

LA PROTECCION CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR:
LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y
SUS EFECTOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL

*THE CONTRACTUAL PROTECTION OF THE CONSUMER: THE
DELIMITATION OF THE CONCEPT OF CONSUMER AND ITS
EFFECTS ON CONTRACT LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 748-779



Héctor
BUENOSVINOS
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: “Consumidores, por definición, somos todos”. Así comenzaba el discurso que J.F Kennedy dio el 15 marzo de 1962 ante el Congreso americano. No le faltaba razón. ¿Qué es ser consumidor? ¿Quién es consumidor? Parece una respuesta fácil. Su protección impregna la mayoría de los textos constitucionales de la mayoría de los estados siendo conscientes de la globalización en la que vivimos y de la necesidad de cuidarles frente a las prácticas empresariales agresivas y audaces que limitan la posición del consumidor. Podemos comprar un artículo, adquirir un servicio o vender un bien desde el otro lado del mundo, pero no todos somos consumidores de igual forma.

La sociedad demanda una nueva concepción adaptada a las nuevas formas de contratar ampliando su protección en un mercado cada vez más globalizado y ágil. La importancia de esta materia ha dado lugar a miles de reclamaciones ante los Tribunales (sector bancario, aerolíneas, suministros, telefonía, entre otros) siendo éstos los encargados de fijar nuevas delimitaciones y requisitos para concluir si el contratante ostenta la condición de consumidor en un contrato. La importancia de proteger al consumidor en las relaciones contractuales ha dado lugar a la creación, por primera vez en España, del Ministerio de Consumo, el cual, entre otras iniciativas, ha logrado aprobar una nueva categoría de consumidor denominada el “consumidor vulnerable”.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, protección, nuevo, reforma, social.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR: APROXIMACIÓN HISTÓRICA.- III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.- IV. DELIMITACIONES AL CONCEPTO: SUPUESTOS PRÁCTICOS REALES ESTUDIADOS POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA.

I. INTRODUCCIÓN

Es notorio y público la globalización mundial en la compra y venta de bienes o disfrute de servicios. Actualmente, una persona puede comprar un artículo en otro lugar del mundo sin moverse de su casa o concertar los servicios de una empresa. Sin embargo, no todos estos consumidores serán protegidos de igual forma y en igualdad de condiciones. Por ello, en los últimos años los legisladores han promovido numerosas normas de protección del consumidor, tanto en el ámbito nacional como europeo. El legislador es consciente de que el consumidor ostenta la posición débil en la relación contractual y que nuestra Sociedad necesita de mecanismos de protección al consumidor.

Las nuevas formas de contratación y los diferentes bienes y servicios actuales han propiciado la creación de figuras jurídicas que hace apenas medio siglo era imposible pensar que existirían. Hoy en día, desde su casa, una persona puede contratar a una empresa de servicios de transporte para sus desplazamientos en un viaje de ocio en cualquier país del mundo; puede adquirir un dispositivo electrónico comprado en una página web americana cuyo bien tiene salida desde China; o puede adquirir un billete de avión con destino Nueva York y escala Helsinki. En todos estos ejemplos, la delimitación del concepto de consumidor puede variar y su protección también.

Los Tribunales españoles han resuelto miles de reclamaciones en la última década en materia bancaria y financiera, el sector aéreo, suministros de hogar (electricidad, gas, etc), telefonía móvil y comunicaciones, entre otros. El estudio de supuestos reales ha permitido que los órganos judiciales analicen e interpreten la diversa casuística delimitando el concepto de consumidor y los requisitos para que un contratante ostente dicha condición en una relación contractual.

A este respecto, procede citar el voto particular del Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno en la STS Pleno 3 junio 2016¹ sobre la declaración de

¹ STS Pleno 3 junio 2016 (n° 367/2016. Rec n° 2121/2014). Base de datos CENDOJ: 28079119912016100010 (<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

nulidad de pleno derecho por abusiva de una cláusula limitativa de los tipos de interés ("cláusula suelo") incluida en un préstamo hipotecario con garantía inmobiliaria suscrito entre la entidad financiera Banco Pastor SAU (actualmente, integrado por fusión de absorción en el Banco Santander SA) y una persona física cuyo destino fue la prestación de un determinado importe con el fin de constituir y crear su empresa, concretamente, una farmacia.

El Pleno del Tribunal Supremo concluyó que la demandante no actuaba en el contrato como consumidora, sino como empresaria a los efectos del actual artículo 3 LGDCU², por lo que no era posible analizar la posible abusividad de la cláusula contractual litigiosa desde esta perspectiva, no siendo aplicable los controles de protección del consumidor. La sentencia del Alto Tribunal desestimó el recurso de la parte demandante recurrente confirmando la SAP A Coruña – sección cuarta 29 mayo 2014³, la cual había estimado, a su vez, el recurso de la entidad bancaria y desestimando la demanda de primera instancia.

El voto particular del magistrado F.J. ORDUÑA MORENO se plantea en el mismo contexto contractual del supuesto litigioso con base en un ejemplo práctico (página 9 a 18 de la citada resolución): dos hermanos suscriben un préstamo hipotecario con la misma entidad financiera e idénticas condiciones contractuales. Ambos, sin experiencia financiera en la contratación de estos productos ni formación en la materia. Uno de ellos, concierta el préstamo con la finalidad de comprar una vivienda que constituirá su residencia habitual; el otro, como empresario autónomo, con la finalidad de adquirir un local en el que instalará un kiosco de prensa siendo éste su negocio y su actividad profesional constituyendo su modo de vida. El magistrado se plantea la protección que se impregna en la operación contractual en uno y otro supuesto, a pesar de que las condiciones contractuales y los conocimientos financieros de ambos son idénticos. La única diferencia es el destino del préstamo hipotecario, principal requisito para que un contratante ostente la condición de consumidor o empresario en la relación contractual.

Actualmente, toda la normativa nacional española y europea delimita el concepto de consumidor en base al destino y finalidad de la contratación, siendo indiferente otros requisitos objetivos o subjetivos.

2 Real Decreto 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicada en el Boletín Oficial del Estado Español nº 287, 30 noviembre 2007.

3 SAP A Coruña – sección cuarta 29 mayo 2014 (nº 166/2014. Rec nº 93/2014). Base de datos CENDOJ: 15030370042014100195 (<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

II. EL NACIMIENTO DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA

I. Aproximación histórica del nacimiento del concepto de consumidor en occidente

Algunos historiadores se remontan al antiguo Egipto para identificar los primeros gérmenes sobre la protección del consumidor. Los egipcios cultivaban su culto al cuerpo por cuestiones religiosas, pero también de salud (para protegerse de la luz del sol abrasador del norte de África) utilizando un rudimentario maquillaje (povos, pinturas...). Los historiadores han verificado la posibilidad de que existiera competencia entre los fabricantes de tales productos de maquillaje ofreciéndolos de mayor calidad debido a la demanda de los consumidores.

Una segunda aproximación, se remonta al Imperio de Babilonia (Mesopotamia, 1.692 a. C) con el código Hammurabi⁴. El rey babilonio que da nombre a este código promulgó una legislación fuerte para proteger a los compradores de bienes. Así, por ejemplo, la ley n° 228 establecía que "Si un arquitecto hizo una casa para otro y la terminó, el hombre le dará por honorarios dos siclos de plata por SAR de superficie.", o la ley n° 229 "Si un arquitecto hizo una casa para otro, y no la hizo sólida, y si la casa que hizo se derrumbó y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto será muerto", o la ley n° 232 "Si le ha hecho perder los bienes, le pagará todo lo que se ha perdido, y, porque no ha hecho sólida la casa que construyó, que se ha derrumbado, reconstruirá a su propia costa la casa." o la ley n° 233 decía que "Si un albañil construyó una casa para un hombre y no realizó el trabajo correctamente y el muro se derrumbó, ese albañil fortificará el muro a su costa."

Asimismo, hablar de nuestros orígenes en Occidente, es remontarnos a Roma y al derecho romano. Las relaciones sociales en aquel tiempo propiciaron la necesidad de una regulación legal amparada en el "contractus". Aquellos contratos romanos también han evolucionado hasta nuestros días y, aunque se conserva en cierta manera su esencia (por ejemplo, comprar un kilo de naranjas en Roma es el mismo acto que comprarlas en la España del siglo XXI) su regulación normativa, derechos y obligaciones del comprador y del vendedor han evolucionado con una nueva regulación que quiere adaptarse a la nueva sociedad. Asimismo, la evolución social ha provocado la aparición de nuevas formas contractuales, como por ejemplo, el uso y utilización de "drones" o la compra de productos de inversión (valores, acciones, etc.).

⁴ Código Hammurabi: considerado el primer conjunto de leyes de la historia. El rey Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del Dios Marduk para fomentar el bienestar de sus súbditos, unificando las leyes existentes.

No obstante, el concepto “social” de consumidor no llegó hasta el siglo XIX y XX. La revolución industrial y la mejora de las condiciones laborales y sociales provocaron que el ciudadano medio pudiera adquirir con más frecuencia y a un precio más asequible para el bolsillo de los trabajadores bienes y servicios para satisfacer sus necesidades personales y familiares. Así, el ciudadano comenzó a demandar mejoras sociales cuando compraba un vehículo, un reloj o el kilo de naranjas en la tienda del barrio. El ciudadano se había convertido en consumidor. La Sociedad se convirtió en consumista.

