

**Noción de consumidor para el Derecho Europeo
(Noción del Reglamento 1215/2012 *versus* la de las Directivas de
protección de los consumidores)**

**EU Consumer notion (Regulation 1215 consumer notion versus consumer
protection Directives)**

Alicia Arroyo Aparicio

Profesora Titular de Derecho Mercantil, UNED

Facultad de Derecho, C/ Obispo Trejo, 2, 28040, Madrid, España

aarroyo@der.uned.es

<https://orcid.org/0000-0002-1124-8883>

Enero 2018

RESUMEN: La noción de consumidor en el Reglamento 1215/2012 (y sus antecedentes) y en las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores frente a determinadas prácticas comerciales o contractuales es esencialmente la misma, aunque no totalmente. Para las Directivas cabe afirmar que se está ante una noción elástica — “operativa y dinámica”, “funcional” —, es decir, no es uniforme y se define cabalmente con el reenvío al contenido del acto legislativo en cuestión. Y, de forma casi constante, se consolida la delimitación en torno a “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, *actúe* con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Se ofrece un análisis comparativo y unas conclusiones finales de quién es consumidor para el Derecho europeo en este contexto.

PALABRAS CLAVE: noción de consumidor; Directivas de protección de los consumidores; Reglamento 1215/2012; consumidor medio.

ABSTRACT: Comparing the consumer notion under European Regulation 1215/2012 (and the background of this regulation) and these used by consumer protection Directives face some commercial or contractual practices, it appeared that they are similar, although not identical. In the case of Directives, it is first and foremost a functional concept (“elastic concept”) and — as it is known- ‘consumer’ means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting other than in the exercise of his trade, business, craft or profession. A comparative analysis in these two contexts is provided, being finalized with some conclusions about the consumer notion in the European Law.

KEY WORDS: Consumer notion; Consumer protection Directives; European Regulation 1215; average consumer.

SUMARIO:

1. Previo.

1.1 Nociones introductorias.

1.2. Consumidor “medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”.

2. Reglamento 1215/2012.

2.1. Interés en traer a colación esta noción.

2.2. Evolución y significado.

2.3. Noción de consumidor *para* el Reglamento 1215/2012.

3. Directivas específicas de protección de los consumidores.

3.1. Delimitación previa.

3.2. Asuntos del Tribunal de Justicia.

3.2.1. Primeros Asuntos relevantes.

3.2.2. Noción concreta, funcional y ¿restrictiva?

3.2.3. Los denominados supuestos de “doble uso”.

4. A modo de conclusión.

Bibliografía.

1. PREVIO

1.1. Nociones introductorias y propósito

Si algo caracteriza la noción de “consumidor” en el Derecho europeo es su condición de versatilidad. En un sentido, cabe afirmar que aparece de forma transversal en instrumentos específicos de su protección, pero también en el Derecho de la competencia –entendido en sentido amplio–, en la cooperación judicial civil o en muchas otras medidas de aproximación de legislaciones¹. Y, a la vez, cabe sostener que, en los instrumentos de Derecho derivado específicos de protección, no se ofrece una delimitación unívoca. Así, puede afirmarse que sus contornos específicos no quedan fijados en el Derecho europeo primario y que además se trata de una noción elástica² que varía en los concretos instrumentos de Derecho derivado.

De hecho, como antecedente, se recordará que el fortalecimiento de la protección del consumidor constituye uno de los objetivos de la Unión Europea (cfr. art. 4.t TFUE³), debiendo mantenerse además un “alto nivel de protección” (art. 169 — antes 153 — TFUE). Nótese además que, con independencia del momento en que se produce la inclusión en el Tratado de la Unión de un fundamento jurídico formal que consagre la protección de los consumidores, el interés acerca de la parte económicamente más débil constituye desde hace tiempo una preocupación importante en instancias europeas. En este contexto, ya en la conocida Resolución de 1975⁴ se recoge una noción de consumidor “abstracta”⁵ y amplia que alude al ciudadano como consumidor. Por lo demás, como se ha anunciado, no se encuentra en la normativa comunitaria una noción *general* “legal”⁶, sino nociones –entre otras, unas veces “autónomas”, otras “concretas” — en diferentes textos.

El término “consumidor” en el ámbito europeo adquiere, por tanto, diferentes significados dependiendo de la finalidad concreta de la disposición en la que es utilizado⁷. A este resultado se llega a la vista tanto de las normas del Tratado, en que se hace referencia al consumidor, como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo⁸ y de las Directivas dictadas específicamente en materia de protección de los consumidores.

¹ V. Conclusiones Abogado General, Asunto C 110/14.

² A. ARROYO, “Abogado considerado como “consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pg. 72.

³ Introducido a partir de Maastricht.

⁴ Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (*DOCE*, C 92, de 25 de abril de 1975).

⁵ *Vid.*, por todos, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores”, *Estudios jurídicos*, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 106 y ss, esp. pp. 107 y 108.

⁶ *Vid.* M. DREHER, “Der Verbraucher — Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?”, *JZ*, 4/1997, pp. 167 a 178, esp. pg. 168.

⁷ Igualmente, entre otros, K. MORTELMANS – S. WATSON, “The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?”, *Enhancing The Legal Position of The European Consumer*, J. Lonbay (ed.), BIICL, Londres, 1996, pp. 36 a 57, pg. 54, a modo de conclusión del artículo.

⁸ Nótese que en unas ocasiones se utilizará en este trabajo TJ (como abreviatura de Tribunal de Justicia europeo, en general), otras TJCE (en la época en que se empleaba el término Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea) y finalmente TJUE (que es como hoy se conoce desde el momento en que la UE pasó a denominarse así y no por referencia al término “Comunidad Europea”).

Además, la importancia de tratar aquí el Reglamento 1215, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil es doble. En primer lugar, se trae a colación por el peso de sus antecedentes (no puede olvidarse el valor específico del Convenio de Bruselas del que trae origen) y por la elaboración jurisprudencial que la interpretación de la noción de consumidor ha merecido en relación con este texto. En segundo lugar, porque se expone como contrapunto. Se explica aquí para ver en qué medida se aproxima a la delimitación de las nociones contenidas en las directivas de protección referidas a la actuación económica de los consumidores y en qué medida se diferencia, y este es el matiz relevante, de esa noción. No se trata en este trabajo la jurisprudencia del TS español sobre ambas nociones, ni la doctrina abundante al respecto, pues el interés inicial y final (v. conclusión) es poner el foco sobre los supuestos de “doble uso” en los que como se justificará no cabe una equiparación total.

1.2. Distinción con la noción de consumidor “medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”

No corresponde aquí hacer una revisión de la evolución de la política de protección de los consumidores y su plasmación en las normas del Tratado. Tampoco es objeto de análisis particular — más allá de una somera mención ahora — la jurisprudencia del TJUE que, al hilo de las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, ha ido delimitando una noción de consumidor. Esta jurisprudencia ofrece, de manera indirecta, una noción de consumidor — el consumidor de referencia — en atención a la información por él recibida (consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz)⁹. Se recordará en este punto el relevante fallo del TJCE recaído en la sentencia “Gut Springenheide” de 16 de julio de 1998¹⁰, en el que el TJCE declaró que, para determinar si una mención en el etiquetado cuyo objetivo era fomentar las ventas de huevos podía inducir a error al comprador, infringiendo el artículo 10.2(e) del Reglamento (CEE) nº 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DO nº L 173 de 6 de julio de 1990, p. 5), debía tomarse como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presumiera en un

⁹ Cfr. SSTJCE en los conocidos asuntos, entre otros: *Cassis de Dijon* (STJCE de 20.2.1979, As. C-120/78, rec. 1979, pg. 649), *GB-Inno-BM* (STJCE de 7.3.1990, As. C- 362/88, rec. 1990, pg. I-667), *Pall* (STJCE de 13.12.1990, As. C-238/89, rec. 1990, pg. I-4827), *Yves Rocher* (STJCE de 18.5.1993, As. C-126/91, rec. 1993, pg. I-2361), *Gut Springenheide* (STJCE de 16.7.1998, As. C-210/96, rec. 1998, pg. I-4657), *Darbo* (STJCE 4.4.2000, As. C-465/98, rec. 2000, pg. I-2297) y *Lauder c. Lancaster* (STJCE de 13.1.2000, As. C-220/98, rec. ed. francesa 2000, pg. I-117).

