a personas sin la calidad de consumidores; e) la no exclusión 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; f) 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.

B) Especial referencia al ánimo de lucro y la cuantía del contrato.

La legislación comunitaria no exige la ausencia de ánimo de lucro para que una persona física pueda calificarse como consumidor en un contrato con un empresario. En esta línea, el TJUE no ha tenido reparos en calificar como consumidores a personas físicas que actúan con un claro fin lucrativo. Así ocurrió, por ejemplo, en las sentencias de 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, y 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco.

En la primera de esas resoluciones, la Sra. Petruchová, residente en la República Checa, celebró un contrato marco a distancia con FIBO, una sociedad de corretaje chipriota que opera en el sector de los valores mobiliarios, a fin de poder realizar operaciones en el mercado internacional de divisas FOREX (Foreign Exchange) introduciendo órdenes de compra y de venta de la divisa de base que debían ser ejecutadas por FIBO a través de su plataforma de negociación online. Al amparo de ese contrato marco, se celebraron contratos individuales, calificados como contratos financieros por diferencia (CFD), destinados a la realización de beneficios resultantes de la diferencia entre los tipos de cambio aplicables a la compra y a la venta de la divisa de base en relación con la divisa cotizada. Pues bien, mediante uno de esos contratos la Sra. Petruchová introdujo una orden de compra de un lote de 35 lotes de 100.000 dólares cada uno a un tipo de cambio fijado en relación con el yen japonés. Debido a una importante acumulación de órdenes, FIBO ejecutó la procedente de la Sra. Petruchová con 16 segundos de retraso, intervalo en el que se produjo una fluctuación del tipo de cambio USD/JPY (dólares estadounidenses/yens japoneses) que, según aquella, le perjudicó, ya que de haberse ejecutado a tiempo su orden de compra, habría obtenido el triple de beneficio. Por ello demandó a FIBO ante el tribunal checo correspondiente a su domicilio, con base en el Reglamento Bruselas I bis (aunque en el contrato marco había un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales chipriotas), alegando enriquecimiento injustificado. FIBO, en cambio, defendía la validez del acuerdo.

En cuanto a la segunda sentencia mencionada, procede del enfrentamiento entre la empresa Reliantco, propietaria de la plataforma UFX, y el Sr. AU, quien, en calidad de director de desarrollo de una sociedad mercantil y usando el nombre de dominio de esta, abrió una cuenta de negociación en dicha plataforma con la finalidad de negociar contratos financieros por diferencias. En un determinado momento, AU cursó varias órdenes a precio limitado a consecuencia de las cuales perdió una gran cantidad de dinero. A raíz de ello, demandó a Reliantco Investments ante un tribunal rumano solicitando que se declarase la responsabilidad civil de las demandadas por incumplimiento de la normativa protectora de los consumidores, así como la nulidad de determinadas cláusulas que, a su juicio, eran abusivas, y de

ciertas órdenes que había cursado en la plataforma. Las demandadas negaron la competencia judicial de los tribunales rumanos, que se había fundamentado por el actor en el art. 17,1, letra c), Reglamento 1215/2012, alegando su condición de consumidor residente en Rumanía. A juicio de aquellas, sin embargo, no cabía aplicar tal precepto porque el demandante no podía considerarse como consumidor en la medida en que era una persona física con ánimo de lucro que había realizado actos específicos de una actividad profesional, toda vez que obtuvo cuantiosos beneficios de casi cien transacciones realizadas a través de la plataforma UFX. Por consiguiente, entendían que debía aplicarse la cláusula contractual en virtud de la cual todas las controversias derivadas del contrato celebrado entre las partes debían someterse a los tribunales chipriotas.

En lo que ahora interesa, ambas sentencias admitieron la aplicación del fuero del consumidor del Reglamento Bruselas I bis³⁹ en los referidos contratos para operaciones de compra y de venta de divisas en el mercado internacional mediante plataformas de negociación en línea, en contra de las alegaciones de los operadores de la plataforma⁴⁰. Más allá de la irrelevancia de la existencia de ánimo de lucro para la calificación como consumidor de la Sra. Petruchová y del Sr. AU, llama la atención que en el caso Reliantco el TJUE pasara por alto el hecho de que el Sr. AU abriera una cuenta de negociación en una plataforma, con la finalidad de negociar contratos financieros por diferencias, en calidad de director de desarrollo de una sociedad mercantil y usando el nombre de dominio de esta, todo lo cual apunta a que la actuación de dicha persona formaba parte de su actividad profesional⁴¹.

En un contexto diferente, la sentencia de 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B., B. B., consideró como consumidor, a los efectos de la aplicación del Reglamento Bruselas I, a una persona física en un contrato celebrado con una plataforma de organización de juegos de azar en línea que permitía a aquel jugar al póker con otros sujetos. En efecto, en el litigio principal, que enfrentaba al Sr. B. B., residente en Eslovenia, y a PEI, empresa que ofrece servicios de juegos de azar en línea por

39 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L 351 de 20.12.2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1215>

40 De acuerdo con estas sentencias, el art. 17, apdo. 1, del Reglamento 1215/2012 —que declara la competencia de los tribunales del lugar en el que el consumidor tiene su domicilio— es aplicable cuando se cumplen tres requisitos: en primer lugar, una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, se ha celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional; y, en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 17” (STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, apdo. 39, y STJUE 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, apdo. 45).

41 En el mismo sentido, CUARTERO RUBIO, M^o. V.: “El ¿consumidor? internacional en los mercados de instrumentos financieros (a propósito de la STJUE de 2 de abril de 2020, Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala București, C-500/18”, *CESCO Publicaciones jurídicas*, p. 6.

medio del sitio de Internet www.my.bet.com, por desavenencias en el contrato firmado entre ellos, surgieron dudas sobre una cláusula de dicho contrato en la que se atribuía competencia para resolver eventuales conflictos entre las partes a los órganos jurisdiccionales de Malta. Frente a la demanda del adherente ante el tribunal esloveno correspondiente a su lugar de domicilio, con base en el art. 16.I del Reglamento Bruselas I (actualmente derogado y refundido en el citado Reglamento Bruselas I bis), la empresa negó la competencia de los órganos jurisdiccionales eslovenos por considerar que aquel no podía considerarse como consumidor al ser un jugador de póker profesional, que realizaba esta actividad con carácter regular. El Tribunal de Luxemburgo, sin embargo, como se ha dicho, entendió que el jugador de póker sí ⁴².