2. El consumidor en Estados Unidos: su influencia al resto del mundo

La complejidad social e histórica mundial conllevó a que la evolución del consumidor tuviera diferencias y similitudes en distintas partes del mundo. En los estados europeos de nuestro entorno tuvo una evolución más lenta durante los primeros años del siglo XX, alcanzando su mayor explosión legislativa y regulatoria a mediados del siglo XX, después de la segunda guerra mundial, y con los inicios de la Unión Europea. En cambio, “al otro lado del charco”, las primeras iniciativas sociales comenzaron a finales del siglo XIX, en la ciudad de Nueva York con la creación de la “Primera Liga de consumidores” fundada en 1891 por la activista Josephine Lowell. Años más tarde, Florence Kelley - la primera mujer inspectora de Fábricas en Estados Unidos - se convertiría en la Secretaria de la organización entre 1899 – 1932, cuyo principal objetivo fue la organización colectiva de los consumidores proporcionando información sobre la producción de bienes de consumo. Entre sus logros, podemos destacar que esta organización fue la primera en crear un mecanismo que permitiera al consumidor conocer si el producto adquirido había pasado por una inspección técnica previa, asegurándose que se encontraba en perfectas condiciones higiénicas y de calidad; fueron denominadas “Etiquetas de calidad de la Liga”.

Asimismo, los primeros años del siglo XX, se promulgaron en EEUU algunas leyes para controlar la venta de alimentos, en especial, la carne. En 1914 se crea la Comisión Nacional del Comercio y en 1927 se crea la primera Agencia de control de los alimentos y medicamentos. En ese mismo año se lanzan varias campañas publicitarias para concienciar a los ciudadanos de la importancia de un consumo responsable. En 1927 se publica el libro “Your Money’s Worth: A study in the waste of the consumer’s dollar” (El valor de su dinero: un estudio sobre el desperdicio del dólar del consumidor), escrito por el economista estadounidense Stuar Chase y el activista estadounidense Frederick J. Shlink. Esta obra gozó de gran popularidad iniciando un movimiento de protección al consumidor que culminó en 1929 con la creación por los mismos autores de la organización “Consumer’s Research” (Investigación del Consumidor) cuya finalidad principal era probar y consumir productos y publicar sus resultados en una revista

mensual denominada “Consumers ‘Research Bulletin” (Boletín de investigación del consumidor). La publicación de sus revistas mensuales (también llamadas, boletines) fue tan popular que, en sus inicios en 1927 tenía 565 suscriptores y en 1932 ya eran 42.000 suscriptores. Posteriormente, S.Chase y F.J.Shlink crearon en 1936 la primera Organización americana de consumidores, actualmente en vigor, como miembro independiente y sin ánimo de lucro que trabaja para garantizar la protección del consumidor en la transparencia y equidad en el mercado (se puede visitar en www.consumerunion.org).

Pero, sin duda, el acontecimiento más importante en la protección de consumidores en el siglo XX fue el discurso que John Fitzgerald Kennedy, Presidente de los Estados Unidos, promulgó en el Congreso de EEUU el 15 de marzo de 1962 en favor de la defensa de los derechos de los consumidores: “Consumidores somos todos. El Estado Tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses”⁵. Su discurso fue tan importante que en 1983 la Organización de Naciones Unidas (ONU) instituyó el 15 de marzo el “Día del Consumidor”. De esta forma, se reconocía la relevancia política y económica del consumidor como pieza clave en el desarrollo productivo siendo necesario la intervención de la Administración Pública para promulgar leyes en favor de su protección. Dos años más tarde, el 9 de abril de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las directrices para la protección de consumidor consideradas hoy en día por la mayoría de los estados como derechos fundamentales de reconocimiento internacional, inspiradores de las legislaciones de todos los países del mundo, y entre ellos, España.

También se creó la Comisión Federal de Comercio (“Federal Trade Commission”, siglas en inglés FTC). Asimismo, reformó los programas vigentes en la época en diferentes ámbitos de consumo, como por ejemplo, la alimentación y producción de alimentos, la vivienda, seguridad y transporte, y control de precios, pero no dictó una norma básica y esencial sobre la protección del consumidor, como si han hecho la práctica totalidad de los estados como España. A partir de este momento, se promulgaron las conocidas “Little FTC Acts” (“Pequeñas Actas”) por la Comisión Federal de Comercio basadas en las leyes federales americanas que continúan en vigor actualmente.

3. El consumidor en Europa

El sistema americano fue exportado a Europa, prueba de ello es el consorcio fundado por cuatro organizaciones de consumidores europeas, además, de

5 El discurso completo íntegro original de J.F Kennedy así como una copia impresa de la declaración grabada, y más corta que el discurso leído en el Congreso, se encuentra disponible en la página web oficial de su fundación: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>

la organización americana denominado “Internacional Consumers Research & Testing” (“Organización Internacional de investigación y experimentación de consumidores”) creada en Reino Unido en 1990 y formado por más de 35 organizaciones de consumidores internacionales cuyo principal objetivo era facilitar la cooperación entre sus miembros y promover la investigación y las pruebas en el campo de los bienes y servicios de consumo. Los fundadores fueron: “Consumer Reports” (EEUU), “Association des Consommateurs Test-Achats SC” (Bélgica), “Consumemtenbond” (Países Bajos); “Stifung Warentest” (Alemania), “UFC, Que Choisir” (Francia), “Which?” (Reino Unido). Actualmente, esta organización está compuesta por miembros de todos los continentes. En 1990 también se creó CONSEUR, también denominado EUROCONSUMERS, una corporación privada e independiente con sede en Luxemburgo formada por organizaciones de consumidores de Bélgica (Association Belge des Consommateurs, Test Acharts y ECC Belgium), España (OCU), Italia (Altro Consumo y Soldi), y Portugal (Deco Proteste). A pesar de ser un grupo europeo, es miembro la organización brasileña Proteste.

Aunque existían algunos movimientos sociales e iniciativas legislativas en la primera mitad del siglo XX en Europa, lo cierto es que los distintos acontecimientos bélicos en el viejo continente (dos guerras mundiales, la denominada “Revolución Rusa” y el avance del fascismo) impidieron que en los estados europeos evolucionara en la misma sintonía que en EEUU. En cuanto a España, tras la Guerra Civil 1936 – 1939 y el inicio del periodo dictatorial de Franco que duró hasta 20 noviembre 1975, no tuvo influencia alguna legislativa ni social de los movimientos y progresos que el Europa estaba llevando a cabo. De hecho, durante la dictadura apenas se aprobaron leyes en la materia, destacando solo la “legislación antitrust” aprobada en la Ley 10/1963 de 29 julio, sobre la represión de las prácticas restrictivas de la competencia y la Ley 61/1964 de 11 junio, Estatuto de la publicidad; así como en las aisladas actuaciones legislativas e interpretativas del Tribunal Supremo de aquel entonces como por ejemplo la regulación disciplinaria de los agentes que intervienen en el mercado y su publicaciones protegiendo al consumidor de publicidad engañosa.

Uno de los hitos europeos importantes en Europa fue la creación de la Carta Magna de Protección del Consumidor aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973 mediante la Resolución 543/73. Supuso el inicio de la protección del consumidor de la Europa Comunitaria así como la Resolución de la Comunidad Económica Europea CEE de 14 de abril 1975 relativa al programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores. Desde entonces, el legislador comunitario, preocupado por el devenir de los acontecimientos sociales y la evolución de nuestra Sociedad, ha promulgado diversas leyes e

iniciado trabajos de investigación en favor del consumidor como parte débil del contrato. Estos trabajos se han iniciado, sobre todo, en la última década, en interés del consumidor europeo o de aquellas operaciones contractuales realizadas en suelo europeo. Podemos destacar el “Plan de acción trienal” (1989 - 1992), los denominados “Libros Verdes” creados por la Comisión de las Comunidades Europeas (departamento de Servicio de Política de los Consumidores) y os diferentes tratados de constitución y unión en los que siempre se fija como materia esencial de la Unión la política de los consumidores.

Aunque sin duda, uno de los hitos más importantes y recientes fue el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de 26 octubre 2012 cuyo artículo 12 establece que “Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.” Por primera vez, la Unión Europea (UE) consideraba las reivindicaciones de los consumidores como “exigencias” siendo necesario desarrollar una política de protección mayor acorde – además – con las actuales directivas comunitarias y la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE). Al igual que lo hacía el Tratado fundacional de Unión Europea de Maastricht de 29 julio 1992, el TFUE desarrolla en su Título XV cuya rúbrica es la “Protección de los consumidores” (artículo 169) el contenido para promover los objetivos de la Unión en materia de consumo.

El TFUE establece que la política sobre la protección de consumidores sea una competencia compartida entre la UE y sus estados miembros, de forma que, tal y como dispone su artículo 114, las decisiones sobre la legislación de consumo de cada estado miembro se tomarán previa consulta al Comité Económico y Social Europeo (CESE). Ésta medida no quiere decir que un estado miembro no pueda legislar internamente sobre consumo, pero dicha legislación nacional no podrá ser nunca incompatible con legislación europea. Asimismo, el derecho nacional de cada estado miembro podrá ampliar y mejorar la protección del consumidor, siempre y cuando, de nuevo, no sea incompatible con legislación comunitaria. Esta premisa reviste de vital importancia, pues, la normativa nacional de cada estado ha dado lugar a diversos pronunciamientos del TJUE en materia de consumo dirimiendo si las legislaciones nacionales de algunos estados miembros eran contrarias o incompatibles a la legislación europea, entre ellas, la española.