¹⁰ Sobre este fallo, entre otros: F. BERROD, “Circulation des marchandises: consommateur de référence”, *Europe*, nº 10, 1998, p.14; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la Sentencia Gut Springenheide”, *Derecho de los Negocios*, nº 103, 1999, 1-15; M. LUBY, “Consommateurs. Indications destinées à promouvoir les ventes de nature à induire l’acheteur en erreur, Normes de commercialisation, Consommateur de référence”, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Vol. 51, nº 4, 2001, p. 995; A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 194, 2001, 29-44; y G. SCHMID, “Der aufmerksame Verbraucher beim Eierkauf”, *European Law Review*, nº 10, 1998, 463-467.

consumidor medio. En concreto, en el fundamento jurídico nº 31 de dicha sentencia, el TJCE confirmó que, a fin de apreciar si una denominación, marca o mención publicitaria podía inducir o no a error al comprador, era preciso tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. El Tribunal de Justicia ha confirmado en numerosas ocasiones esta noción de “consumidor medio”, en muchas de ellas en relación con etiquetado de productos alimenticios¹¹.

Esta jurisprudencia tiene lugar en el marco de las normas de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, respecto de las cuales la prevalencia de la protección de los consumidores podría ser entendida como “relativa”. Esta visión de la protección de los consumidores en el marco descrito y las diferentes circunstancias de hecho de los supuestos sometidos a juicio del Tribunal hacen que la “noción” de consumidor proporcionada — la del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz — sea empleada cuando exista un mercado de referencia, habitualmente en materia de marcas y competencia.

De hecho, el mercado de referencia — o sector económico interesado o ámbito comercial afectado (*relevant circles of trade; relevante Verkehrskreise*) — se tiene en cuenta para esos ámbitos, sobre todo, marcas y competencia. Así, pueden citarse desde la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre la similitud fonética entre “Lloyd’s y Loints” (C-342/97), en la que ya se tomó en cuenta la noción de la Sentencia “Gut Springenheide” (consumidor medio que percibe una marca como un todo) hasta otras Sentencias del Tribunal General¹². En la más reciente de dicho Tribunal General, de 16 de mayo de 2017, Asunto T-159/16, se alude, en el marco de la apreciación global del riesgo de confusión entre marcas, al consumidor medio de la categoría de productos considerada, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Se destaca que en esta última Sentencia no sólo se matiza algo que ya se contenía en otras Sentencias anteriores, como es que debe tomarse en consideración el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada, sino que se introduce otro matiz adicional, que resulta en cierto modo llamativo. Así se distingue entre el público pertinente, constituido por el “consumidor medio”, al que se le supone medianamente atento y perspicaz, y el denominado “consumidor profesional”, cuya atención se considera mayor que la que presta el público en general.

¹¹ Entre otras, puede verse la STJCE relativa a “envases”, de 4 de octubre de 2007, “Diageo Deutschland GmbH”, Asunto C-457/05. En este sentido, el TJCE puntualizó: “En efecto, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 75/106 establece, respecto de los envases previos contemplados en ella, la obligación de indicar en la etiqueta la cantidad neta de líquido contenida en el envase, expresada en unidades de volumen (según proceda, litro, centilitro, mililitro), lo que puede evitar, en la mente del consumidor de referencia, una confusión entre los dos volúmenes, y permitir a dicho consumidor tener en cuenta la diferencia de volumen comprobada en su comparación de los precios de un mismo líquido presentado en dos envases diferentes”.

¹² V. por ejemplo S. del Tribunal General de 1 de diciembre de 2016 asunto En el asunto T-561/15.

Esas concreciones del consumidor “medio”, así como su función en la construcción del mercado interior, *difiere en parte* del “consumidor” que necesita protección ante determinadas prácticas comerciales o contractuales. Así, en materia de prácticas comerciales o contractuales, se han dictado numerosas Directivas que comparten una noción concreta de consumidor en la que dos de sus elementos se perfilan como constantes: persona física que actúa al margen de la actividad profesional o empresarial. La vinculación de esa actuación “no-profesional” a una determinada práctica comercial o contractual varía, lógicamente, de un texto a otro. Semejante noción, aquél que contrata “fuera de su actividad profesional”, se hallaba así mismo en el Reglamento CE nº 44/2001 del Consejo –que sustituyó al Convenio de Bruselas – y en el Convenio de Roma, existiendo respecto del primero jurisprudencia del TJCE que aporta luz a la extensión de la noción de consumidor. Como es sabido, el Reglamento 44/2001 fue sustituido por el Reglamento 1215/2012.

Conviene citar no obstante un supuesto en el que ambas nociones — “consumidor medio” y “consumidor” frente a prácticas comerciales — presentan una conexión. Se trata de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, en la que finalmente se definió al consumidor como “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”. Sin perjuicio de adoptar la noción común a las “Directivas” de protección de los consumidores frente a prácticas comerciales, en esta ocasión se encuentran en el texto varias referencias al “consumidor medio” (arts. 5, 6, 7 y 8 de la Directiva) — definición que figuraba además en la Propuesta inicial —, así como también el Considerando 18 se refiere a la necesidad de amparar al “consumidor típico”, de manera que la Directiva toma como referencia al consumidor medio, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE arriba citada (v. nota 9), esto es, normalmente informado y razonablemente perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables (por ejemplo, los niños).

2. Noción de consumidor *para* el Reglamento 1215/2012

2.1. Interés en traer a colación esta noción

Aparte de la normativa europea dictada específicamente en materia de protección de los consumidores, el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y de Roma, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, preveía normas que obedecían a la protección del consumidor. Como es sabido, el citado Convenio de Bruselas (CB) fue sustituido por el Reglamento CE nº 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 mercantil¹³. Y después por el vigente Reglamento 1215/2012.

Esos textos, con las matizaciones de sus modificaciones en cada caso, se referían al consumidor a los efectos de fijar la competencia judicial en materia de contratos celebrados por aquél¹⁴. Ha de hacerse notar que la delimitación se produce proporcionando una noción de consumidor y en atención a un criterio objetivo (contratos cubiertos)¹⁵. Ahora sólo se analiza la noción de consumidor.

Y, con carácter general, en relación con esta materia, tanto la doctrina¹⁶ como la jurisprudencia comunitaria del TJCE¹⁷ señalaron a propósito del Convenio de Bruselas que la noción de “consumidor” había — y ha — de ser interpretada de forma autónoma, es decir, con referencia al sistema y a los objetivos del Convenio. La interpretación autónoma de la noción de consumidor implica que no tiene por qué verse ligada a los conceptos utilizados, en cada caso, por los ordenamientos nacionales. No obstante lo anterior, conviene traer a colación esta noción por ser idéntica *en parte* a la empleada en muchas Directivas comunitarias y por existir importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia que será analizada en este trabajo a continuación y que aporta luz sobre la extensión de la misma.