Los fallos mencionados son interesantes, además, porque descartan la relevancia de la cuantía del contrato a la hora de determinar si una persona física es o no consumidor en su relación contractual con un empresario⁴³. En este sentido, la STJUE de 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, entendió que no puede negarse a una persona física la calidad de consumidor “debido a factores como los riesgos que implica suscribir un contrato CFD, el valor de las operaciones, los eventuales conocimientos o experiencia que posea esa persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en el mercado FOREX” (apdo. 47); a lo que la STJUE de 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, añadió que “[I]o mismo puede decirse del hecho de que el consumidor haya realizado un elevado volumen operaciones en un plazo de tiempo relativamente breve o de que haya invertido cuantiosas sumas en ellas” (apdo. 54). De igual modo, la STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B., B. B., ante la cuestión de si se puede negar a una persona física la condición de consumidor, en el sentido del art. 15.I Reglamento Bruselas I (hoy derogado y sustituido por el art. 17 Reglamento Bruselas I bis), “debido a factores como la cuantía de las cantidades ganadas en el marco de las partidas de póker, que permiten a esa persona vivir de estas ganancias”, respondió que “el ámbito de aplicación de los artículos 15 a 17 de dicho Reglamento no está limitado a cuantías determinadas”, de donde se deduce “que la circunstancias de

42 Como pone de relieve ALONSO PÉREZ, T., “La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación”, *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, p. 573, el TS sigue la misma tesis respecto de servicios digitales en la reciente STS de 11 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1036, que trata de un caso de apuestas on-line. En este fallo —subraya la citada autora—, aunque se desestima la pretensión del jugador que reclamaba una cantidad superior a los 2 millones de euros porque había sobrepasado los límites normales del ejercicio del derecho infringiendo el art. 7.2 del Código civil por el volumen de apuestas efectuado, en ningún momento se pone en entredicho la cualidad de consumidor del jugador que demandaba la nulidad de una serie de cláusulas del contrato por abusivas.

43 En contra de lo que entendió el TS en la sentencia de 21 noviembre 2018, ECLI:ES:TS:2018:3909, en la que se negó la condición de consumidores de una pareja de inversores con base en el ánimo de lucro con el que actuaban y la elevada cuantía de los contratos que celebraron, como también pone de relieve ALONSO PÉREZ, T., “La evolución”, cit., p. 574. Sobre esta sentencia y la fundamentación a mi juicio errónea del TS, al menos en una parte, me remito a lo expuesto en las pp. 643 a 646 de mi trabajo “Los ricos también lloran... y pueden ser consumidores”, en AA. VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

que B. B. haya ganado cantidades considerables gracias a las partidas de póker a raíz de la celebración del contrato por PEI no es, en sí, un elemento determinante para su calificación o no de “consumidor” en el sentido del Reglamento núm. 44/2001” (apdos. 32 y 34).

También la STJUE 2 mayo 2019, C-694/17, Pillar Securitisation, defendió este entendimiento en relación con la aplicación del art. 15 del Convenio relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, firmado el 30 de octubre de 2007, cuya celebración fue aprobada en nombre de la Comunidad por la Decisión 2009/430/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 (Convenio de Lugano II). En este caso, la Sra. Arnadottir, residente en Islandia, suscribió un contrato de préstamo por un importe en coronas islandesas (ISK), equivalente a más de un millón de euros, con Kaupthing Bank Luxembourg (KBL). El préstamo debía amortizarse en un solo plazo con fecha de vencimiento a 1 de marzo de 2010. El mencionado préstamo tenía por objeto que la Sra. Arnadottir adquiriera acciones de la sociedad islandesa Bakkavör Group hf, sociedad en la que trabajaba por cuenta ajena. El pago del crédito se garantizó mediante un aval otorgado por Bakkavör Group que, según los términos empleados por el tribunal remitente, surtiría efectos, como pronto, en el transcurso del año 2009. El aval fue firmado por dos directivos de dicha sociedad, uno de ellos la propia Sra. Arnadottir. Posteriormente, KBL fue dividida en dos entidades. Una de ellas, Pillar Securitisation Sàrl, reclamó la devolución del préstamo suscrito por la Sra. Arnadottir. Al no haber procedido la Sra. Arnadottir a la devolución del préstamo, Pillar Securitisation ejercitó en 2011 una acción ante los tribunales luxemburgueses, en aplicación de la cláusula del contrato de préstamo que atribuía la competencia a dichos tribunales. No obstante, el Tribunal de Distrito de Luxemburgo se declaró incompetente para conocer del litigio, basándose en que la Sra. Arnadottir debía considerarse “consumidor”, en el sentido del art. 15 Convenio de Lugano II. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Apelación, contra cuyo fallo interpuso entonces recurso de casación la entidad demandante. El Tribunal de Casación decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia si para determinar si un contrato de crédito es un contrato de crédito celebrado por un “consumidor”, a efectos del citado art. 15, procede verificar si dicho contrato está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48, en el sentido de que la cuantía total del crédito en cuestión no rebase el límite máximo de 75.000 euros fijado en el artículo 2, apartado 2, letra c), de dicha Directiva, y que se dilucide asimismo si es relevante a este respecto que el Derecho nacional que transponga la citada Directiva no establezca un límite máximo más elevado.

El TJUE afirma que, para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador europeo en el sector de los contratos celebrados

por los consumidores y la coherencia del Derecho de la Unión, procede tener en cuenta, a efectos del Convenio de Lugano II, el concepto de consumidor contenido en otras normativas del Derecho de la Unión. Ahora bien, ello no debe conducir en ningún caso a interpretar las disposiciones de un reglamento relativo a las reglas para determinar la competencia de una manera ajena al sistema y a los objetivos del propio reglamento. Pues bien, los objetivos del Convenio de Lugano II y los de la Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo —afirma la sentencia— son distintos. La finalidad del Convenio no es armonizar el Derecho material relativo a los contratos de consumo, sino establecer —como hicieron el Reglamento núm. 44/2001 y, más tarde, el Reglamento núm. 1215/2012— las reglas que permiten determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil que verse, en particular, sobre un contrato celebrado entre un profesional y una persona que actúa con un fin ajeno a su actividad profesional, de manera que esta última quede protegida en este supuesto. Al perseguir este objetivo, el Convenio de Lugano II no presenta un ámbito de aplicación limitado a cuantías determinadas y se extiende a todos los tipos de contratos, con excepción del contemplado en el artículo 15, apartado 3, del propio Convenio (transporte). Por consiguiente, el hecho de que un contrato de crédito, tal como el controvertido en el litigio principal, no esté incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48 por ser su importe superior al límite máximo de 75 000 euros fijado en el artículo 2, apartado 2, letra c), de dicha Directiva, no tiene incidencia, en opinión del TJUE, en la determinación del ámbito de aplicación del artículo 15 del Convenio de Lugano II.