Durante los primeros años del siglo XXI, la iniciativa legislativa en la Unión Europea ha sido muy activa. Se han continuado con la creación legislativa sobre la protección del consumidor, reforzando su posición en el mercado, y además, se han aprobado otras leyes para proteger al consumidor en campos como la tecnología, internet, entre otros. Asimismo, se han creado otros “libros verdes”, como por ejemplo, sobre la protección de los consumidores en la UE (2001);

sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en derecho civil y mercantil (2002), y estrategia en materia política de los consumidores en la Comunidad Europea (2002-2006). También reviste de importancia la creación de algunos organismos como por ejemplo, el Comité de los Consumidores, el Grupo Consultivo Europeo de los consumidores.

El núcleo de las políticas europeas ha sido y es la protección de los consumidores y mejorar la información de consumo. La EU se ha marcado como objetivo armonizar las políticas y normativas sobre protección de los consumidores de cada estado miembro. Una de las novedades más importantes en los últimos años ha sido garantizar a todo consumidor su protección, independientemente del lugar de la UE o del resto del mundo en que realice la compra o el acto de consumo. A este respecto, ha sido un actor esencial el TJUE en su interpretación de las directivas europeas. Por ejemplo, en supuestos como la compra de un billete de avión de una compañía aérea europea pero comprado fuera de la UE y con escala en Europa y destino no europeo. Actualmente, la Comisión europea se encuentra trabajando en la elaboración de una directiva que englobe las cuatro principales directivas europeas sobre información del producto, condiciones contractuales, entrega, devolución reparaciones, garantía y anulación de una compra.

3. La Resolución 70/186, de 22 de diciembre 2015, sobre la protección del consumidor dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU)

La Asamblea General de la ONU, en su septuagésimo período de sesiones, abordó como tema 18 a) del programa la protección del consumidor tomando nota del mandato encomendado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su décimo tercer período de sesiones, celebrado en Doha (Catar) del 21 al 26 de abril 2012. La Asamblea reafirmó las directrices de su protección fijada en las anteriores resoluciones 1981/62 de 23 julio 1981 y 38/147 de 19 diciembre 1983 como un conjunto valioso de principios para establecer las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y las políticas al respecto. La Asamblea General también decidió establecer un grupo intergubernamental de expertos en derecho y política de protección del consumidor en el marco de la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, con la misión de actuar como mecanismo institucional internacional encargado de la aplicación de las Directrices.

La ONU reconoció que desde ésta última resolución de 2015 habían pasado treinta años y aunque la protección del consumidor ha aumentado, su avance ha sido desigual en todos los países del mundo. Asimismo, la ONU es consciente que la diversidad cultural y económica influye en la protección al consumidor y considera que existe un consenso general para dictar una serie de directrices en la materia. Igualmente, la ONU reconoce que las legislaciones deben continuar

protegiendo al consumidor de conductas o prácticas engañosas y desleales con sólidos ordenamientos jurídicos adaptables a las nuevas realidades como por ejemplo el comercio electrónico y la era digital. Por tanto, fijó doce directrices en protección de consumidor:

En el contenido de la resolución, la ONU también se ha detenido en el estudio del término de consumidor y concluye que “A los efectos de las presentes directrices, el término “consumidor” hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas.” ¿Por qué la ONU ha tenido la necesidad de definir al consumidor? Lo cierto es que desconocemos si en la Asamblea hubo un debate sobre el concepto de consumidor pero es, cuanto menos, llamativo que considere necesario aludir al concepto sin perjuicio de que los estados puedan adoptar definiciones diferentes. Y, es que, en mi opinión, su concepto es demasiado genérico y difuso, a diferencia del resto de legislaciones mundiales que utilizan definiciones más detalladas y concretas. La definición de la ONU nada aporta a la legislación existente y se olvida de otros supuestos o requisitos que se están aplicando en los países. Por ejemplo, no tiene en cuenta la jurisprudencia que el TJUE emana en los últimos años sobre ello. De hecho, la coletilla “por lo general” da lugar a interpretar que caben excepciones en la definición. El uso de conceptos como fines personales, familiares o domésticos oscurece aún más la figura del consumidor teniendo en cuenta que las relaciones contractuales en la que una persona participa son cada vez más complejas y arduas con aristas muy diferentes en el mercado actual. En conclusión, en mi opinión, la definición que ofrece la ONU es vaga, confusa, imprecisa y demasiado genérica para las necesidades de la realidad actual.

4. El consumidor en Iberoamérica

En los países iberoamericanos de habla castellana y portuguesa, el movimiento pro consumidor también se ha visto influenciado por los acontecimientos sociales e históricos aunque con menos homogeneidad en el conjunto de estados latinoamericanos que en los países europeos. Un estudio profundo de cada estado y zona geográfica requiere un análisis pormenorizado. No obstante, debido a la extensión de este artículo, citaremos sólo aquellos acontecimientos más relevantes.

Especialmente notable es la protección del consumidor en Brasil. Desde la década de 1970 y 1980 se ha promovido la creación de organizaciones de consumidores sin ánimo de lucro y los primeros organismos públicos cuya actividad divulgadora influiría en la aprobación de la ley 7347/1985, de 24 de julio 1985, conocida como la “Lei da Ação Civil Pública” (“Ley de Acción Civil Pública”). La figura del

consumidor y su protección ha sido regulada en la constitución federal brasileña de 5 octubre 1988 cuya protección se ha desarrollado en un importantísimo Código de Protección al Consumidor (“Código de Proteção e Defesa do Consumidor”), instrumento jurídico que, de momento, no se ha utilizado en Europa – y tampoco en España – para agrupar todas las normas sobre consumo. Se trata de una técnica legislativa napoleónica que ha quedado en desuso.

En Argentina, los movimientos de la clase obrera y la creación de sindicatos de los trabajadores en un país en proceso de reindustrialización desde mediados del siglo XX propició que el movimiento denominado “Peronismo” comenzará a aplicar políticas intervencionistas con el objetivo de proteger al consumidor más pobre. Algunos historiadores consideran a este periodo como “nuevo consumo obrero”. El Gobierno argentino preocupado por ello, inició campañas educativas y divulgativas importantes durante finales de la década 1970 y en 1980; sin embargo, a pesar de todos estos esfuerzos, no es hasta el 22 de septiembre 1993 cuando se promulgó la ley nº 24.240 de Defensa del consumidor. Con base a esta nueva normativa, se crearon instituciones públicas de protección y tras la reforma constitucional en 1994, Argentina incluyó por primera vez en su Carta Magna la protección al consumidor (artículo 42 y 43) en la misma sintonía que otros estados americanos de su entorno y Europa había realizado décadas anteriores.

Otros estados del cono sur como Chile, Uruguay o Paraguay tuvieron un desarrollo más tardío. A diferencia de Argentina y Brasil, no existen movimientos sociales de importancia siendo el gobierno el precursor de la defensa del consumidor. En Chile se creó el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y en Uruguay la Dirección de Defensa del Consumidor en primer lugar, y posteriormente el Área de Defensa del Consumidor (ADECO). Sin embargo, no es hasta finales de la década de 1990 cuando se promulgan las primeras leyes de prevención y protección al consumidor como la chilena ley nº 19.496 de fecha 28 enero 1997, sobre la protección del consumidor y en Uruguay, aunque existían anteriormente algunas leyes sobre la inspección de medicamentos y alimentos y la regulación de precios sobre todo en los bienes de primera necesidad⁶. En ninguno de estos dos estados se recoge su protección sus textos constitucionales, aunque en Chile recientemente - el 25 octubre de 2020 – se ha aprobado en plebiscito popular la creación de una mesa constituyente que elabore un nuevo texto constitucional, dejando atrás la actual Carta Magna del dictador Augusto Pinochet Ugarte. Estoy seguro que los encargados de esta importante encomienda incluirán en la misma la protección del consumidor, lo cual, propiciará la aprobación de normas en la materia y sobre la delimitación del consumidor.

6 Destaca la ley nº 17.189 de 30 septiembre 1999, sobre las normas relativas a las relaciones de consumo la cual fue derogada al año siguiente por la ley nº 17.250 de 11 agosto de 2000, de la defensa del consumidor.

Paraguay ha seguido la estela de sus países vecinos. El pensamiento pro consumidor se desarrolló tardíamente. No es hasta la entrada en vigor de la actual Constitución de 20 de junio 1992 cuando este país regula por primera vez la figura del consumidor elevándolo a rango constitucional aunque de forma farragosa y difusa. En realidad, Paraguay no aprueba la primera norma en favor del consumidor hasta el 18 de junio 1998 con la Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y usuario.

En Centroamérica y los países andinos, a excepción de Perú, no han tenido una gran evolución en el derecho de consumo. Su aparición es muy residual y tardía. A penas existen algunas pequeñas organizaciones de empresarios y de agricultores, así como grupos en defensa de los derechos de los indígenas. No existe como tal un pensamiento consumista, por lo que sus ciudadanos no conciben como derecho fundamental la protección del consumidor. En el caso de Perú, es la excepción. La actual Constitución peruana de 29 de diciembre 1993 si regula la protección del consumidor (artículo 65). Al igual que Brasil, el 1 de septiembre 2010 aprobó el Código de protección y defensa del consumidor como marco normativo básico en el régimen económico social peruano. Hace apenas diez años que se promulgó este código, mientras que en EEUU, Europa u otros estados de su entorno sur hacía décadas del desarrollo normativo en la materia de consumo.