2.2. Evolución y significado

En el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 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, se contiene una Sección, cuya finalidad queda enunciada entre sus Considerandos y que se refiere específicamente a la garantía de la protección de los consumidores para su ámbito. Así, se entiende que la protección de la parte débil — en este caso, el consumidor — exige normas de competencia más favorables a sus intereses que las previstas con carácter general. En el Considerando 19 se expone que la autonomía de la voluntad se ve limitada en tal sentido.

Como es sabido, el antecedente normativo de este Reglamento viene constituido por el Convenio de Bruselas de 1968 cuyos artículos 13 a 15 se contraían originariamente a las ventas a plazos y a los préstamos destinados a financiar dichas ventas, sin que el texto

¹³ DOCE L 21, de 16 de enero de 2001, pp. 1 y ss.

¹⁴ Nótese que el Reglamento modificó parcialmente la delimitación de los contratos con respecto al Convenio de Bruselas: cfr. art. 15.1.c) del nuevo texto.

¹⁵ *Vid.* al respecto en nuestra doctrina, entre otros: L. F. CARRILLO POZO, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, A.L. CALVO CARAVACA (Ed.), Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994, sub art. 13, pp. 267 y ss. *Vid.* en la doctrina francesa: H. BUREAU, *Le droit de la consommation transfrontière*, Litec, París, 1999, esp. pp. 90 y ss.

¹⁶ *Vid.*, entre otros, W. FABER, “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen un nationalem Zivil- und Kollisionsrecht”, *ZEup*, 1998, pp. 854 a 892, en concreto, pg. 859 y allí ulteriores indicaciones.

¹⁷ STJCE de 3 de julio de 1997, *Francesco Benincasa c. Dentalkit S.R.L.*, As. C 269/95, rec. 1997 pg. I-3767, punto 12.

precisara en un primer momento si la parte débil era el consumidor, el comprador o el prestatario. El CB se modificó en el año 1978 en cuanto a los contratos delimitados, pasando a cubrir los contratos con consumidores y no únicamente las ventas a plazos de mercaderías o los contratos de préstamos a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes. Y lo que es más relevante, se ponía de manifiesto el deseo de incrementar la protección de los consumidores en los litigios internacionales. Dicho Convenio fue sustituido después y sucesivamente por: el Reglamento Bruselas I — o Reglamento 44/2001 — hasta llegar al vigente Reglamento 1215/2012.

Hay que recordar que el Tribunal de Justicia había puesto de relieve respecto del CB que la finalidad de la regulación era proteger al consumidor como parte considerada económicamente más débil, con menor experiencia en aspectos legales y en una relación de desigualdad respecto de los empresarios y profesionales, en tanto que consumidor, esto es, al margen de una actividad comercial o profesional; dicho de otro modo: en su ámbito privado (TJCE 21 de junio de 1978, *Société Bertrand v Paul Ott KG*, Asunto 150/77). Se persigue en suma que el consumidor no abandone la idea de iniciar acciones judiciales, lo que cabe suponer que ocurriría si se viera obligado a emprenderlas ante los tribunales del Estado miembro en el que estuviera domiciliada la otra parte¹⁸.

Otro paso más se dio con la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 (artículos 15-17), pues tal y como se indicaba ya en la exposición de motivos de la Propuesta del mismo, la formulación del artículo dedicado a la materia, artículo 15, apartado 1, letra c), variaba respecto de la del artículo 13, párrafo primero, apartado 3, del CB, principalmente para incluir en el ámbito de aplicación de esa disposición los contratos celebrados a través de Internet. En el Reglamento 44/2001, al igual que el vigente Reglamento 1215/2012 que lo ha sustituido, ya se incluían los supuestos en los que el contrato se celebraba con una persona que *dirige* sus actividades mercantiles o profesionales al Estado miembro en el que está domiciliado el consumidor. El citado artículo 15 –del mismo modo que el vigente 17 del R. 1215 – se aplicaba así mismo en el caso en que la persona ejerza su actividad mercantil o profesional en el Estado miembro en el que el consumidor está domiciliado. En suma, del texto del artículo 15 Reglamento 44/2001 al actual 17 Reglamento 1215 no se aprecian grandes cambios de redacción más allá de la distinta numeración de los artículos a los que el 17.1 se remite.

Retomando las palabras del inicio, la idéntica finalidad permite mantener una continuidad en la interpretación, dejando a salvo únicamente las modificaciones introducidas, que se han ido sucediendo en los textos. Procede, por tanto, recordar que la interpretación dada por el TJCE

¹⁸ TJCE 19 de enero de 1993, *Shearson Lehmann Hutton Inc.*, Asunto C-89/91, TJCE 3 de julio de 1997, *Benincasa v Dentalkit*, Asunto C-269/95; TJCE 27 de abril de 1999, *Hans-Hermann Mietz v Intership Yachting Sneek BV*, Asunto C-99/96.

en relación con las disposiciones del CB es igualmente válida para el Reglamento 44/2001, cuando las “normas de estos instrumentos puedan calificarse de equivalentes”¹⁹.

Lo anterior permite afirmar que, respecto de los textos precedentes hasta llegar al Reglamento 1215, cabe una continuidad en la interpretación²⁰, si bien cuando existan motivos fundados y considerando las diferencias sustanciales entre los textos (CB, Reglamento 44/2001 y Reglamento 1215), el Tribunal de Justicia ha venido proporcionando una interpretación distinta en atención a las diferencias²¹.

2.3. Noción de consumidor para la Sección 4ª del R. 1215/2012

Sentado lo anterior, ha de considerarse que la Sección 4ª del R. 1215/2012 emplea el término consumidor, como pilar fundamental de delimitación subjetiva de lo en ella dispuesto. Así, dicha Sección 4ª se aplica a los contratos celebrados por los consumidores, tal y como se concreta desde su título. El artículo 17, que abre la Sección, expresa textualmente que se ciñe al contrato celebrado “por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional». Estos términos delimitan el concepto del consumidor en relación con el contrato celebrado. Este concepto, como el TJ tuvo ocasión de manifestar en relación con el Reglamento 44/2001, ha de interpretarse de forma autónoma, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, para garantizar su aplicación en todos los Estados miembros²².

En la Sentencia Benincasa²³, el TJ dio un paso más al precisar que el concepto de “consumidor” (respecto de los artículos 13 y 14 CB) debía interpretarse de “forma restrictiva», en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no en relación con la situación subjetiva de dicha persona, pues es claro, se afirmó, que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras²⁴. El TJ infiere de lo anterior que solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades

¹⁹ STJUE de 14 de noviembre de 2013, Maletic, C-478/12, ap. 27 y jurisprudencia allí citada; reiterada en STJUE de 28 de enero de 2015, H. Kolassa v. Barclays Bank plc., C-375/13, ap. 21.

²⁰ Por ejemplo, en la Sentencia de 13 julio de 2006, Reisch Montage (C-103/05, apartados 22 a 25), el TJ, al interpretar el Reglamento 44/2001, se refirió a la jurisprudencia relativa al Convenio de Bruselas. Asimismo, en la Sentencia de 1 de octubre de 2002, Henkel (C-167/00, apartado 49), el TJ declaró que, dado que no existe ningún motivo que justifique una interpretación diferente de las dos disposiciones, la exigencia de coherencia implica que debe reconocerse al artículo 5, apartado 3, del CB un alcance idéntico al del artículo 5, apartado 3, del Reglamento 44/2001.