C) Incidencia de la habitualidad y el carácter de la actividad.

Merece la pena detenerse en las reflexiones del TJUE sobre la habitualidad o regularidad de la actividad realizada con ánimo de lucro por una persona física en la citada STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, A. B., B. B., en relación con el contrato celebrado entre PEI, empresa que ofrece servicios de juegos de azar en línea por medio del sitio de Internet www.my.bet.com, y B. B., jugador de póker que dedica a ese juego una media de nueve horas al día y obtiene considerables ganancias de ello, hasta el punto de vivir de dichos ingresos. Lo que se preguntaba al Tribunal de Justicia era, precisamente, si el hecho de que el Sr. B. B. hubiera vivido durante varios años de las ganancias percibidas jugando al póker impedía calificarlo como consumidor, aunque no hubiera declarado oficialmente tal actividad ni ofreciera a terceros esa actividad en el mercado como servicio de pago. Pues bien, el Tribunal responde recordando su propia doctrina recogida en la sentencia Kamenova acerca de que el carácter regular de una actividad es un elemento que puede ser tenido en cuenta para calificar a alguien de profesional, por oposición al concepto de consumidor, pero que no es determinante a estos efectos (apdos. 45 y 46); y subrayando una diferencia notable respecto de aquella, que vendría a reforzar la

irrelevancia de la habitualidad de la actividad en el caso enjuiciado: mientras que en la sentencia Kamenova el particular cuya condición de consumidor se discutía había actuado como vendedor en el contrato contemplado —y aun así se le consideró como consumidor—, en la sentencia A. B., B. B., la actividad del jugador de póker no daba lugar a la venta de bienes ni a una prestación de servicios (apdos. 47 y 48).

Procede realizar varias observaciones.

En primer lugar, la afirmación del TJUE de que, aunque no tenga carácter determinante, la habitualidad de la actividad puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar la condición de consumidor; entra en contradicción, a mi juicio, con la doctrina del mismo Tribunal de que, para determinar si una persona es consumidor en una determinada relación contractual, únicamente hay que atender a la actuación de la persona en dicha relación; ya que para saber si la actividad se realiza con carácter regular, es preciso atender a la actuación del sujeto más allá del contrato que se contempla.

En segundo lugar, resulta difícil imaginar que una actividad que proporciona la totalidad o la mayor parte de los ingresos de una persona, suponiendo que no tenga otros medios de subsistencia, pueda ser otra cosa que su oficio o profesión⁴⁴. De manera que, en definitiva, se podría decir que el TJUE admite, en este fallo, que la profesionalidad del usuario de la plataforma (siempre que no preste servicios ni provea bienes a terceros, habría que puntualizar) no representa un obstáculo a la calificación de un sujeto como consumidor; lo cual, —se afirma— “abre un terreno pantanoso y puede plantear grandes incertidumbres sobre una cuestión como la del concepto de consumidor que, al menos, en eso, parecía estar clara”⁴⁵.

III. LOS CONTRATOS MIXTOS, DE DOBLE FINALIDAD O DE DOBLE USO.

Un supuesto difícil de resolver es el de los contratos mixtos, también denominados de doble finalidad o de doble uso, que son aquellos que se celebran con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona. Pensemos, por ejemplo, en un ordenador portátil comprado por un abogado para usarlo tanto en su actividad profesional como en su vida privada.

La primera sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo relativa a esta cuestión es la de 20 enero 2005, asunto C-464/01 (Gruber), que procede del enfrentamiento entre el Sr. Gruber, agricultor y propietario de una granja en Austria,

44 Así lo pone de relieve HARTLEY, T. C., “Recent developments under the Brussels I Regulation”, *International & Comparative Law Quarterly*, 69, 2000, p. 990.

45 ALONSO PÉREZ, T., “La evolución”, cit., p. 568.

y la sociedad alemana Bay Wa AG, establecida en Alemania, debido al supuesto cumplimiento defectuoso de un contrato de compraventa celebrado entre ellos. Se daba la circunstancia de que el Sr. Gruber ocupaba algo más del 60% de la superficie total construida de la granja como vivienda para él y su familia, mientras que el resto se dedicaba a una pociлга y una gran nave para maquinaria y pienso. Pues bien, cuando el Sr. Gruber quiso cambiar las tejas del techo de su granja, las compró a Bay Wa, después de varias conversaciones telefónicas para pedir información sobre distintos tipos de tejas y de sus precios y de visitar las oficinas de la empresa para ver las tejas *in situ*. Durante esa visita, el Sr. Gruber informó al empleado de Bay Wa de que era propietario de una explotación agrícola y quería tejar el techo de su granja. Indicó que poseía asimismo edificios secundarios que servían fundamentalmente para la explotación agrícola, pero no precisó si el edificio que quería tejar estaba destinado principalmente a la explotación o a un uso privado. Una vez instaladas las tejas, el Sr. Gruber comprobó que no eran todas del mismo color a pesar de que se le había garantizado la homogeneidad del colorido, por lo que había que volver a hacer el techo. Por esta razón, basándose en la garantía y en la responsabilidad del vendedor, el Sr. Gruber decidió reclamar ante los tribunales austriacos, con base en los arts. 14 y 15 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Bay Wa, considerando que el Sr. Gruber no había actuado como consumidor en la compraventa, opuso una excepción de incompetencia territorial. Esta fue desestimada por el juzgado de primera instancia, contra cuya sentencia la demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado, dando lugar a un recurso de casación por parte del Sr. Gruber. Llegados a este punto, el Tribunal de Casación austriaco decidió suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales, todas ellas en torno a la determinación de la cualidad de consumidor en los contratos con doble finalidad.

En opinión del Tribunal de Justicia, "se desprende ya claramente de la finalidad de los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas, que consiste en proteger debidamente a la persona que se supone que se encuentra en una posición más débil respecto de su cocontratante, que una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en dichas disposiciones. El resultado únicamente sería distinto en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato" (apdo. 39). Y ello "aunque predomine el uso privado" (apdo. 41)⁴⁶.