En Colombia, la noción de consumidor fue más paulatina. Aunque en la década de 1980 se dictó alguna norma que regulaba las relaciones de consumo, no es hasta el 2 de diciembre 1982 cuando se dicta el decreto n° 3.466 con el nombre "Por el cual se dicta normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones" definiendo en su texto el concepto de consumidor. Tras la aprobación de la vigente carta magna de 4 julio 1991 su artículo 78 establece como derecho fundamental la protección del consumidor. A pesar de esta garantía constitucional, no es hasta 2011 cuando se aprueba la primera norma específica conocida como el Estatuto del Consumidor (ley n° 1480 de 12 de octubre 2011).

Respecto a Venezuela, el país que hoy conocemos, es muy diferente al país del siglo XX. Podemos calificar a este país como pionero en la protección del consumidor, pues ya desde la primera mitad del siglo XX promulgó diversas leyes sobre el mercado y el comercio, la calidad de los alimentos y el control de costes, por ejemplo. Aunque no es hasta finales del siglo XX cuando por primera vez aprueba un marco normativo específico de consumidor con la Ley de Protección al Consumidor, de 21 de mayo 1992. Se trata de una ley dibujada al estilo europeo, exportando el sistema del viejo continente, orientado directamente a proteger al consumidor. Su configuración fue una revolución respecto al resto de estados latinoamericanos de su entorno. Asimismo, se crea

el organismo Superintendencia de Protección al Consumidor y el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor (IDEC). Tres años más tarde, la ley fue modificada posteriormente, incluyendo la figura del "usuario" como sujeto distinto al consumidor y estableciendo procedimientos sancionadores.

Con la llegada al Gobierno de Hugo Chávez en 1999, todo cambió ya que la aprobación de su actual texto constitucional prohibió expresamente los monopolios (artículo 113) y estableció el derecho de todo consumidor para disponer de bienes y servicios de calidad, información adecuada del producto y no engañosa, y libertad de elección (artículo 117). La política intervencionista de Venezuela ha dado lugar a considerar que el derecho de consumo en Venezuela ha evolucionado a medio camino entre el derecho público y privado utilizando instrumentos de ambos ámbitos en favor del consumidor. Actualmente, se encuentra en vigor la nueva ley n° 37.930 de protección al consumidor y usuario de 1 de abril 2004 que ha servido de base para aprobar otras en favor de los derechos de los consumidores más específicas⁷. El actual Gobierno venezolano de Nicolás Maduro ha continuado con la política intervencionista.

En el entorno de los países del Caribe, Cuba, ha sido uno de los primeros países de América en legislar en favor del consumidor. A pesar de los acontecimientos políticos y sociales que han marcado la historia de este país es uno de los estados americanos más sensibles en cuestiones sociales. En la denominada "Revolución", se promulgó la ley n° 697 de 22 de enero 1960 de Protección al consumidor para controlar el alza de los precios de artículos básicos de consumo y durante la década de 1960 se crean algunos sistemas y oficinas de control sobre los alimentos y el abastecimiento, modelo que continuará en décadas posteriores. En los años 1990, la iniciativa reguladora de protección al consumidor progresa aumentando la sensibilización de los cubanos en la protección de sus derechos como consumidores con importantes iniciativas publicitarias y educativas creando el Sistema de Inspección de la Protección al Consumidor en los Órganos de la Administración Central del Estado y Entidades Nacionales⁸. Actualmente, los denominados "Lineamientos"⁹ se han ocupado de la protección del consumidor (por ejemplo, "Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución" epígrafe XII sobre la política para el comercio, Lineamiento Núm. 313). Estos Lineamientos se han ido actualizado, por lo que en 2016 la protección del consumidor se estableció en el nuevo capítulo XIII relativo al "Perfeccionamiento del Sistemas y Órganos de Dirección" con el fin de fortalecer aún más la protección

7 Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 27 de mayo 2008 o la Ley de reforma parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 1 de febrero 2010

8 Mediante la resolución n° 1 del Ministerio de Comercio Interior de 3 de enero 2002.

9 Instrumento jurídico de contenido económico y político cuyo objetivo es reformar un modelo económico sin abandonar el prisma social.

con medidas fijadas por las administraciones locales. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de Cuba por mejorar la protección del consumidor, su legislación es poca y muy dispersa sin que su texto constitucional recoge de forma expresa la protección de los consumidores como derecho fundamental, aunque parece que pueda dilucidarse en la regulación dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales. Los esfuerzos de Cuba en materia de consumo siguen sin ser suficientes. El gobierno cubano no ha promulgado ninguna ley de protección del consumidor, y los grupos de trabajo y los lineamientos dictados en la materia no han dado sus frutos, aunque se han dictado algunas normas sobre la materia, como por ejemplo, la reciente instrucción n° 5/2019 de 24 septiembre 2019 sobre la "compensación al consumidor y los tiempos de garantía de los productos y servicios".

Puerto Rico es otro de los enclaves del Caribe con una regulación establece en materia de consumo. La particularidad de este país se encuentra determinada por su historia con influencia directa de EEUU del que es estado asociado independiente desde 1917, por lo que la noción de consumidor no se desarrolla en Puerto Rico hasta el discurso de John Fitzgerald Kennedy de 15 marzo 1962.

Ni la constitución de EEUU ni la de Puerto Rico regulan o hacen alguna mención al consumidor. Este hecho es sorprendente, pues a pesar de que EEUU ha sido un estado pionero en materia de consumo – y por extensión, Puerto Rico – sus textos constitucionales no reconocen expresamente el derecho de los consumidores. No obstante, en los últimos años se han creado mesas de trabajo para aprobar el marco normativo en esta materia. El 14 agosto 2009, la senadora puertorriqueña y presidenta de la Comisión de Asuntos del Consumidor del Senado de Puerto Rico, Lornna Soto Villanueva, presentó ante el Senado de EEUU un proyecto para crear un Código de Consumidor (propuesta n° 1.047). No fue aprobada, por lo que actualmente, Puerto Rico no cuenta con ninguna normativa específica en protección del consumidor. Se ha limitado a promulgar leyes individuales sobre bienes y servicios concretos como la compra de vehículos, seguridad alimentaria, entre otros.

A pesar de ello, Puerto Rico cuenta con el Departamento de Asuntos del Consumidor (DACO) creado en 1973 el cual ha promulgado la Carta de Derechos del Consumidor de mayo de 1985¹⁰. Conviene destacar también que DACO elabora periódicamente planes estratégicos en la protección del consumidor. Entre las metas establecidas en el último plan 2017-2020 podemos destacar la promoción y divulgación de los derechos del consumidor para lograr que estén completamente informados así como ampliar y mejorar la transparencia en los procesos burocráticos, o simplificar los reglamentos y manuales administrativos.

¹⁰ Modificada en dos ocasiones para adaptarse a los tiempos: el 14 de febrero de 1992 y el 15 de marzo de 1994.

Asimismo, en la Cámara de Representantes de Puerto Rico se ha creado la Comisión permanente de asuntos federales y del consumidor, banca y seguros cuya principal función es el control y revisión de los derechos de los consumidores en cualquier ámbito y área, como la contratación bancaria y seguros, precios, prácticas desleales y engañosas, etc. Por tanto, no tardará mucho en que Puerto Rico, por fin, apruebe su primera ley en defensa y protección del consumidor.

En cuanto a la República Dominicana, la influencia europea sobre la materia llegó bastante tarde, pues no es hasta hace apenas quince años cuando el parlamento dominicano aprobó la primera ley sobre la protección del consumidor. Se trata de la ley General n° 358, de 9 de septiembre 2005, de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario. A esta ley se le conoce como la Ley Pro Consumidor; según su proyecto de ley, las autoridades dominicanas se comprometieron a aplicar las directrices sobre la defensa del consumidor aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución número 39/248, del 9 de abril de 1985, así como a dar cumplimiento al Acuerdo de Marrakech sobre la organización mundial del comercio. Asimismo, se creó el Instituto Nacional Pro Consumidor. Se trata de un claro ejemplo de influencia internacional en el ordenamiento jurídico e iniciativa legislativa de un estado soberano y libre.

La República Dominicana fue consciente de la fuerte globalización mundial que requería de la creación de instrumentos legales para proteger al consumidor y de la creación mediante de esta ley del Instituto Nacional Pro Consumidor. A pesar de contar en su historia reciente hasta con hasta 31 textos constitucionales y numerosas reformas, no es hasta la Constitución de 26 de enero 2010 cuando por primera vez se reconoce el derecho de los consumidores (artículo 53) como un derecho fundamental. La Carta Magna de 2010 se encuentra influenciada por el derecho europeo, inspirada en el resto de constituciones de los estados europeos más avanzados, tanto por su estructura como en su contenido. A diferencia del resto de estados iberoamericanos y europeos, La República Dominicana promulgó su ley de protección al consumidor antes de otorgarle categoría constitucional.