²¹ En la Sentencia de 22 de mayo de 2008, Glaxosmithkline (C-462/06, apartado 15), el TJ declaró que las reglas de competencia en materia de contratos individuales de trabajo que establece el Reglamento 44/2001 difieren considerablemente de las reglas aplicables en ese ámbito en virtud del CB. En el apartado 24 afirmó asimismo que se corroboraba además por los trabajos preparatorios del mencionado Reglamento. Por tal motivo, el Tribunal de Justicia se apartó del principio de continuidad interpretativa, dando al Reglamento núm. 44/2001 una interpretación distinta respecto al CB.

²² STJUE de 4 de marzo de 2013, Česká spořitelna, a.s. y Gerald Feichter, C-419/11, ap. 25 y jurisprudencia citada; reiterada en STJUE de 28 de enero de 2015, H. Kolassa v. Barclays Bank plc., C-375/13, ap. 22

²³ STJCE de 3 de julio de 1997, Asunto C-269/95.

²⁴ Benincasa, Asunto C-269/95, p. 16.

de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por el CB²⁵.

Han de traerse a colación así mismo dos afirmaciones importantes²⁶. La primera, antes anunciada con carácter general, consiste en precisar que el concepto de consumidor ante el que nos hallamos es un concepto uniforme, que ha de interpretarse de forma autónoma, esto es, de acuerdo con los objetivos del hoy Reglamento 1215²⁷, siendo además un concepto que se constituye como factor principal de determinación de la competencia judicial²⁸. La segunda afirmación consiste en considerar que el concepto de consumidor analizado puede ponerse en conexión con el antiguo artículo 5 del Convenio de Roma (sustituido después por el Reglamento Roma I²⁹) y, en consecuencia, tener en consideración el Informe Giulano/Lagarde³⁰ en cuanto a la interpretación del mismo. Este Informe insistía en la idea de proteger solo al consumidor que actúa fuera de su actividad empresarial o profesional, así como hace mención a los que se conocen como supuestos “mixtos», en los que se actúa principalmente fuera de dichas actividades, ofreciendo una interpretación restrictiva para estos casos. Es cierto que los predecesores Convenios y los posteriores textos comunitarios — hoy, Reglamento 1215 y Reglamento Roma I — abordan, cada uno para su ámbito, los contratos de consumidores; del mismo modo que es cierto que el tenor literal de uno y otro no es idéntico. Así puede verse, por ejemplo, que la concreción de persona natural no consta en el Reglamento 1215, expresándose únicamente como “una persona». Por esta razón, parece acertado entender que, si bien existe una cierta convergencia³¹, la interpretación específica dada por la jurisprudencia comunitaria en relación con el texto en cuestión será también relevante.

En la Sentencia Johann Gruber v. Bay Wa AG³² se abordaba por ejemplo un supuesto “mixto», es decir, un contrato que podría tener relación tanto con la actividad profesional, como con la actividad privada. El supuesto en cuestión proviene de una reclamación planteada por un granjero austriaco que celebró un contrato con una empresa de construcción alemana para adquirir unas tejas que se emplearían en el tejado de la granja. Granja que servía no solo para el trabajo del Sr. Gruber sino también como vivienda familiar. En la Sentencia se denomina al supuesto “doble “al tratarse de un contrato celebrado con una doble finalidad, debiéndose determinar cuál es la predominante.

²⁵ Benincasa, Asunto C-269/95, p. 18.

²⁶ P. A. NIELSEN, en MAGNUS-MANKOWSKI (ed.), *Brussels I Regulation*, Walter de Gruyter, 2.ª ed., 2011, sub artículo 15, 2011, p. 374.

²⁷ En particular, las sentencias de 21 de junio de 1978, Bertrand, 150/77, apartados 14 a 16; de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, apartado 13; de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, apartado 12; de 27 de abril de 1999, Mietz, C-99/96, apartado 26, y de 11 de julio de 2002, Gabriel, C-96/00, apartado 37.

²⁸ En concreto, p. 13 de la STJCE de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton Inc., Asunto C-89/91: “This rule must apply, in particular, to the concept of “consumer” within the meaning of Article 13 et seq. of the Convention, in so far as that concept is the principal factor in the determination of rules governing jurisdiction».

²⁹ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del PE y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177, 4.7.2008.

³⁰ M. GIULANO, P. LAGARDE, Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE C 327, 11.12.1992.

³¹ C. SCHMON, “Convergence between the European Regulations Brussels I & Rome I on the Example of Consumer Contracts”, *Stanford-Vienna European Union Law Working Paper* No. 4, http://www.law.stanford.edu/program/centers/ttlf/papers/schmon_eulawwp4.pdf.

³² STJUE de 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01.

El TJ concluyó, a los efectos que ahora interesan, que una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 del CB, que eran los aplicables al caso, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate. La valoración respecto de si el contrato se celebró para satisfacer, en gran medida, necesidades vinculadas a la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional solamente tenía un papel insignificante correspondería en todo caso al órgano jurisdiccional nacional. No obstante la anterior afirmación, el TJ delimita en cierta medida la actuación del órgano jurisdiccional al indicar que este debe tener en cuenta los elementos fácticos necesarios, pero no las circunstancias o los elementos que la parte que contrata con el pretendido “consumidor” podía haber conocido al haberse celebrado el contrato, “salvo que la persona que invoca su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales»³³. Dicho de otro modo, la finalidad del contrato es algo que no ha de conocer el empresario, si bien esa ignorancia no podrá oponerse por éste salvo que haya sido causada por el consumidor³⁴.

El TJ ha tenido ocasión también de precisar — Sentencia Česká — que una persona física que es gestor y accionista mayoritario en una sociedad, al avalar con un pagaré las deudas de la sociedad, no actuaría como consumidor³⁵.

Cabe por otra parte plantearse si el término textual de “persona” contenido en el artículo 17.1 del Reglamento 1215 se ciñe a la persona física o cubre tanto a las personas físicas como a las jurídicas. La literalidad del precepto *no distingue*, lo que no ha impedido a la doctrina afirmar que únicamente las personas físicas han de beneficiarse de la protección que la Sección 4 ofrece³⁶. Y la manifestación se ha fundamentado en la existencia del determinante “una” que precede a la palabra “persona», en el sentido de considerar que la expresión se equipara de ese modo a las personas físicas³⁷. También se ha mantenido que, aunque el Reglamento no lo diga expresamente, así puede deducirse en atención a otros textos europeos³⁸. Se observará que en este artículo 17 no se distingue, cuando sí que se encuentra tal distinción o precisión en otros artículos del Reglamento 1215 (cfr. artículo 1 ó 24, por ejemplo), pero a la vez ha de aclararse que, en todo caso, habrá de ser persona-consumidor.

La inexistencia de mención expresa del texto en este punto se contrapone, salvando las distancias, con las Directivas comunitarias que se han promulgado en materia de protección de los consumidores, en las que se afirma — en su gran mayoría — textualmente que el

³³ Asunto C-464/01, Fallo.

³⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2014, p. 134.

³⁵ STJUE 14.3.2013, Česká spořitelna, a.s./Gerald Feichter, Asunto C-419/11.