46 Señala NAVARRO CASTRO, M.: "El ánimo de lucro", cit., p. 327, que el TS español sigue esta doctrina en la Sentencia de 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669), cuando declara que "para determinar si una persona puede ser

Este criterio del uso profesional marginal no coincide con el adoptado por el legislador comunitario, que se inclina por el del uso profesional no preponderante⁴⁷. Aunque hasta el momento este criterio no ha adquirido rango legal, sí se hace expresa referencia a él en los Considerandos de varias normas elaboradas en los últimos años. La primera de ellas fue la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores (Cdo. 17), seguida por las Directivas 2013/11 sobre resolución alternativa de litigios en línea (Cdo. 18) y 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (Cdo. 12), así como el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Cdo. 13). En todos estos considerandos se establece que, en los contratos de doble finalidad, si “el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro, dicha persona debe ser considerada un consumidor”.

La expresión “tan limitado que no predomina” resulta extraña y podría confundir, ya que “tan limitado” apunta a marginal. Sin embargo, que la intención del legislador comunitario fue descartar el criterio del uso marginal y sustituirlo por el del uso preponderante se desprende claramente de la tramitación parlamentaria de la Directiva 2022/83, como puso de relieve el AG Cruz Villalón en sus Conclusiones al asunto Costea: “Durante las negociaciones de esta Directiva —afirma—, el Parlamento Europeo planteó una enmienda que proponía expresamente la modificación de la definición de consumidor en el sentido de ampliarla a “toda persona física que [...] actúe con un propósito *principalmente* ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Durante las negociaciones subsiguientes, el Parlamento Europeo accedió al mantenimiento de la definición de consumidor, eliminando el adverbio “principalmente”, con la condición de que en el considerando destinado a clarificar la definición de consumidor, basado originariamente en la sentencia Gruber, se sustituyese la palabra “marginal” por la palabra “preponderante”⁴⁸.

considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGDCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba. En mi opinión, sin embargo, el TS no está usando el mismo criterio que el TJUE.

47 Así lo destaca también ARROYO APARICIO, A.: “Noción de consumidor”, cit., p. 34.

48 Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 23 de abril de 2015, Asunto C110/14, Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA (ECLI:EU:C:2015:271).

En las posteriores Directivas 2019/770 y 2019/771, se aprecia un ligero cambio de posición, ya que se dispone que “los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones” (Cdos. 17 y 22, respectivamente).

Nótese, en efecto, que en el primer grupo de normas, el legislador comunitario declara expresamente su preferencia sobre la consideración como consumidor de la persona que actúa con fin profesional no predominante, mientras que en las más recientes lo que se establece es que, en tales casos, los EEMM tienen libertad para decidir si se le considera como consumidor o no⁴⁹. Probablemente sea, como destaca algún autor, porque en el entorno digital puede resultar muy difícil discriminar el uso personal y el profesional⁵⁰.

En cualquier caso, se mantiene el recurso al factor de preponderancia y no de marginalidad en el uso, el cual sigue siendo el preferido por el TJUE, como se desprende de la STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems. En esta sentencia, igual que en la del caso Gruber, cuya doctrina viene a confirmar, las cuestiones prejudiciales giran en torno a la posible aplicación del fuero del consumidor en relación con los sucesivos Reglamentos sobre competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores (Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento (CE) núm. 44/2001, hoy sustituido por el vigente Reglamento 1215/2012).

Pues bien, el TJUE declara que “en el supuesto de que el juez nacional estime que no resulta claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, atendiendo a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de los medios de prueba objetivos a su disposición, cuya valoración corresponde a la jurisdicción nacional” (apdo. 47). A su juicio, este criterio aporta “una solución más equilibrada”⁵¹.

49 Así lo destacan también ZDRAVEVA, N.: “Digital Content”, cit., p. 405 (“This position of the DCD regarding the dual-purpose contracts, opens the possibility to different approaches and cases where a same person has different position in different Members States”) y ARROYO AMAYUELAS, E., “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41/2022, p. 7. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955>

50 ARROYO AMAYUELAS, E.: “Entra en vigor”, cit., p. 7.

51 Así lo entiende también ARROYO APARICIO, A.: “Noción de consumidor”, cit., p. 34.

Ahora bien, procede recordar que el concepto de consumidor recogido en estos textos debe interpretarse de forma autónoma, es decir, con referencia al sistema y a los objetivos de los citados Reglamentos. En relación con ello, el AG Cruz Villalón, en sus ya citadas Conclusiones en el asunto Costea, afirmó que la jurisprudencia del TJUE sobre el Convenio de Bruselas de 1968 ha de ser considerada con “cautela”. Y ello porque al tratarse de excepciones al criterio general de competencia basado en el domicilio del demandado implica que, como tales restricciones, deban considerarse estrictamente. Así, estima que la aplicación restrictiva de la noción de consumidor en los contratos con doble finalidad que lleva a cabo el Tribunal de Luxemburgo en relación con los reglamentos sobre competencia judicial no habría de ser “automáticamente trasladable por analogía al ámbito de las normas específicas destinadas a la protección de los consumidores” (apdo. 31).

Por mi parte, considero que el principio *pro consumatore* debe inclinarnos a preferir el criterio del uso preponderante (aunque en ocasiones pueda ser difícil determinar cuál es el destino principal del contrato)⁵².

IV. LOS PROSUMIDORES.

Comúnmente se afirma que, aunque el concepto de “prosumidor” fue anticipado por McLuhan y Nevitt en 1972, al afirmar que la tecnología electrónica permitiría al consumidor asumir simultáneamente los roles de productor y consumidor de contenidos, el término fue formalmente acuñado por A. Toffler en su famoso libro *La tercera ola*, publicado en 1980, para hacer referencia a la persona que consume lo que ella misma produce. Por tanto, lo que define al prosumidor en la concepción de Toffler es el autoconsumo, como insistió, años más tarde, en *La revolución de la riqueza*, de 2006, escrito junto a Heidi Toffler: “...en *La Tercera Ola* (1980), inventamos la palabra prosumidor para designar a quienes creamos bienes, servicios o experiencias para nuestro uso o disfrute, antes que para venderlos o intercambiarlos. Cuando como individuos o colectivos, PRODUCIMOS y consumimos nuestro propio output, estamos prosumiendo”⁵³.