La influencia de la declaración n° 39/248 de 9 de abril 1985 dictada por la ONU en la que se acordaron las directrices principales en la protección de consumidor, diez años después, Costa Rica promulgó su primera norma en la materia, la ley n° 7472 de 20 de diciembre 1994, de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Era la primera vez que Costa Rica regulaba la protección del consumidor, sus derechos e intereses. No obstante, Costa Rica ya había regulado en el artículo 46 de su Carta Magna de 1996 sobre la prohibición de monopolios en el comercio, la agricultura y la industria.

La influencia costarricense en el resto de estados de Centroamérica ha sido patente pero más tardía. Así pues, por ejemplo, en el caso de Panamá no es hasta

hace doce años cuando se promulga la primera norma sobre la materia. El 31 de octubre de 2007, la Asamblea Nacional de Panamá aprobó la ley n° 45 denominada “Que dicta normas de protección al consumidor y defensa de la competencia” con el objetivo de “preservar el interés superior del consumidor”. Esta coetilla final del art. I de la citada ley no es baladí, pues por primera vez se configura los intereses del consumidor como “superiores”. Uno de los hitos importantes de esta norma es la consideración de interés público la defensa del consumidor, de manera que se convierte en preocupación pública instando a todas las administraciones de Panamá a velar por los intereses de los consumidores. Asimismo, se crea la “Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia” (ACODECO) como una entidad pública descentralizada del Estado, con personalidad jurídica propia, autónoma e independiente.

La vigente carta magna de 11 de octubre 1972 ha sido modificada en varias ocasiones; en materia de consumo, la revisión de 15 noviembre de 2004 incluyó en el artículo 49 la protección del consumidor como derecho individual y social de categoría constitucional. Si bien es cierto, su regulación es excesivamente genérica pues solamente se indica que la “Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario...” Resulta especial atención que, sin embargo, si establece en el artículo 72 la obligación del Estado de velar por el control de calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización, lo cual, implica una situación de inferioridad de los nacionales panameños frente a las empresas de estos sectores que, además, generalmente son empresas transnacionales.

El sistema legal de protección al consumidor en Panamá es cuestionable, pues la protección que dispensa al consumidor es demasiado genérica prevaleciendo – incluso - la posición empresarial garantizada por el estado. Esta diferencia con el resto de estados americanos se debe a que Panamá protege esencialmente a la empresa e inversor – sobre todo extranjero – pues su sistema económico y legal es considerado por muchos estados como un “paraíso fiscal”, entre ellos, la Unión Europea hasta el 5 de diciembre de 2017 en el que por primera vez se eliminó a Panamá de la “lista negra” de paraísos fiscales. Desde entonces, Panamá ha ido tomando decisiones para perder su consideración de paraíso fiscal comprometiéndose a cumplir y realizar determinadas acciones políticas y económicas “de alto nivel”. Sin embargo, todavía, para muchos de los estados sigue estando en la lista negra, por ejemplo, para EEUU o Francia, pues a pesar de la decisión adoptada por la UE, estados que la forman siguen incluyendo a Panamá como un paraíso fiscal.

El resto de estados de Centroamérica han tenido una evolución similar y paralela en virtud de las de la declaración n° 39/248 de 9 de abril de 1985 dictada por la ONU, como Guatemala, Honduras y El Salvador promulgando sus primeras normas sobre la protección al consumidor a finales de 1980 y principios de 1990 y 2000¹¹.

En México, los movimientos culturales y sociales en materia de consumo han revestido de gran importancia. El decreto de fecha 3 de febrero 1983 que reforma parcialmente los artículos 16, 25, 26, 27, 28 y 73 de la Constitución mexicana refieren a los intereses del consumidor, aunque no se regule específicamente su protección como tal. En realidad, la carta magna mexicana no recoge el derecho del consumidor como fundamental, como derecho si han hecho otras constituciones del resto de estados americanos, y por supuesto, europeos. Se trata de una de las diferencias más importantes respecto de ordenamientos jurídicos internacionales.

No obstante, aunque México no proteja el derecho del consumidor en su carta magna, si ha promulgado leyes para garantizar su protección. La ley Federal de Protección del Consumidor de 22 de diciembre 1975 es una norma de contenido básico cuya principal crítica de la ciencia jurídica y social fue su falta de contenido expreso y específico en la protección del consumidor, llena de generalidades y pocas reflexiones. Por ese motivo, y a tenor de la declaración n° 39/248 de 9 de abril de 1985 dictada por la ONU, México decidió modificar su marco normativo para actualizarlo a la cultura de consumo mexicano aprobando la Ley Federal de Protección del consumidor de 18 de diciembre 1992, vigente en la actualidad, y se han creado instituciones públicas como el Instituto Nacional de Consumo. La cultura de consumo en México va más allá; en la actualidad, existen numerosas publicaciones y revistas sobre la materia con interesantes estudios sobre el consumidor, su evolución y la protección de sus intereses, así como la creación por parte del gobierno de programas nacionales de protección del consumidor.

11 Guatemala: el artículo 119.1era i) de la Constitución de 31 mayo 1985 fija como obligación de Estado la protección del consumidor. Aunque en el periodo 1985 a 2003 se dictaron algunas normas de protección, no es hasta la aprobación del Decreto n° 6-2003 sobre la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, de 11 de febrero de 2003 cuando se dicta una norma específica.

Honduras: el Acuerdo gubernativo n° 264-1989 para la creación de una ley sobre el consumidor. El 7 de abril 1989 se dictó el decreto n° 41-1989 por el cual se aprobaba la Ley de protección al consumidor, derogando el decreto n° 91 de 7 de noviembre 1973 cuyo objetivo era regular los precios de los bienes en el mercado hondureño. Actualmente, en vigor el decreto n° 24-2008 sobre la Ley de protección al consumidor de 30 de abril 2008. No existe regulación en su Carta Magna.

El Salvador: su texto constitucional si regula como derecho fundamental de sus ciudadanos la defensa de los intereses del consumidor (artículo 101 y 110). El decreto n° 666, de 14 de marzo 1996, aprobó la Ley sobre la protección del consumidor, siendo reformada por la vigente ley aprobada mediante el decreto n° 776, de 18 de agosto 2005.

III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

I. El concepto de consumidor

El término “consumidor” es un concepto socio-económico que el derecho ha tomado prestado para estudiar y caracterizar las relaciones jurídicas que merecen cierta protección a consecuencia de la posición que éste tiene en el mercado frente a los empresarios¹². La doctrina ha distinguido las siguientes concepciones:

A) Consumidor ciudadano (interpretación amplia y multidisciplinar también denominada abstracta): se basa en la concepción que J.F Kennedy: “Todos, por definición, somos consumidores”. Identifica al consumidor como un ciudadano en su más amplia percepción como individuo que forma parte de una sociedad económica, siendo éste el mayor grupo de la economía, que debe ser tutelado. Por ello, requiere una legislación que, no sólo proteja al sistema económico y sus operadores profesionales, sino también al ciudadano que consume y que es clave en el funcionamiento de la economía.

B) Consumidor cliente (interpretación restrictiva): en contraposición con la interpretación amplia, se parte de la idea de que el consumidor participa en una relación bilateral con el profesional que produce u ofrece el bien o servicio y la persona que lo adquiere (consumidor) fuera del ámbito de su actividad profesional y siempre para su uso propio que denominaremos “acto de consumo”. Se considera que aunque exista esta relación bilateral, si el éste actúa dentro de su actividad profesional, no podremos calificarlo como consumidor ni dicha relación contractual será un acto de consumo.

C) Consumidor como destinatario final (interpretación más restrictiva): esta concepción es aún más restrictiva que la anterior pues parte solo de la idea del destinatario final. Solamente se tiene en cuenta a aquel ciudadano que adquiere un bien o un servicio para uso privado sin introducirlo posteriormente en el tráfico mercantil de nuevo.

D) Consumidor material: es uno de los conceptos menos desarrollados en la doctrina. Se trata de aquella persona que no contrata o adquiere un bien o servicio pero si lo usa o lo consume. Por ejemplo, cuando nuestro padre compra una botella de vino o unas naranjas y nos la regala siendo nosotros quién las consume.

En definitiva, el consumidor material es la persona que disfruta del bien o servicio y, por tanto, puede ejercer los derechos, garantías y acciones que puedan

12 CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, JAVIER LETE ARCHIRICA O FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA.

corresponderle. Aplicando esta concepción, por ejemplo, se han aprobado leyes nacionales y directivas europeas sobre la responsabilidad civil de productos defectuosos. Siguiendo el ejemplo anterior, imaginemos que las naranjas que hemos regalado a nuestro amigo están en mal estado. Es éste, el consumidor final y material del bien y el legitimado para ejercitar acciones frente al profesional.

E) Consumidor como cliente potencial: se trata de una concepción novedosa introducida en la última década en el campo del derecho de la competencia desleal (derecho antitrust) con fundamento en el artículo 83.I del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (hoy artículo 101 del TFUE) que prohíbe acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y profesionales en perjuicio de los intereses del consumidor. Esta noción incorpora al término consumidor desde su prisma social utilizando aspectos sociológicos para conocer los clientes potenciales que en el futuro se convertirán en consumidores. Se trata de una de las concepciones con mayor proyección pues en la actual sociedad digital y tecnológica en la que vivimos, cada vez más, las empresas utilizan - compran y venden - los datos personales de los usuarios para conocer sus gustos y su forma de pensar y de entender el mundo.