³⁶ T. RAUSCHER, *op. cit.*, p. 2, §2, Comentario art. 15.

³⁷ P. A. NIELSEN, *op. cit.*, p. 376.

³⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 134.

consumidor es la “persona física” que actúa fuera de su actividad profesional o empresarial. Esta precisión de la persona física fue afirmada además por el TJ en la Sentencia Idealservice³⁹, en la que el Tribunal concluyó expresamente que el consumidor al que se refería el artículo 2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas era el consumidor persona física. Téngase en cuenta la relevancia de esta Sentencia en tanto que en algunos ordenamientos o en la jurisprudencia nacionales se admite la extensión a las personas jurídicas que sean consumidores (en España, cfr. art. 3 TRLGDCU) o incluso a los empresarios (pequeños y medianos empresarios normalmente) que celebren contratos que no estén vinculados directamente con su profesión⁴⁰. Conviene aclarar que el TJ se expresa a propósito de un extremo concreto — “que el término de consumidor” de la Directiva 93/13 “debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas” — para su ámbito, pero existen aspectos que el TJ decidió no abordar; a saber, si los ordenamientos nacionales pueden extender la protección a las personas jurídicas o a otras personas que no sean estrictamente consumidores cuando se está ante Directivas de *minimis*, como lo han venido siendo la mayoría de las Directivas en materia de protección de los consumidores. A este respecto conviene dejar apuntado que en las últimas Directivas se muestra una tendencia hacia la armonización plena.

La Sentencia Idealservice referida a una Directiva — y no a los textos anteriores al R 1215 — resulta de interés porque en las Conclusiones del Abogado General se afirmaba que la interpretación del artículo 13 del CB ha considerado al consumidor como “consumidor final privado»⁴¹ o como individuo⁴², lo que, en opinión del Abogado General, “implica necesariamente que se trate de una persona física».

La ausencia de la precisión “natural” o “física” del Reglamento 1215 contrasta desde luego con el Reglamento de Roma I que sí incluye la precisión de personal “natural” (cfr. art. 5 Roma I⁴³).

Merece ser traída a colación, finalmente, la Sentencia TJCE de 1 de octubre 2002, Verein für Konsumenteninformation v. K. H. Henkel, en la que se analiza otro aspecto diferente del CB⁴⁴, si bien ha de tenerse en consideración en cuanto que se trata de una Asociación de Consumidores y respecto de la que se concluye que en el litigio principal “la asociación para la protección de los consumidores y el comerciante no están unidos por ninguna relación de carácter contractual».

³⁹ STJUE de 22 de noviembre de 2001, Asuntos C-541/99 y C-542/99.

⁴⁰ En Francia, Cass. Civ., de 28 de abril de 1987. *Vid.*, un resumen de las posiciones en J. CALAIS-AULOIS, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 4ª ed., 1996, pp. 8 y ss.

⁴¹ Ap. 17 de las Conclusiones AG, Sentencia de 22 de noviembre de 2001, Idealservice; que remiten al ap. 22 de la Sentencia recaída en el asunto Shearson Lehman Hutton.

⁴² Remitiéndose las Conclusiones AG al Asunto Benincasa, ap. 17.

⁴³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much ado about nothing?”, *The European Legal Forum (E) 2-2008*, 61-80, esp. p. 71.

⁴⁴ Asunto C-167/00. Fallo: “una acción judicial preventiva, entablada por una asociación para la protección de los consumidores con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas en los contratos celebrados con particulares, es de carácter delictual o cuasi-delictual en el sentido del artículo 5, número 3, de dicho Convenio».

3. Directivas específicas sobre protección de los consumidores

3.1. Delimitación previa

Además de las normas en materia de competencia judicial, pueden destacarse diferentes grupos de normas que se aproximan a la noción de consumidor desde distintas perspectivas: en materia de responsabilidad del fabricante, de Derecho “antitrust” y de prácticas comerciales⁴⁵. Es posible fijar de inmediato una distinción característica de la Directiva en materia de responsabilidad del fabricante, Directiva 85/374/CEE⁴⁶. Y ello es debido a que en ella no se encuentra una noción de consumidor, en tanto que la protección se hace respecto del “perjudicado”, si bien cuando los daños se producen en las cosas, éstas han de ser de las que “normalmente se destinan al uso o consumo privados” y “el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados”⁴⁷.

Por lo que al Derecho de la competencia europeo se refiere, y en concreto en materia de prácticas colusorias, cabe manifestar que la referencia al concepto de consumidor ha desempeñado desde hace tiempo un papel importante⁴⁸, pudiéndose asimilar éste en general al cliente⁴⁹.

Pero sin lugar a dudas, donde se encuentra una noción de consumidor de forma sistemática es en las Directivas relativas a la protección de los consumidores frente a prácticas comerciales o, con carácter más general, relativas a determinados tipos contractuales en los que interviene un consumidor.

Así, en un número importante de Directivas se define al consumidor como la *persona física que, en los contratos (prácticas u “operaciones”) a que el texto en concreto se refiere, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional*. Esta definición, en dichos términos o muy próximos, se ha venido encontrando históricamente en las Directivas: sobre contratos fuera del establecimiento⁵⁰, sobre crédito al consumo⁵¹, relativa a cláusulas abusivas⁵², relativa a la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido — aunque en ésta la referencia se hiciera al “adquirente”, la definición era similar⁵³-, en la de contratos

⁴⁵ Vid. M. DREHER, “Der Verbraucher — Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?”. Este autor distingue entre *Vertragsrecht, Haftungsrecht y Wettbewerbsrecht*, incluyendo en este último grupo las Directivas relativas a Publicidad engañosa, cit., pp. 168 y ss.

⁴⁶ Téngase en cuenta que esta Directiva fue modificada por la 1999/34/CE.

⁴⁷ Art. 9 de la Dir. 85/374/CEE.

⁴⁸ Cfr. arts. 101 y 102 TFUE.

⁴⁹ Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores...”, *Estudios jurídicos*, cit., pg. 108.

⁵⁰ Dir. 85/577/CEE, literalmente: ““consumidor», toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional” (art. 2). Directiva sustituida por la 2011/83, con texto similar.

⁵¹ Dir. 87/102/CEE, literalmente: ““consumidor»: la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión” [art. 1.2.a)]. Directiva sustituida por 2008/48.

⁵² Dir. 93/13/CEE, literalmente: ““consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” [art. 2.b)]. Directiva modificada por 2011/83.

⁵³ Dir. 94/47/CE, literalmente: ““adquirente»: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al

a distancia⁵⁴, en la que versa sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁵⁵ y en la relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁵⁶. Similar noción — aunque no idéntica — se recoge en la Directiva sobre comercio electrónico que, como es bien sabido, no sólo se contrae a la protección de los consumidores, sino a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico, siendo algunas de sus previsiones igualmente aplicables cuando el contratante sea un consumidor⁵⁷. Tal vez este contenido parcial y heterogéneo de la Directiva sobre comercio electrónico haya propiciado que al definir al “consumidor” se huya de cualquier vinculación a un contrato u operación determinada. En efecto, distinguiéndose en parte de las Directivas antes relacionadas, la relativa al comercio electrónico define al “consumidor” como “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.