Desde entonces, sin embargo, el término prosumidor ha variado ligeramente su significado, ya que se utiliza también para designar a un nuevo tipo de consumidor

52 En este sentido, LLAMAS POMBO, E.: “De la noción consumidor a la tutela del contratante débil”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 150, 2022, LA LEY 2650/2022, p. 7, para quien el criterio del “destino principal” introduce un nuevo elemento de confusión, ya que obliga a determinar qué se entiende por “principal”. A su modo de ver, una adquisición de ese tipo “constituye un evidente acto de consumo o, mejor aún, que el contrato celebrado para la adquisición es, indudablemente, una relación de consumo, por razón de la asimetría evidente entre el profesional vendedor y el *amateur* comprador”.

53 PÉREZ DAZA, J.: “La mirada de los jóvenes. Prosumidores visuales en la era digital”, *Temas de Comunicación*, núm. 36-37, 2019, p. 45, quien, a su vez, cita a ISLAS CARMONA, J. O.: “El prosumidor. El actor comunicativo de la sociedad de la ubicuidad”, *Palabra Clave*, vol. 11, núm. 1, junio 2008, pp. 29-39, <https://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/1413/1550>

de bienes, contenidos y servicios que, paralelamente, es también proveedor de bienes, contenidos y prestador de servicios para él mismo y para los demás. Caben aquí los contenidos generados por usuarios, el conductor que comparte su vehículo particular con otras personas —con las que contacta a través de una app— para realizar un trayecto común a todos ellos, o el propietario de un bien inmueble que, al margen de su actividad profesional o empresarial, lo alquila a través de plataformas tipo *Airbnb* o el sujeto que vende bienes propios de segunda mano a través de mercados en línea como *Vinted*.

Pues bien, la cualificación de si el proveedor no profesional debe calificarse como comerciante o no, a efectos de la aplicación del acervo comunitario de consumo, es una cuestión todavía no resuelta. Ya lo decía la CE, en 2016, en su Comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”: “La legislación de la UE no establece expresamente cuándo un par se convierte en un prestador de servicios profesional en la economía colaborativa”. Para ilustrar esta afirmación, la CE señala que “[l]a Directiva de servicios, por ejemplo, define a los prestadores de servicios como cualquier persona física o jurídica que ofrece una actividad económica por cuenta propia, normalmente a cambio de una remuneración (véase el artículo 4, apartado 2). Esto significa que cualquier actividad económica podría estar abarcada por las disposiciones de dicha Directiva, independiente de la frecuencia con que se ofrezca y sin requerir que el proveedor actúe necesariamente como “profesional””; en cambio, “el acervo de la UE relativo a la protección del consumidor define “comerciante” como cualquier persona que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión (véase la sección 2.3)”⁵⁴.

A continuación, la Comisión se refiere a diferentes criterios que utilizan los Estados miembros para distinguir entre servicios profesionales y servicios entre pares, como diferenciar en función de si existe o no una remuneración (“Algunos Estados miembros definen los servicios profesionales como servicios prestados a cambio de una remuneración, en comparación con los servicios entre pares, que tienen por objeto compensar los gastos realizados por el prestador de servicios”), o establecer umbrales, que se elaboran a menudo sobre una base sectorial teniendo en cuenta el nivel de los ingresos generados o la regularidad con la que se presta el servicio, y que, en opinión de la CE, “utilizados de manera razonable, pueden ser un indicador útil y pueden ayudar a crear un marco reglamentario claro en beneficio de los prestadores no profesionales”⁵⁵.

54 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, p. 5.

55 “Una Agenda Europea”, cit., p. 6. En la doctrina, JARNE MUÑOZ, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, 2019, p. 104, considera que los umbrales son un buen sistema para deslindar entre el prosumidor que presta servicios ocasionales y no desarrolla una actividad profesional encubierta —que, en su opinión, no

En este sentido, la Comisión se remite a las orientaciones generales que ella misma ofrece en la Guía revisada sobre la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales⁵⁶ para determinar si un vendedor es un comerciante o un consumidor, cosa que debe evaluarse caso por caso: si el vendedor tiene una motivación con fines de lucro, incluido el hecho de que pudiera haber percibido una retribución u otra compensación por actuar en nombre de un determinado comerciante; el número, el importe y la frecuencia de las transacciones; el volumen de negocios del vendedor; si el vendedor compra productos con objeto de revenderlos⁵⁷.

De esos factores, la Comisión afirma que son importantes, en el contexto de la economía colaborativa, los siguientes:

“1) Frecuencia de los servicios: los prestadores que ofrecen sus servicios solo de manera ocasional (es decir, de manera marginal y accesoria, y no regularmente) son menos susceptibles de ser considerados comerciantes. Cuanto mayor es la frecuencia con que se prestan los servicios, más claro está que el prestador puede considerarse un comerciante, ya que ello podría indicar que está actuando con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

2) Fin lucrativo: Un fin lucrativo puede ser un indicio de que el prestador puede considerarse un comerciante con respecto a una determinada transacción. Los prestadores cuyo objetivo es intercambiar activos o competencias (por ejemplo, en el caso de las permutas de casas o los bancos de tiempo) no reúnen en principio las condiciones para ser considerados comerciantes. Los prestadores que solo reciben una compensación por los costes en una determinada transacción pueden no estar buscando un beneficio. En cambio, es probable que los prestadores que obtienen una remuneración superior a la compensación de los costes tengan un fin lucrativo.

3) Nivel de volumen de negocio: Cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante. A este respecto, es importante evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador procede de la misma actividad (p. ej., el uso compartido de vehículos) o de varios tipos de actividades

debería considerarse como comerciante—, y el prosumidor que presta servicios profesionalizados que se alejan de los parámetros de la economía colaborativa para entrar de lleno en el terreno de lo crematístico.

56 Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/ce relativa a las prácticas comerciales desleales que acompaña al documento comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos” {COM(2016) 320 final}, Bruselas, 25.5.2016 SWD(2016) 163 final.

57 Guía para la implementación, cit., p. 36.

(uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). En el segundo supuesto, un mayor volumen de negocio puede no implicar necesariamente que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, ya que puede no haber sido obtenido necesariamente en relación con el otro negocio (principal) del prestador⁵⁸.