Pensemos que, hoy en día, los anuncios publicitarios inundan las redes sociales e internet. En algún momento, cualquiera de nosotros se ha parado a pensar porqué le recomiendan en su red social (Twitter, Facebook, Instagram, Youtube, etc) un producto o servicio concreto. Seguramente, hallamos visitado una página web, dado un “me gusta” en una aplicación o leído una noticia en una periódico digital en el que se ofrece o se recomienda un producto concreto (un viaje, la compra de un vehículo o un libro, la reserva de un hotel...). A estas personas se les denomina “clientes potenciales” pues, aunque no lo son en ese momento, es posible que en el futuro sean consumidores del producto o servicio en cuestión. Por este motivo, en la actualidad, la práctica totalidad de empresas contratan los servicios de profesionales especializados en la materia (agencias de publicidad y marketing en su mayoría) para conocer sus posibles clientes potenciales y estudiar sus gustos. No es lo mismo vender un producto a un adolescente que a una persona de mediana edad, por ejemplo. En esta noción de consumidor influyen muchos factores como son los gustos, la ideología, la edad, el lugar en el que vivas, la red en la que se oferte el producto, etc.

Algún autor como RICARDO PAZOS o JOSÉ BERMEJO VERA concluyen que el consumidor siempre debe analizarse su cualidad en la relación contractual desde los actos previos o preparatorios al contrato o dentro de su ámbito de actuación concreto. En esta misma línea, el catedrático ALBERTO BERCOVITH CANO defiende la construcción jurídica de consumidor según el ámbito en el que éste se desarrolle o actúe, concepción que persigue en los últimos años las directivas europeas. Por ejemplo, la definición de consumidor en materia de contratación bancaria

y cláusulas abusivas, la contratación fuera del establecimiento o local comercial, compra por internet, entre otras. JOSÉ EUGENIO CASTAÑEDA Y MUÑOZ va más allá y partiendo de la tesis finalista, ofrece una distinción entre consumidor económico o extraeconómico. El primero de ellos actúa como consumidor al adquirir el producto con la finalidad de incorporar éste a un proceso productivo o de transformación, mientras que el segundo adquiere el producto sin que éste retorne al mercado; se trataría – en esta segunda clase – del que social o popularmente conocemos como consumidor.

Está claro que no es una tarea fácil determinar el concepto de consumidor. J.E. Castañeda se plantea que si desde un punto de vista teórico y legislativo no existe unanimidad al respecto ¿Por qué no intentar una solución a través de los actos realizados por una persona? Es decir, plantea aplicar el criterio denominado “mutatis mutandis” (“cambiando lo que se debía cambiar” o lo que es lo mismo, hacer los cambios necesarios).

Si observamos la redacción de la anterior y primera española, la ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, su artículo 1 definía más ampliamente el término de consumidor y empresario del que lo hace el actual redacción (artículo 3 Ley 1/2007,16 noviembre): “...son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

Con estas premisas, también debemos de preguntarnos si una persona jurídica puede ser calificada como consumidor. En el derecho comunitario no se plantea esta opción¹³, en España sí. A este respecto, LUIS DIEZ-PICAZO, definió al profesional no solo a las sociedades y empresas, sino a las personas jurídicas que carecen de ánimo de lucro que alcanzan sus fines institucionales a través de una actividad susceptible de considerarse profesional. En este mismo sentido, también podemos destacar a JUAN MANUEL BADENAS CARPIO. De hecho, esta consideración es la que se debate actualmente en los tribunales en muchos de los supuestos concretos que la jurisprudencia ha tenido que analizar en los últimos años. Por ello, Bercovith afirma

13 Por ejemplo, el actual artículo 2 de la Directiva Europea 93/13/CEE de 5 abril de 1993 define como consumidor a “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” y como profesional a “toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.”

que tiene un papel determinando el “ánimo de lucro” entendiéndolo éste como aquella motivación o intención para obtener una ganancia o beneficio individual o colectivo. Por tanto, para calificar a una persona física o jurídica como consumidor o profesional es necesario averiguar si la adquisición del bien o servicio se ha realizado con dicha intención incluso aunque después se introduzca de nuevo el bien o servicio en el mercado. No obstante, la doctrina considera – comparto su opinión – que los estados miembros de UE pueden aumentar la protección de consumidor siempre que la legislación nacional – como la española – no contradiga la comunitaria. Esta misma idea se mantiene en el derecho francés y que se expone con claridad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Francia¹⁴ sobre la compra de unos equipos informáticos con opción a compra por el sindicato del control de leche de Mayenne formado por ganaderos y la empresa Europe Computer Systems (ECS). El Alto Tribunal francés concluyó que el código de consumidor nacional no excluye al profesional de considerarlo consumidor sin que ello vulnere el derecho comunitario.

Por ello, la doctrina española ha debatido sobre la armonización plena del derecho europeo y los estados miembros. Si existiera una armonización plena no se permitiría a los estados miembros como España una regulación que pudiera considerar a un profesional o persona jurídica consumidor. Esta situación se planteó por un tribunal italiano al TJUE resolviendo el tribunal europeo en su sentencia 22 noviembre 2001¹⁵. En esta resolución, se cita en el párrafo 14 al ordenamiento jurídico español y francés en cuanto el derecho nacional de ambos no excluye a los profesionales o personas jurídicas de considerarles consumidores. Por tanto, las autoridades jurídicas europeas son conscientes que los ordenamientos jurídicos nacionales discrepan del comunitario. El TJUE tenía la oportunidad de profundizar sobre este debate en relación con la armonización del derecho UE pero todo quedó en un intento pues en una escueta argumentación se remitió a la definición que el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE para desestimar las cuestiones planteadas por el tribunal italiano.

¿Qué concepción utiliza el ordenamiento jurídico español?

En España y, por supuesto, en Europa se han promulgado numerosas normas desde la concepción del consumidor como destinatario final. Es decir, no importa si el consumidor es un ciudadano o no que forma parte de nuestra sociedad o si éste ha adquirido por sí mismo el bien o servicio. Solo se tiene en cuenta el destino final; así, se plasma en la jurisprudencia nacional española y europea, tal y como analizamos en el epígrafe siguiente. El actual artículo 3 Ley 1/2007 de 16

14 Sentencia Tribunal de Casación (Court de Cassation), 15 marzo de 2005, Rec. 02-13-285

15 STJUE 22 noviembre 2001, C-541/99 *Cape Snc vs Idealservice Srl* acumulado C-542/99 *Idealservice MN RE Sas vs Omai Srl* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61999CJ0541>)

noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, parte de esta tesis, definiendo el consumidor como "... las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial." Se trata de una definición muy amplia y genérica que no ha servido para dilucidar aquellos supuestos más dudosos que la jurisprudencia ha tenido que interpretar para dar soluciones en casos concretos. De igual forma, la doctrina mayoritaria se ha limitado a estudiar el concepto siempre desde el punto de partida del consumidor como destinatario final aplicando una tesis que en la actualidad jurisprudencial se ha detectado insuficiente.

2. El concepto de empresario

Para hablar del concepto de consumidor, tenemos también que hacerlo del empresario. En contraposición con la definición de consumidor podemos decir que el concepto de empresario siempre se ha definido en la norma desde un prisma negativo, es decir, todo aquel que no reúna las características y requisitos de consumidor será empresario. Así, se define en los citados artículos 1 Ley 26/1984 y actual artículo 3 Ley 1/2007. Sin embargo, como hemos expuesto, la vigente legislación introdujo matices importantes para poder calificar como consumidor no solo a las personas físicas sino también jurídicas, siempre y cuando no actúen con ánimo de lucro dentro de su actividad profesional. El problema es que a veces la línea de lo se supone que es su actividad profesional es difusa o delgada y deberá ser análisis en cada caso concreto, como veremos en el siguiente epígrafe.

En este sentido, también debemos estudiar si una administración pública puede ser considerada consumidora o empresaria a los efectos de la ley. La principal problemática surge cuando una empresa pública presta servicios públicos (por ejemplo, la empresa ADIF vende billetes de tren a través de empresas privadas en régimen de concesión temporal. A pesar de que la gestión de la venta se efectúa a través de una empresa privada, el servicio es ofertado y ofrecido por una empresa pública. Otros de los campos habituales en este tipo de escenarios es la atención sanitaria o la educación pública. En este sentido, se asimila a los usuarios de estos servicios públicos a los consumidores al estar en una posición contractual débil y de inferioridad frente a la administración pública. A este respecto, la directiva europea 80/723 de 25 junio d1980 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas define a la empresa pública en su artículo 2 como "cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen" y continua

diciendo: "Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa; a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa."

Esta directiva ha sido derogada por la actual 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. Su artículo 2.b) no ha cambiado la definición de empresa pública, manteniéndose exactamente la establecida en la anterior directiva de 1980. Así las cosas, se traspuso a nuestro ordenamiento jurídico las directivas comunitarias 2014/23y 2014/24 ambas de 26 febrero de 2014 mediante la ley 9/2017 de 8 noviembre, sobre los Contratos del Sector Público. En su artículo 3 se define a todas las entidades públicas que participan en la contratación del sector público. Es un precepto exhaustivo que no deja lugar a dudas para concluir cuando una administración pública participa como empresaria en una relación contractual con un consumidor o usuario.