Con posterioridad, se dictaron, primero, la Directiva 2005/29 relativa a prácticas comerciales desleales⁵⁸, que define al consumidor de manera similar, con el matiz de emplear en el propio texto también referencias al consumidor medio (cfr. por ejemplo artículos 5.2 y 6 de dicha Directiva), como antes se apuntó, o a consumidores especialmente vulnerables (Considerando 18). También se dictó después la Directiva 2011/83/UE⁵⁹ que vino a sustituir — en esencia — a las de contratos a distancia y fuera de establecimiento, y ello a pesar de su título que parecía sugerir un ámbito omnicompreensivo. Pues bien, en ésta última también el consumidor se concreta en la clásica delimitación: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

Cabe afirmar, de entrada, que en todas las Directivas mencionadas sólo se considera consumidor a la persona física⁶⁰. Ahora bien, como en esta última Directiva 2011/83 — de armonización plena con carácter general (y no ya sólo Directiva de *minimis*) — quedó

marco de su actividad profesional, se la transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato” (art. 2, guión 4º). Directiva sustituida por 2008/122.

⁵⁴ Dir. 97/7/CE, literalmente: “consumidor»: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” [art. 2.2)]. Directiva sustituida por la 2011/83 (en la que se regulan ya conjuntamente los contratos fuera de establecimiento y a distancia).

⁵⁵ Dir. 99/44/CE, literalmente: “consumidor”: 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. 1.2.a)].

⁵⁶ Dir. 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, literalmente: “consumidor”: toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional” [art. 2.d)].

⁵⁷Dir. 2000/31, en la cual se define el “consumidor” como: cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.

⁵⁸ “Consumidor»: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.

⁵⁹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE. Sobre ella, v. A. ARROYO APARICIO, “El impacto de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español”, *AJA*, N.º 867, 2013, p. 16.

⁶⁰ Más aún, pocos son los textos comunitarios en los que se haya aludido a las personas jurídicas dentro de la noción de consumidor. Por ejemplo, en la Resolución 543 (1973) de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa sobre la “Carta de protección de los consumidores” se recogía la siguiente definición: “un consumidor es una persona física o jurídica para quien los bienes y servicios son suministrados para un uso privado”. Así mismo en el segundo plan trienal de acción de la Comisión sobre política de protección de los consumidores (1993-1995) se alude al consumidor como “persona física o jurídica”, al poner de manifiesto la “complejidad de la noción misma de consumidor”.

claramente reflejado entre sus considerandos⁶¹, se permite que los Estados decidan comprender a las personas jurídicas como consumidores.

En la Directiva de viajes combinados, que bien podría enmarcarse en el anterior grupo, se utilizaba sin embargo una noción diferente: “consumidor”, básicamente, la “persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado”⁶². Como puede apreciarse de inmediato la mención a la “persona”, sin el calificativo de “física”, supuso ya una diferencia con el resto de las nociones de otras Directivas. Esta diferencia hizo que se interpretase esa noción, aunque no de forma pacífica, como más amplia, de manera que quedarían incluidas en el concepto las personas jurídicas⁶³ o, incluso, un profesional liberal que viaja al extranjero por razón de su profesión⁶⁴. Esta Directiva fue sustituida por la de 2015/2302 en la que se aclara entre sus considerandos lo siguiente: “la mayoría de los viajeros que contratan viajes combinados o servicios de viaje vinculados son consumidores en el sentido del Derecho de la Unión en materia de defensa de los consumidores” (Cdo. 7); y, en todo caso, “para evitar la confusión con la definición del término “consumidor” utilizado en otros actos legislativos de la Unión, procede referirse a las personas amparadas por la presente Directiva como “viajeros””.

Dejando al margen este último ejemplo, puede observarse cómo la noción recogida en las Directivas en materia de prácticas comerciales o contractuales con consumidores había seguido *en parte* la noción recogida tanto en el Convenio de Bruselas como el de Roma. Tan sólo en parte, ya que lo más característico de las definiciones recogidas en las Directivas enunciadas vino siendo la referencia a la práctica comercial o contractual determinada. Se ha considerado por la doctrina que esta vinculación del propósito de la regulación a un determinado “negocio jurídico” supone definir al consumidor con arreglo a un criterio “funcional”⁶⁵. En el sentido de que el disfrute de las disposiciones de protección del consumidor viene vinculado no a determinadas características de una persona, sino en función de la realización de una práctica comercial con ocasión de un negocio determinado⁶⁶. Lo que significaría que en principio cualquiera puede ser un consumidor, siempre que actúe fuera de su actividad profesional y con tal de cumplir los requisitos que delimitan el ámbito de aplicación de la normativa.

⁶¹ “(L)a aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean “consumidores” en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas.”

⁶² El texto considera igualmente como consumidor a: “la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (“los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (“cesionario»)”.

⁶³ Muestran dudas acerca de la inclusión de las personas jurídicas: K. MORTELMANS – S. WATSON, “The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?”, cit., pp. 36 a 57, en concreto, pg. 47.

⁶⁴ Así M. DREHER, “Der Verbraucher — Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?”, cit., pg. 168.

⁶⁵ *Vid.* W. FABER, “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe”, cit. pg. 858. Nótese que la doctrina alemana ha calificado de “funcionales” otras nociones, como la “noción de empresa” relevante para el Derecho protector de la libre competencia: E. GALÁN CORONA, “La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia”, *ADI*, 1975, pp. 291 y ss, en concreto, pgs 296 a 298.

⁶⁶ *Vid.* W. FABER, “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe”, cit. pg. 865 y allí posteriores citas.

Cabe, finalmente, observar una sutil diferencia que ha de ser no obstante señalada. Mientras en los Convenios referidos (sustituidos después por los correspondientes Reglamentos) el hecho relevante parece ser el *uso* que se dé al objeto adquirido, que habrá de ser ajeno a la actividad profesional, en las Directivas señaladas se atiende a que la *adquisición* del bien o del servicio sea *ajena* a la actividad profesional (en concreto, el consumidor es la *persona física que, en los contratos a que se refiere la Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional*). Evidentemente la diferencia resulta casi inapreciable — se *usa* frente a se *actúa para un propósito* — pero, como fue puesto de relieve por la doctrina⁶⁷, en determinados supuestos prácticos la solución podría ser divergente. Por ejemplo, el empresario que adquiere dentro de su actividad profesional bienes que destinará en parte para su uso privado. Si se atiende al *uso* se considerará inmediatamente como consumidor; y si se atiende a la *actuación para un propósito ajeno a su actividad profesional* las dudas son mayores. En este último supuesto parece que el límite — la presunción, al menos — se anticipa al momento de celebración del contrato; mientras si se atiende al uso, habrá de estarse a un estadio posterior. Probablemente la realidad que se pretende cubrir sea la misma y se trataría tan sólo de matices, aunque habrá supuestos ciertamente difíciles de catalogar.

3.2. Asuntos del Tribunal de Justicia

3.2.1. Primeros Asuntos relevantes

a) Asunto *Di Pinto*

Conviene advertir que la construcción doctrinal ha ido acompañada de Sentencias del Tribunal de Justicia que han ido delimitando esta noción básica central de consumidor. La que tradicionalmente se ha destacado como primera de las más relevantes es la recaída en el Asunto *Di Pinto* referida a la noción de consumidor en la directiva de contratos fuera de establecimiento (*démarchage* — en francés — siendo que su origen proviene de una cuestión prejudicial planteada por la Cour d'Appel de París⁶⁸). En ella el primer problema planteado consistía en saber si un comerciante, incitado a contratar en su domicilio o en su lugar de trabajo y que finalmente concluye un contrato relacionado con la transmisión de su fondo de comercio, actúa para un fin que puede ser considerado extraño a su actividad profesional o si, por el contrario, actúa en el marco de su actividad profesional. Respecto de esta cuestión cabe señalar que el Abogado General se pronunció favorablemente a la asimilación de este comerciante al "consumidor" de la Directiva 85/577, mientras que el gobierno del Reino Unido estimaba lo contrario, al considerar que por actividad empresarial o profesional no

⁶⁷ Así, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores", *Estudios jurídicos*, cit., pp. 113 a 115.