Por lo que se refiere al TJUE, hasta el momento solo ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto en la sentencia de 4 octubre 2018, C-105/17, Kamenova. El supuesto de hecho del litigio principal fue el siguiente: Un consumidor compró un reloj de pulsera en un sitio de Internet. Al considerar que dicho reloj no respondía a las características indicadas en el anuncio publicado en dicho sitio, presentó una reclamación ante la CPC después de que el vendedor del reloj se negara a que se le devolviera a cambio de la devolución del importe pagado. La CPC constató que la Sra. Kamenova, registrada en dicho sitio con el pseudónimo de "eveto-ZZ", era la vendedora del reloj. Según el gestor del sitio de Internet www.olx.bg, el usuario de dicho pseudónimo había publicado un total de ocho anuncios de venta de productos diversos en dicho sitio, entre ellos, el reloj objeto del litigio principal. Mediante resolución de 27 de febrero de 2015, la CPC resolvió que la Sra. Kamenova había cometido una falta administrativa y le impuso varias sanciones administrativas porque había omitido indicar, en cada uno de dichos anuncios, el nombre, la dirección postal y la dirección de correo electrónico del comerciante, el precio final del producto puesto a la venta, incluidos todos los impuestos, las condiciones de pago, entrega y ejecución, el derecho del consumidor a desistir del contrato de compraventa a distancia, las condiciones, el plazo y las modalidades de ejercicio de dicho derecho, así como la indicación de la existencia de una garantía legal de la conformidad de los productos en relación con el contrato de venta. La Sra. Kamenova interpuso un recurso contra dicha resolución sancionadora ante el Tribunal de Distrito de Varna, Bulgaria. Mediante sentencia de 22 de marzo de 2016, dicho órgano jurisdiccional anuló la referida resolución, porque la Sra. Kamenova no tenía la condición de comerciante en el sentido del artículo 13, apartado 2, de las disposiciones complementarias de la ZZP y de la Directiva 2005/29. Contra dicha sentencia, la CPC interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Varna, Bulgaria. El órgano jurisdiccional remitente señala, en primer lugar, que en Internet se vende un gran volumen de bienes de consumo. Recuerda, a continuación, que el objeto de la Directiva 2005/29 es garantizar un alto nivel de protección de los consumidores. Este se pregunta, esencialmente, si, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una persona física vende en Internet un número relativamente elevado de artículos de considerable valor, dicha persona tiene la condición de comerciante en el sentido

58 "Una Agenda Europea", cit., pp. 10-11.

de la Directiva 2005/29. Decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el artículo 2, letras b) y d), de la [Directiva 2005/29] en el sentido de que la actividad de una persona física, que está registrada en un sitio de Internet para la venta de bienes y ha publicado al mismo tiempo un total de ocho anuncios para la venta de distintos bienes en el sitio de Internet, es una actividad de un comerciante en el sentido de la definición del artículo 2, letra b), constituye una práctica comercial de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el sentido del artículo 2, letra d), y está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva con arreglo al artículo 3, apartado 1?”.

Pues bien, la sentencia recoge algunos criterios para determinar, en el caso concreto, si una persona es comerciante, que coinciden con los señalados por la Comisión y los amplían: si la venta en la plataforma en línea se ha efectuado de forma planificada y si dicha venta tiene fines lucrativos, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que ofrece de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa respecto a este, si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor, si el vendedor está sujeto a IVA, si el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación, si el vendedor compra bienes nuevos o usados con la intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional, si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos (apdo. 38).

A continuación, la sentencia aclara que tales criterios no son taxativos ni exclusivos —coincidiendo con la CE⁵⁹—, por lo que el mero hecho de que con la venta se persiga una finalidad lucrativa o de que una persona publique simultáneamente en una plataforma en línea una serie de anuncio en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados no basta, por sí mismo, para calificar a dicha persona de comerciante (apdos. 39 y 40). Solamente se le considerará como comerciante si actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión (apdo. 45). Con base en tales factores, el TJUE negó la consideración como empresaria de la Sra. Kamenova en el caso enjuiciado; pero

59 “Aunque ninguno de ellos sería por sí mismo suficiente para que un prestador pudiera ser considerado un comerciante, según las circunstancias del caso su combinación puede apuntar en esa dirección” (“Una Agenda Europea”, cit., p. 10).

en ningún momento descartó que, en otras circunstancias, y teniendo en cuenta los factores que el TJUE indica, un prosumidor pueda calificarse como empresario.

Así las cosas, lo claro es que, si bien la distinción entre consumidores y empresarios nunca ha sido perfectamente clara, la economía de la plataforma ha incrementado significativamente la “zona gris”. Así se advertía en un informe realizado en 2017 en el seno del Parlamento Europeo, en el que se abogaba por una regulación específica la economía de plataforma que clarificara el estatus del operador de la plataforma y el de los usuarios de la plataforma y estableciera reglas sobre los sistemas reputacionales⁶⁰.

En lo que se refiere al estatus de los usuarios de la plataforma, y más concretamente, a lo que el informe bautiza como “el problema del prosumidor en el contexto de la plataforma”, se afirmaba que, dado que las diferencias entre profesionales y no profesionales son muy a menudo intrascendentes en un mundo digital, la plataforma debería dirigirse a todos sus usuarios por igual, independientemente de su estatus, de modo que el acervo existente en materia de consumo podría aplicarse a todos los contratos entre plataformas y usuarios. A ello se añadía que el hecho de que la plataforma organice el mercado y permita a los usuarios entrar en él la coloca en una posición en la que puede, de manera relativamente fácil, aclarar la condición de los usuarios (al menos a efectos operativos de la plataforma); por consiguiente, se abogaba por imponer a las plataformas el deber de informarse sobre el estatus de los proveedores.

Según el referido informe, este planteamiento toma como punto de partida el enfoque sugerido por la Comisión con respecto a las plataformas: “las plataformas que se consideren “comerciantes” deben adoptar las medidas adecuadas para — sin que ello suponga una obligación general de supervisar o llevar a cabo acciones de investigación— permitir que los comerciantes terceros pertinentes cumplan los requisitos de la legislación de la UE en materia de consumo y comercialización, y que los usuarios comprendan claramente con quién están posiblemente celebrando contratos. Esto incluiría, por ejemplo, permitir a los comerciantes terceros pertinentes indicar claramente que actúan como comerciantes ante los usuarios de la plataforma, o permitir a las plataformas diseñar su estructura web de manera que permita a los comerciantes terceros presentar la información a los usuarios de la plataforma de la manera exigida por la legislación de la UE en materia de comercialización y consumo”⁶¹.