IV. DELIMITACIONES AL CONCEPTO: SUPUESTOS PRÁCTICOS ESTUDIADOS POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA

Teniendo en cuenta que la legislación española parte de la concepción del consumidor como destinatario final, en los últimos años los tribunales han ido delimitando el concepto fijando criterios objetivos para configurar la condición de consumidor. Aunque parece una tarea fácil, la casuística práctica ha puesto en aviso a juristas y magistrados ante la falta de concreción del concepto de consumidor, encargándose los órganos judiciales de fijar límites y requisitos que, posteriormente, han sido plasmados en la reforma actual de la figura "consumidor vulnerable" introducida recientemente por el Ministerio de Consumo de España mediante el Real Decreto 1/2021 de 19 enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Así, se incluye un segundo apartado en el vigente artículo 3 Ley 1/2007 la definición de "consumidor vulnerable" como "Asimismo, 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.”

Por primera vez, se incluyen criterios objetivos y subjetivos fijos en la definición de la noción de consumidor: i) criterio personal (la persona física o jurídica actué de forma individual o colectiva); ii) criterios subjetivos: circunstancias personales, económicas, educativas o sociales; iii) criterio geográficos: territoriales o sectoriales; iv) otros criterios: según el tiempo, situaciones de subordinación o indefensión. Muchos de estos criterios se han ido definiendo en los supuestos que se han analizado en este artículo y que la actual reforma ha plasmado. No obstante, en cierta medida, son criterios interpretativamente abiertos. No se trata de criterios cerrados, sino amplios pues en cada uno de ellos la interpretación casuística dará lugar a diferentes resultados según el caso concreto. No es lo mismo una persona que cierta formación universitaria que aquel que dejó de estudiar antes de obtener el graduado escolar; o un joven de quince años o una anciana; o una persona con ciertas necesidades económicas que acepta casi cualquier condición contractual con el fin de obtener una solución a su delicada situación, etc.

Aunque la reciente reforma de este 2021 ha ampliado los criterios para definir el concepto de consumidor, en realidad nos encontramos ante una subcategoría o segunda categoría de consumidor que, conforme la prueba de cada caso, tendrá su implicación práctica. Aquel que participe en el tráfico jurídico y económico con el fin de utilizar o introducir bienes y servicios en el mercado dentro de su actividad empresarial o profesional, continuará ostentando su condición de empresario a los efectos del vigente artículo 3 Ley 1/2007 y de la concepción finalista de nuestro ordenamiento jurídico nacional y comunitario.

I. Supuestos prácticos reales analizados en la jurisprudencia

A) El consumidor inversor: en algunos supuestos se ha planteado la incompatibilidad de ostentar la condición de consumidor y ser inversor. A este respecto, en numeras ocasiones el Tribunal Supremo en consonancia con el TJUE ha concluido que ser inversor no impide ser consumidor siempre que la inversión no tenga carácter profesional. Podemos citar las sentencias del TJUE de 10 de abril 2008 o 2 de abril 2020¹⁶ y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 junio 2018¹⁷. Esta resolución del Alto Tribunal resume perfectamente, con cita en la jurisprudencia comunitaria, el criterio que ya mantenía con anterioridad; por ejemplo, en su sentencia 10 marzo 2014 (n° 149/2014), 7 abril 2014 (n° 166/2014), 15 diciembre

16 STJUE 10 abril 2008, C-412/06, asunto Hamilton vs Volksbank Filder eG (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0412>); STJUE 2 abril 2020, C-500/18, asunto Reliantco Investment vs Reliantco Investment Limassol Sucursala București (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62018CJ0500>)

17 STS 3 junio 2018 (n°356/2018, Rec. 3518/2015). Base datos CENDOJ: 28079110012018100341 (<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

2015 (nº 688/2015), 3 junio 2016 (nº 367/2016), 16 enero 2017 (nº 16/2017), 5 abril 2017 (nº 224/2017), 7 noviembre 2017 (nº 594/2017). Lo relevante no es que el consumidor invierta con ánimo de lucro sino que la operación económica se realice dentro de un ámbito profesional. Así pues, la jurisprudencia comunitaria considera que la actividad inversora con intención lucrativa no debe ser un requisito de exclusión para que una persona ostente la condición de consumidor. El ejemplo más claro de inversión es la compra mediante préstamo hipotecario de un inmueble con el fin de alquilarlo y obtener un rédito o revenderlo posteriormente. Puede tratarse de una vivienda o local de negocio, pues el inversor solo tiene intención de lucrarse con el rendimiento que puede obtener sin que utilice esa vivienda o local para crear un negocio o empresa. No obstante, hay que tener en cuenta el matiz del “ánimo de lucro” referido en epígrafes anteriores, pues esta intención se enmarca siempre dentro de la esfera inversora del consumidor para darle rédito a su patrimonio siempre que no constituya su modo de vida, es decir, que los ingresos con los que vive no deriven de estas actividades, pues en ese caso, será considerada profesional ya que los réditos que obtenga de tales inversiones serán su modo de vida.

B) El fiador que avala a un empresario: otro de los supuestos más habituales ha sido concluir si una persona que participa en una operación como fiador o avalista puede ostentar la condición de consumidor, si el avalado es una empresa o autónomo dentro de su actividad empresarial. Así pues el TJUE en su Auto 19 de noviembre 2015¹⁸ matizó el criterio que el Tribunal Supremo mantenía hasta entonces, en cuanto el fiador no tiene porqué perder su condición de consumidor por el hecho de que el avalado sea una empresa, siempre que entre el fiador y el fiado no tengan vinculación funcional, laboral o empresarial. No parece que se trate del mismo supuesto aquel administrador de una sociedad que participa como persona física y fiador en la operación avalando a la misma empresa, que un padre como persona física y sin vinculación alguna con la sociedad, avale una operación de la empresa de su hijo. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 mayo y 19 abril.¹⁹

C) Los contratos con finalidad mixta: en la práctica, también nos encontramos ante supuestos denominados “modalidad mixta”. Se trata de aquellas operaciones contractuales utilizadas con una doble finalidad: empresarial y de consumo. Imaginemos aquel autónomo albañil que decide reformar su vivienda y a su vez cancelar algunas deudas que ha contraído en su actividad laboral. La doctrina

18 Auto de Sala Sexta del TJUE 19 de noviembre 2015, C-74/15, Dimitru Torcau e Ileana Torcau vs Banca Comerciala Sampaolo Tomania S.A (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62015CO0074>)

19 STS 28 mayo 2020 (nº 203/2020, Rec. 3120/2017. Base datos CENDOJ: 28079110012020100195, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>) y 19 abril 2021 (nº 213/2021. Rec.3956/2017. Base datos CENDOJ: 28079110012021100207, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

jurisprudencial ha concluido que para ostentar la condición de consumidor se debe analizar el porcentaje mayoritario para que se ha destinado la operación contractual. En el caso expuesto, si el albañil solicita 100.000 euros a la entidad bancaria y destina 70.000 euros para la reforma de su casa (acto de consumo) y 30.000 euros para la cancelación de las deudas empresariales (acto empresarial), éste no perderá su condición de consumidor en aquella operación. Así, ha resuelto el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril 2017.²⁰

D) Las entidades deportivas: tampoco pierde la condición de consumidor una entidad deportiva siempre que no tenga ánimo de lucro empresarial. Así, lo ha concluido el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 abril 2021²¹ cuando una asociación deportiva que concierta un préstamo hipotecario con una entidad bancaria y con la finalidad de utilizar el capital prestado para reformar sus instalaciones deportivas, lo cual no implica ánimo de lucro, pues entra dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades. A criterio del Alto Tribunal, para que la entidad deportiva actuara como empresario, la mejora de sus instalaciones debería de enmarcarse dentro de una actividad de explotación económica de la entidad deportiva. Por tanto, no es lo mismo utilizar el dinero de la operación para mejorar las instalaciones de sus asociados que utilizan sus instalaciones deportivas que mejorar éstas para alquilarlas a terceros no asociados y obtener un rédito en ámbito empresarial fuera de sus finalidades como asociación deportiva.

E) Las sociedades cooperativas: aplicando el criterio de destino final anteriormente analizado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 diciembre 2020²² ha concluido que los socios de estas cooperativas no pierden su condición de consumidor si la sociedad se ha constituido con el fin de participar en una promoción inmobiliaria y destinar las viviendas de la promoción para uso propio adjudicándose cada socio una de ellas para uso propio. Es decir, la sentencia analiza un caso concreto en el que los demandantes habían creado una cooperativa con el único fin de construir un edificio que constituiría su vivienda habitual al término de la edificación. A pesar de que la cooperativa se constituye con ánimo de lucro, el Alto Tribunal considera que este ánimo es personal y no con fin de introducir las viviendas en el mercado y obtener un rédito por ellas (régimen de arrendamiento o de venta).