⁶⁸ STJCE de 14 de marzo de 1991, As. C- 361/89, *Di Pinto*, rec. I-1206 y ss.

pueden entenderse sólo las “habituales”⁶⁹. En esta dirección, se entendió que difícilmente puede considerarse que la transmisión del fondo de comercio de una empresa no esté vinculada a una actividad empresarial o profesional, y que desde luego no puede considerarse como una actividad común al conjunto de los consumidores.

Pues bien, el Tribunal, en la línea apuntada por el Gobierno inglés y en contra de la opinión de la Comisión⁷⁰, consideró que los actos tendentes a la venta del fondo de comercio si bien pueden llevar a poner fin a dicha actividad, constituyen *actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante*⁷¹. El TJCE concluyó respecto de esta cuestión, por tanto, que el concepto de consumidor de la Directiva debía ser interpretado restrictivamente, de modo que el comerciante que recibe una visita a domicilio, con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio, no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva. Ha de hacerse notar que el Tribunal se alejó igualmente de la conclusión del Abogado General Mischo que sobre este particular consideró que el “comerciante” en cuestión sí que debía beneficiarse de la protección de la Directiva 85/577⁷².

El segundo problema planteado consistía en determinar si la Directiva se opone a que una legislación nacional extienda la protección a los comerciantes. El TJCE consideró que el legislador nacional es libre de establecer una regulación en tal sentido.

Para llegar a esta última consideración, esto es, la posibilidad de que la legislación nacional vaya más allá de lo dispuesto en la Directiva, el Tribunal se pronuncia del siguiente modo: el artículo 8 de la Directiva sobre contratos fuera de establecimiento, por el que se permite “que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección de los consumidores en el ámbito amparado por ella”, ha de ser interpretado de manera que se “deja libertad a los Estados en el ámbito amparado por la Directiva, a saber, *la protección a los consumidores*” (la cursiva no figura en el original). Y, sigue el Tribunal, “no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe a los Estados adoptar medidas en un ámbito al que ella no se refiere, como es el de la protección a los comerciantes”⁷³.

En relación con este pronunciamiento del TJCE cabe destacarse que, aún cuando la solución a la que se llega sea correcta, resulta criticable lo que el Tribunal parece considerar “el ámbito amparado por la Directiva”, es decir, “la protección a los consumidores”. Pues si bien es cierto que el ámbito de la Directiva es la protección de los consumidores, no cabe ignorar que lo es *en relación con una determinada práctica*. El ámbito amparado por el texto comunitario es la protección del consumidor frente a los contratos celebrados fuera de los

⁶⁹ Cfr. las Conclusiones del Abogado General Mischo, rec. 1991, pg. I-1189, puntos 20 y ss y 38.

⁷⁰ Cfr. puntos 17 y 18 de la Sentencia.

⁷¹ Punto 16 de la Sentencia.

⁷² Punto 30 de las Conclusiones del Abogado General Mischo presentadas el 12 de diciembre de 1990 (rec. 1991, I-1189) y, en general, puntos 17 a 29.

⁷³ Punto 22 de la Sentencia.

establecimientos mercantiles⁷⁴, y sólo respecto de tal ámbito los Estados miembros pueden incrementar — en su caso — el nivel de protección establecido por la Directiva en virtud del carácter de mínimos de ésta. En definitiva, el artículo 8 de la Directiva sobre contratos fuera de los establecimientos mercantiles lo que permite es incrementar el *minimis* comunitario, siempre que sea en favor de los consumidores y siempre que se respeten las normas del Tratado.

Resulta claro que las normas estatales que se refieran a un ámbito diferente al regulado por la Directiva no estarían vinculadas directamente con el *minimis* comunitario, ni por tanto con el artículo 8 de la misma. Por ello no parece muy clarificador cuando el TJCE afirma que el artículo 8 no puede interpretarse como una prohibición a los Estados de adoptar medidas en un ámbito al que ella no se refiere (como es la “protección a los comerciantes”); pues evidentemente el artículo 8 lo que permite es incrementar la protección proporcionada por la Directiva dentro del ámbito que le es propio (la protección de los consumidores frente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles).

Ahora bien, es igualmente cierto — y en esto atina el TJCE — que los Estados miembros pueden lógicamente adoptar medidas — respetando siempre el Tratado — en un ámbito que escapa totalmente de la Directiva, cual es la protección del comerciante que actúa como tal frente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁷⁵. No ha de olvidarse, además, que en ocasiones el legislador comunitario interviene para establecer una regulación sobre una determinada práctica comercial o contractual en la que ninguna de las partes es consumidor⁷⁶.

Cabe mencionar, por último, que la cuestión prejudicial que dió origen al Asunto *Di Pinto* no es sino reflejo de una preocupación de la jurisprudencia francesa respecto del ámbito de aplicación de su normativa sobre protección de los consumidores. De hecho, la *Cour de Cassation* ha adoptado en varias ocasiones un concepto amplio de “consumidor”⁷⁷. Por ejemplo, en este sentido se pronunció con respecto de la instalación de un sistema de alarma en una tienda de ropa, de manera que consideró que la situación provocada por el contrato litigioso era igual a la de cualquier otro consumidor al no pertenecer a la competencia profesional de la persona al frente del negocio⁷⁸. No obstante lo anterior, la *Cour d’appel de Paris* concluyó en fecha posterior que las normas sobre contratos fuera de establecimiento — *démarchage* — no eran de aplicación a las personas jurídicas y tampoco cuando el contrato tiene una relación directa con la actividad profesional; todo ello a propósito de una

⁷⁴ En igual sentido, K. MORTELMANS – S. WATSON, “The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?”, cit., pg. 48.

⁷⁵ En sentido contrario, K. MORTELMANS – S. WATSON, “The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?”, cit., pg. 48.

⁷⁶ Un ejemplo de normas protectoras de otros intervinientes en el mercado diferentes de los consumidores es la Directiva 85/653/CEE sobre los agentes comerciales (cfr. al respecto la STJCE de 30 de abril de 1998, *Bellone*, C-215/97, rec. I-2191, apartado 13; respecto del carácter imperativo de algunas de sus normas, es interesante la STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB c. Eaton Leonard Technologies Inc*, C-381/98, rec. I-9305).

⁷⁷ Vid. K. MORTELMANS – S. WATSON, “The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?”, cit., pg. 50 y nota 23.