Estas recomendaciones han terminado por convertirse en normas. Así, el art. 6bis Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores [añadido

60 WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A.: “Online platforms”, pp. 5 y 6.

61 WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A.: “Online platforms”, cit., p. 7.

por la Directiva (UE) 2019/2161, que modifica varias directivas a fin de mejorar la aplicación y modernizar las normas de protección de los consumidores de la Unión]⁶², impone requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea (que pueden ser ampliados por los Estados miembros, siempre que ello sea proporcionado y no discriminatorio, y esté justificado por razones de protección de los consumidores). Así, dicho precepto establece que antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia o cualquier oferta correspondiente en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, cierta información, entre la que se incluye la siguiente: si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato; cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea.

V. A MODO DE RECAPITULACIÓN: ¿CUÁL ES HOY EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO?

Como se ha visto, el TJUE ha consolidado el principio de que es consumidor toda aquella persona física que actúa —con o sin ánimo de lucro— al margen de una actividad profesional o empresarial en el concreto contrato que se contemple, con independencia de que en otras relaciones actúe en el marco de una actividad profesional o empresarial, así como de factores subjetivos como los conocimientos, capacidad o información de la que disponga, y de otros objetivos como la cuantía del contrato; y sin que sea determinante, por sí solo, el carácter habitual de la actividad realizada con ánimo de lucro por la persona física⁶³. De este modo, se ha admitido la consideración como consumidor del abogado que actúa como particular en un contrato bancario, de personas con alto poder adquisitivo que contratan regularmente con plataformas para realizar operaciones financieras de gran cuantía y riesgo elevado e incluso de jugadores de póker que celebran

62 Esta norma fue incorporada en el Derecho español como el art. 97 bis TRLGDCU mediante el art. 82.9 RD Ley 24/2021 de 2 noviembre, y entró en vigor el 28 mayo 2022.

63 En este sentido, UNGUREANU, C.: "Who is the European consumer anyway?", *Revista de Stiinte Juridice*, 2021(1), p. 12: "Considering the case law of the CJEU in which the notion of consumer has been qualified, it appears that the only condition for a natural person to be considered a consumer is to have entered into contracts for a purpose which is outside his professional field as a party to a contract of adhesion. The knowledge of the natural person in the field in which he contracts, his skills, the risks he assumes, the amounts of the amounts he is selling are irrelevant, since no European text requires a certain consumer behaviour or a value threshold for contracts concluded by him or that he must act prudently and diligently".

contratos con plataformas para realizar una actividad que constituyen su medio de vida.

¿Es ello compatible con el clásico fundamento de la protección especial del consumidor frente al empresario basado en la debilidad del primero frente al segundo? En opinión del TJUE, sí, porque la situación de inferioridad del consumidor puede deberse, no solo a una falta de conocimientos, capacidades o información, o a un bajo nivel económico bajo de la persona, en comparación con el empresario⁶⁴, sino también a la ausencia de poder de negociación ante condiciones contractuales prerredactadas por el comerciante y sobre cuyo contenido el consumidor no puede influir.

Siendo esto así, la pregunta que surge a continuación es si esa misma debilidad frente al empresario no la padecen también las personas jurídicas sin ánimo de lucro (asociaciones, fundaciones) e incluso las pymes, las microempresas y los profesionales autónomos.

Así las cosas, hay quien plantea que, en realidad, lo que se debería hacer es sustituir la protección abstracta y general del consumidor, basada en una presunción *iuris et de iure* de debilidad de aquel frente al empresario —y que conduce a la protección de personas que en realidad no están en situación de inferioridad—, por una protección caso por caso, basada en una presunción *iuris tantum* de debilidad⁶⁵.

En la misma línea, se defiende que “se debería excluir de la condición de consumidor a quien no se encuentre en posición de debilidad contractual y, correlativamente, incluir a aquellos que sí lo están por mucho que no se identifiquen con el último eslabón de la cadena comercial o empresarial”. En otras palabras, se afirma que se debería conferir la noción de consumidor “a todos aquellos que adquieren bienes y servicios en una posición objetiva de debilidad, con independencia de la finalidad económica que tenga esa adquisición, finalidad que, en términos de lógica contractual, nada añade jurídicamente. Aproximaríamos así la noción de consumidor a la de *cliente*, para incluir a cualquier persona que interviene en una relación jurídica en la posición de solicitante o demandante de bienes y servicios en un hipotético y convencional vínculo con el titular

64 En efecto, como destaca la doctrina, “consumer vulnerability is a relational vulnerability, i.e. he is vulnerable only in relation to the professional, not in relation to another person who contracting for private purposes, who could also be considered a consumer” (CHAZAL, J. P.: “Vulnérabilité et Droit de la consommation”, *Colloque sur la vulnérabilité et le droit*, Mar 2000, Université P. Mendes-France, Grenoble II, France, p. 1, disponible en <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053489>; UNGUREANU, C., “Who is...”, cit., p. 17). En términos parecidos, BĂNULESCU, V.: “Considerations regarding consumer protection in Romanian and European Law. The notion of consumer”, *Juridical Tribune*, vol. 10, June 2020, p. 26. Entre nosotros, también LLAMAS POMBO, E.: “De la noción”, cit., p. 4, afirma que “el foco no hay que ponerlo en la figura individual del consumidor sino, más bien, en la *relación de consumo*, que es siempre (por definición, diríamos) una relación de desigualdad” (el subrayado es del autor).

65 CHAZAL, J. P.: “Vulnérabilité et Droit”, cit., pp. 3 y ss.; UNGUREANU, C.: “Who is”, cit., pp. 17-18.

o responsable de la oferta, con independencia de cuál sea el propósito de la adquisición o el destino proyectado para los bienes o servicios". Podrían incluirse en el concepto de consumidor; por tanto, pymes, profesionales, agricultores, pequeños comerciantes, etc., ya que, en términos jurídicos, solo ha de importar la idea de la asimetría contractual. "Ello permitiría resolver no pocas dudas y dificultades en los denominados actos mixtos de consumo o las relaciones C2B o C2C con representación y asesoramiento profesional"⁶⁶.

Quizá en las recientes sentencias del TJUE referidas a servicios digitales y contratación a través de plataformas en línea haya pesado este objetivo — que parece haberse convertido en el fundamento último de la protección del consumidor— de tratar de equilibrar la asimetría contractual entre las partes, aún a costa de relajar significativamente los requisitos de la condición de "consumidor" hasta encajar, incluso, en el concepto de consumidor a los usuarios de plataformas de intermediación en línea que las utilizan para realizar actividades con ánimo de lucro que por su habitualidad y el hecho de ser la única fuente de ingresos de quien las lleva a cabo, como el jugador de póker del caso A.B. B.B.