20 STS 5 de abril 2017 (n° 224/2017, Rec. 2783/2014. Base datos CENDOJ: 28079110012017100225, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

21 STS 29 abril 2021 (n°232/2021, Rec.1619/2018. Base datos CENDOJ: 28079110012021100219, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

22 STS 18 diciembre 2020 (n° 322/2020, Rec.5057/2017. Base datos CENDOJ: 28079110012020100366, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

F) Las comunidades de propietarios o vecinos: a este respecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 abril 2021²³, les reconoce su condición como consumidores en contra del criterio que el TJUE había adoptado en su reciente sentencia de 2 abril 2020 anteriormente citada. Entiende el Alto Tribunal que conforme a la normativa europea, se permite a los estados miembros regular el régimen jurídico de las comunidades de propietarios. Y es que tras la Ley 3/2014 de 27 marzo que modifica parcialmente la vigente Ley 1/2007, se incluye en el actual artículo 3 como consumidores a las entidades sin personalidad jurídica, como lo es, las comunidades de vecinos. Por tanto, siempre que ésta actúe fuera del ámbito empresarial o comercial sin ánimo de lucro, no pierde su condición como consumidor.

G) Otros supuestos prácticos: curioso supuesto también sobre el concepto de consumidor lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio 2021²⁴ considerando al Arzobispado de Burgos como consumidor en un contrato concertado por éste con una empresa suministradora de gas. Entiende el Alto Tribunal que la Diócesis, por su propia naturaleza, carece de ánimo de lucro y no realiza ninguna actividad empresarial o profesional. La problemática de este supuesto es distinguir si el gas se suministra solo a las viviendas de la Iglesia en la que residen sus párrocos y el resto del personal o también a los monumentos, museos, catedrales, etc. Es posible considerar al Arzobispo de Burgos como empresario si el contrato de gas tiene finalidad suministrar de éste a un museo o catedral, por ejemplo, del que obtiene un rédito con la venta de entradas. Es cierto que, para ello, debemos tener en cuenta los Concordatos que la Iglesia Española tiene suscrito con el Gobierno, pero no es descabellado concluir que en esos supuestos, esta confesión religiosa actúa como un verdadero empresario y que, en realidad – y con matices – efectúa una actividad empresarial.

Asimismo, debemos calificar de supuesto “dudoso” en aquellos en los que hay ausencia o falta de prueba o incluso, prueba parcial. En estos casos, el TJUE concluye en su sentencia 3 septiembre 2015²⁵ que si no se precisa en el contrato la finalidad del mismo y no existe tampoco prueba sobre ello, el contratante no pierde su condición de consumidor. En la jurisprudencia nacional, también podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 marzo

23 STS 13 abril 2021 (nº 201/2021, Rec.2111/2018). Base datos CENDOJ: 28079110012021100191, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

24 STS 22 junio 2021 (nº 436/2021, Rec. 4715/2018. Base datos CENDOJ: 28079110012021100412, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>)

25 STJUE 3 septiembre 2015, C-110/2014, asunto Hora□iu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014CA0110>)

2019²⁶, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 febrero 2016²⁷, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 15 febrero 2017²⁸, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 Octubre 2021²⁹ o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid³⁰. En todas ellas, se desprende que ante la dudosa – cuestión esencialmente probatoria – debe resolverse en beneficio del contratante concluyendo que es consumidor. Esta misma tesis, podría ser aplicada en aquellos supuestos de “modalidad mixta” anteriormente analizados en los que el porcentaje destinado de la operación a consumo y a actividad empresarial es en la misma proporción (por ejemplo, en el supuesto anteriormente citado, si el albañil destina 50.000 euros a la reforma de su vivienda y otros 50.000 euros al pago de deudas contraídas de su actividad profesional); o cuando éste porcentaje es prácticamente el mismo (siguiendo el mismo ejemplo, 55.000 euros destinado a consumo y 45.000 euros a una actividad empresarial). Esta postura jurisprudencial tiene su base en los principios comunitarios establecidos en la Carta de Derechos Europeos³¹ (artículo 38) aplicando el principio “pro consumidor” siempre en aquellos casos dudosos. Es en realidad, una visión “buenista” del ordenamiento comunitario al pensar que el contratante siempre actúa de buena fe y dentro del marco jurídico correcto sin errar y sin intentar “engañar” en cierta manera a la otra parte del contrato.

En definitiva, nuestra actual legislación nacional y comunitaria y la jurisprudencia que la interpreta han concluido que debe ser un criterio objetivo el que defina y delimite la noción de consumidor examinando su posición en un contrato determinado teniendo en cuenta la naturaleza y su finalidad. En esta misma línea, podemos citar la sentencia del TJUE de 3 octubre 2019³² y 10 diciembre 2020³³; en ambas resoluciones se analizaba la influencia de los conocimientos formativos previos que una persona tiene para ostentar la condición de consumidor en una operación contractual. En este mismo sentido, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 16 marzo 2021³⁴ en la que se concluye que el hecho de que

26 SAP Zaragoza, sec. 5ª, 27 de marzo 2019 (nº 276/2019, Rec. 1133/2018). Base datos CENDOJ: 50297370052019100255, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

27 SAP Asturias, sec. 7ª, 10 febrero 2016 (nº 42/2016, Rec. 628/2015). Base datos CENDOJ: 33024370072016100037, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

28 SAP Ourense, sec. 1ª, 15 febrero 2017 (nº 50/2017, Rec. 533/2015). Base datos CENDOJ: 32054370012017100033, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

29 SAP Pontevedra, sec. 1ª, 25 octubre 2021 (nº 613/2021)

30 SAP Madrid, sec. 28ª, 20 noviembre 2020 (nº 2345/2020, Rec. 3387/2018). Base datos CENDOJ: 28079370282020101798, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

31 Publicada en el Diario Oficial Comunidades Europeas el 18 diciembre 2000. Su contenido completo se puede consultar en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

32 STJUE 3 octubre 2019, C-208/2018, asunto Petruchova. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218626&doclang=es>

33 STJUE 10 diciembre 2020, C-774/2019, asunto AB y BB vs Personal Exchange International Limited. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-774/19&language=ES>

34 STS 15 marzo 2021 (nº 155/2021, Rec.2251/2018). Base datos CENDOJ: 28079110012021100137, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

el demandante sea abogado en ejercicio con determinados conocimientos en el ámbito jurídico-legal no le excluye de ostentar la condición de consumidor, debiendo analizarse el destino de la operación y el resto de actos que engloban la contratación litigiosa.

2. El concepto de empresario en la jurisprudencia nacional y comunitaria.

A sensu contrario, al analizar el concepto de consumidor en todos los casos expuestos, la jurisprudencia nacional y europea han concluido que las personas jurídicas, empresas, sociedades o autónomos que actúen dentro de su actividad laboral o profesional no pueden ser nunca considerados como consumidores a la luz del actual artículo 3 Ley 1/2007 aplicando la noción del consumidor final. En este sentido, podemos citar las resoluciones del Tribunal Supremo de 3 junio 2019, 12 junio 2020 o 20 enero 2020³⁵, entre otras.

³⁵ Respectivamente:

STS 3 junio 2019 (nº 307/2019, Rec. 3958/2016). Base datos CENDOJ: 28079110012019100293, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 12 junio 2020 (nº 296/2020, Rec. 3490/2017). Base datos CENDOJ: 28079110012020100254, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 20 enero 2020 (nº 26/2020, Rec. 2161/2017). Base datos CENDOJ: 28079110012020100019, <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, A.: “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de Extremadura, Cáceres, 2000, núm. 18, pp. 297-340.

ACEDO PENCO, A.: “Fundamentos Constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y de la Unión Europea”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (México), junio 2012, núm.29, pp. 7-29.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L: “La Base jurídica-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea”, Revista de derecho político, 2007, núm.70, pp. 225-254.

REYES LÓPEZ, M. J: “Manual de derecho privado de consumo” La ley (Wolters Kluwer), Madrid, noviembre 2016, 1º edición, pp. 63-80.

MANZANO CHÁVEZ, L: “Defensa del consumidor. Análisis comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay”, Revista Análisis y Propuestas – Consumidores y Ciudadanos, enero 2008, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/05458.pdf>

SÁNCHEZ LEGRÁN, P. Y LUIS MURILLO, P: “El movimiento de defensa de los consumidores en América Latina y el Caribe”, Revista FACUA, Madrid, 2011, pp. 31-40.

SOSA OLÁN, H.: “El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español”, Revista Ars Boni Et Aequi, Santiago de Chile, núm.2, Cap. III: “Regulación de un sujeto Especial: concepto de consumidor”, pp. 177 - 179.

PAZOS CASTRO, R.: “El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, Santiago de Compostela, 2017, 1º edición, Cap. Tercero, apartado I, pp. 214 -268

BERMEJO VERA, J: “Aspectos Jurídicos de la Protección del Consumidor”, 1978, Apartado II “El consumidor como sujeto de derecho. Análisis crítico”, pp. 258 – 263

CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J.E: “Nota breve sobre el concepto de consumidor”, Cuadernos de Estudios Empresariales, 2012, núm. 12, pp. 315- 321.

MOMBERG URIBE, R: “Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea”, Chile, julio 2009, Vol. XXII, núm.1, pp. 9-33

REYES LÓPEZ, M.J: *"GPS Consumo"*, Madrid, 2018, 2º Edición, Tirant lo Blanch (Coordinador: Pablo Pajin Echevarria), Cap. II: "Noción de consumidor y Usuario", pp. 69-78.

Bercovitz Rodriguez Cano, A: *"Marco histórico de la protección al consumidor: de los orígenes al siglo XXI"*, Revista Vlex, abril 2003, núm. 65, pp. 112-125.

BASE DE DATOS

<https://www.poderjudicial.es/> (CENDOJ)

<https://curia.europa.eu/juris/>

<https://eur-lex.europa.eu/>