66 LLAMAS POMBO, E.: "De la noción", pp. 13 y 14.

BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, R.: "Consumer unfair terms: CJEU sets out test for personal guarantees in business lending", Simmons+Simmons blogspot, October 2016, https://files.simmons-simmons.com/api/get-asset/elexica_PDF_article_on_personal_guarantees_and_unfair_terms_October_2016_345707781.pdf?id=blt68268c77ec0f0a9f

ALONSO PÉREZ, T.: "La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación", *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 564-581.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41/2022. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2955>

ARROYO APARICIO, A.: "Noción de consumidor para el Derecho Europeo (Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores)", *Revista Electrónica de Direito*, febrero 2018, núm. 1 (vol. 15), pp. 9-38.

BĂNULESCU, V.: "Considerations regarding consumer protection in Romanian and European Law. The notion of consumer", *Juridical Tribune*, vol. 10, June 2020, pp. 20-26.

BARCELÓ COMPTE, R.: "El consumidor especialmente vulnerable: de la protección class-based a la protección state-based", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 626-653.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "El concepto legal de "consumidor" en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 84-117.

CHAZAL, J. P.: "Vulnérabilité et Droit de la consommation", *Colloque sur la vulnérabilité et le droit*, Mar 2000, Université P. Mendes-France, Grenoble 11, France, pp. 1-18.

CUARTERO RUBIO, M^a. V.: "El ¿consumidor? internacional en los mercados de instrumentos financieros (a propósito de la STJUE de 2 de abril de 2020, Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala București, C-500/18", *CESCO Publicaciones jurídicas*, pp. 1-7.

CUENA CASAS, M.: “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, núm. 2, pp. 283-348.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: “Acerca del concepto de consumidor en el Derecho de la UE”, 2 de abril de 2020, disponible en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/04/acerca-del-concepto-de-consumidor-en-el.html>

FLORENSA I TOMÀS, C. E.: “La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del JTUE”, en AA. VV.: *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial* (dir. por M. GRAMUNT FOMBUENA y C. E. FLORENSA I TOMÀS), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 63-86.

GRAMUNT FOMBUENA, M.: “Contratación de consumo mediante plataformas digitales”, en AA. VV.: *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital* (dir. por G. GARCÍA GONZÁLEZ y M. R. REDINHA), Dykinson, Madrid, 2019.

HARTLEY, T. C.: “Recent developments under the Brussels I Regulation”, *International & Comparative Law Quarterly*, 69, 2000, pp 979–990.

ILIESCU, M. G.: “Recent clarifications by the European Court of Justice on the meaning of the notion of consumer”, *Law Annals from Titu Maiorescu University 2021*: 25-34.

JACQUEMIN, H.: “Consumers contracting with other consumers in the sharing economy: fill in the gaps in the legal framework or switch to the blockchain model?”, *IDP - Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, February 2019, pp. 44-55.

JARNE MUÑOZ, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, 2019.

LLAMAS POMBO, E.: “De la noción consumidor a la tutela del contratante débil”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 150, 2022, pp. 1-19.

LUZAK, J. A.: “Status of a person concluding linked contracts may differ per contract - CJEU in Costea (C-110/14)”, 4.9.2015, <http://recent-ecl.blogspot.com/2015/09/status-of-person-concluding-linked.html>

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 9-16, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401>

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 37, 2021, pp. 111-120.

MORAIS CARVALHO, J.: "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services - Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *Journal of European Consumer and Market Law*, Volume 8, Issue 5 (2019) pp. 194-201.

NAVARRO CASTRO, M.: "El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor", en AA.VV. *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y C. L. GARCÍA PÉREZ), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 321-342.

PAREDES PÉREZ, J. I.: "La noción de consumidor a efectos de aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: Petruchová", *La Ley Unión Europea*, núm. 75, noviembre 2019, pp. 1-20 según edición online.

PÉREZ DAZA, J.: "La mirada de los jóvenes. Prosumidores visuales en la era digital", *Temas de Comunicación*, núm. 36-37, 2019, pp. 42-55.

REYES LÓPEZ, M. J.: "La evolución del concepto de consumidor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3230-3257.

TOADER, C.: "European Contract Law in the Court of Justice of the European Union Jurisprudence", *Revista Română de Drept European*, 2019(2), pp. 24-35.

UNGUREANU, C.: "Who is the European consumer anyway?", *Revista de Stiinte Juridice*, 2021(1), pp. 9-20.

WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A.: "Online platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?", European Parliament, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf)

ZDRAVEVA, N.: "Digital Content Contracts and Consumer Protection: Status Quo and Ways Further", 5 ECLIC 398 (2021), 398-421.

JURISPRUDENCIA DEL TJUE

STJCE 3 julio 1997, C-269/95, Benincasa, ECLI:EU:C:1997:337.

STJUE 17 marzo 1998, C-45/96, Dietzinger, ECLI:EU:C:1998:111.

STJCE 20 enero 2005, C-464/01, Gruber, ECLI:EU:C:2005:32.

STJUE 14 marzo 2013, C 419/11, Feichter, ECLI:EU:C:2013:165.

STJUE 5 diciembre 2013, C 508/12, Vapenik, ECLI:EU:C:2013:790.

STJUE 15 enero 2015, C-537/13, Šiba, ECLI:EU:C:2015:14.

STJUE 4 junio 2015, C 497/13, Froukje Faber, ECLI:EU:C:2015:357.

ATJUE 19 noviembre 2015, C-74/15, Tarcău, ECLI:EU:C:2015:772.

ATJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, Costea, ECLI:EU:C:2015:538.

ATJUE 14 septiembre 2016, C-534/15, Dumitras, ECLI:EU:C:2016:700.

STJUE 25 enero 2018, C-498/16, Schrems, ECLI:EU:C:2018:37.

STJUE 4 octubre 2018, C-105/17, Kamenova, ECLI:EU:C:2018:808.

STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, Milivojević, ECLI:EU:C:2019:123.

STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, Petruchová, ECLI:EU:C:2019:825.

STJUE 2 abril 2020, C-329/19, Condominio di Milano, ECLI:EU:C:2020:263.

STJUE 2 abril 2020, C-500/18, Reliantco, ECLI:EU:C:2020:264.

STJUE 9 julio 2020, asuntos acumulados C-698 y C-699/18, Raiffeisen Bank y BRD Group Société Générale, ECLI:EU:C:2020:537.

STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, A.B. B.B., ECLI:EU:C:2020:1015.