⁷⁸ Cass. 25 de mayo de 1992, *Mme Petit*, *Recueil Dalloz Jurisprudence* 1993, 87.

instalación de “tele-vigilancia” contratada por uno de los socios de una sociedad colectiva⁷⁹. En similar sentido, a propósito de la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas, la *Cour de Cassation* consideró que una sociedad que había confiado un trabajo a una empresa de revelado no podía beneficiarse de la normativa de cláusulas abusivas por tratarse de un contrato entre dos empresarios e inscribirse en la actividad principal del demandante y dentro de las relaciones comerciales habituales⁸⁰. La doctrina francesa se encuentra igualmente dividida en cuanto a la consideración más o menos restrictiva del concepto de consumidor⁸¹.

b) El Asunto Dietzinger

En relación con la noción de consumidor merece ser destacada la Sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1998⁸², aún cuando se refiera a aquélla tangencialmente ya que el pronunciamiento principal versa sobre la delimitación del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 85/577 sobre contratos fuera del establecimiento mercantil. La cuestión básicamente planteada en el asunto por el *Bundesgerichtshof* alemán consistía en determinar si un contrato de fianza celebrado entre una entidad de crédito y una persona física, que no actúa en el ejercicio de su actividad mercantil o profesional, en garantía de un préstamo concedido por dicha entidad a un tercero, que sí que actúa en el ejercicio de su actividad mercantil o profesional, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577 sobre contratos fuera del establecimiento⁸³.

En las Conclusiones del Abogado General se menciona que algunos de los Gobiernos que aportaron observaciones consideraban que el demandado en el asunto litigioso no era “consumidor” a los efectos de la Directiva, aduciendo que la noción de consumidor abarca el concepto de destinatario de bienes o servicios suministrados en el marco de la transacción de que se trata, y en el marco del aval es el avalista el prestador de servicios y el banco el destinatario⁸⁴. El Abogado General, por su parte, consideró que el avalista no realiza un contrato de consumo y no debe disfrutar de los derechos conferidos a los consumidores que actúan a título exclusivamente personal⁸⁵; así mismo consideró que los riesgos del avalista no proceden del comerciante sino del deudor principal⁸⁶. Finalmente, el Abogado entendió que, aún siendo indiscutible que el objeto de la Directiva es la protección de los

⁷⁹ *Cour d’appel de Paris, 5ème. ch. civ.* de 17 de mayo de 1999: *vid.* referencia y ulteriores indicaciones de S. CHILLON en *REDC*, 1/2000, pg. 115.

⁸⁰ La Sentencia es de 23 de noviembre de 1999, *Cour de Cassation, ch. com., Ste Michenon c/ Ste Art Graphique imprimerie*: *vid.* una nota a la misma así como una revisión breve a la noción de consumidor en la jurisprudencia francesa por S. CHILLON, *REDC*, 2/2000, pp. 234 y 235.

⁸¹ *Vid.* H. BUREAU, *Le droit de la consommation transfrontière*, 1999, Litec, pg. 91 y notas 198 y 199, en las que se exponen las posturas divididas.

⁸² C-45/96, As. *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank c. Dietzinger*, rec. 1998, I-1214.

⁸³ Sobre el pronunciamiento del TJCE y el posterior fallo del *BGH* alemán: *vid.* J. DREXL, “Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher”, *JZ*, 21/1998, pp. 1046 a 1058.

⁸⁴ Así los Gobiernos belga, finlandés y alemán: *cfr.* punto 32 de las Conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs.

⁸⁵ *Cfr.* punto 36 de las Conclusiones del Abogado General, siguiendo los argumentos del Gobierno alemán.

⁸⁶ *Cfr.* punto 37 de las Conclusiones del Abogado General, siguiendo los argumentos del Gobierno belga.

consumidores, no lo es menos que lo es ante determinadas transacciones; todo ello sin perjuicio de que los Estados miembros puedan ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva en virtud del carácter de mínimos de ésta⁸⁷. Las consideraciones hasta aquí expuestas no fueron compartidas totalmente por el Tribunal que construyó su fallo de manera distinta⁸⁸.

En efecto, la Sentencia afirmó que el contrato de fianza del litigio principal está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 85/577, pero la razón sobre la que se basó el fallo fue que el aval prestado garantizaba una deuda contraída por una persona que actuaba en el marco de su actividad profesional. En definitiva el contrato principal no fue suscrito por un “consumidor” y de ahí que el contrato “accesorio” de fianza no pudiera ser considerado dentro del ámbito de aplicación del texto comunitario⁸⁹. El fallo encierra en realidad el siguiente pronunciamiento: un avalista puede estar amparado por la Directiva 85/577 cuando el avalado es “consumidor” a su vez.

Al hilo de la argumentación del Tribunal otras manifestaciones merecen ser destacadas. La primera de ellas consiste en que, según la Sentencia, la “Directiva no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato, siempre que tales bienes o servicios *estén destinados al consumo privado*” (la cursiva no figura en el original)⁹⁰. Y, lo que resulta igualmente interesante a los efectos de la delimitación de la noción de “consumidor”, el Tribunal considera que “en el texto de la Directiva *no hay nada que exija* que la persona que haya celebrado el contrato, en virtud del cual deban entregarse bienes o prestarse servicios, *sea el destinatario de esos bienes o servicios*” (la cursiva no figura en el original)⁹¹.

c) El Asunto *Berliner Kindl Brauerei AG c. Andreas Siefert*

El TJCE en Sentencia de 23 de marzo de 2000 se pronuncia a propósito del ámbito de aplicación de la Directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo⁹². El principal pronunciamiento de esta resolución se contrae al ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, aunque la respuesta proporcionada por el Tribunal tuvo en cuenta tangencialmente — y esto es lo que ha de destacarse — el carácter de las partes intervinientes.

El supuesto de hecho básico era el siguiente: el Sr. Siefert prestó fianza a favor de la fábrica de cerveza en garantía del reembolso de los préstamos que ésta había concedido a una

⁸⁷ Cfr. puntos 39, 42, 43 y 44 de las Conclusiones del Abogado General.

⁸⁸ *Vid.* algunas de las críticas y comentarios a esta Sentencia: H. EDELMANN, “Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufs-gesetzes auf Bürgschaftsverträge — zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 17.3.1998 — C45/96”, *VuR*, 6/98, pp. 179 a 182; S. LORENZ, “Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der “Krieg der Senate». Zur Anwendung des Haustürgeschäfte-widerrufsgesetzes auf Bürgschaften”, *NJW* 1998, 40, pp. 2937 a 2940; T. PFEIFFER, “Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht”, *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, H. SCHULTE-NÖLKE – R. SCHULZE (Hrsg), Nomos V., Baden-Baden, 1ª ed., 1999, pp. 21 a 43, esp., pp. 41 y 42.

⁸⁹ Cfr. fallo de la Sentencia, así como punto 22.

⁹⁰ Cfr. punto 18 de la Sentencia.

⁹¹ Cfr. punto 19 de la Sentencia.

⁹² As. C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei AG c. Andreas Siefert*, rec. 2000, I-1714.

tercera persona para la apertura de un restaurante. La cuestión prejudicial planteada se resume así: ¿el referido contrato de fianza está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre crédito al consumo? El TJCE entendió que el contrato de fianza de un crédito no ha de entenderse amparado por la Directiva y ello aún cuando tanto el fiador como el beneficiario del crédito actuaran fuera del marco de su actividad profesional. Dicho de otro modo, según el TJCE, la Directiva no nació con la vocación de ser aplicada a los contratos de fianza⁹³ y esta afirmación no se ve alterada aunque las partes hubieran actuado con una finalidad ajena a su actividad profesional o empresarial⁹⁴. Este último aspecto es el que aquí interesa ser destacado.

Pues bien, de los hechos que dieron lugar al litigio se deduce que el Sr. Siefert prestó la fianza sin que esta actuación tuviera relación alguna con su actividad profesional⁹⁵. En este sentido, tal y como declaró el Abogado General en sus Conclusiones, una persona física que acepte constituirse fiadora de las obligaciones de un tercero fuera del ámbito de su actividad profesional podría ser — en principio — calificada de “consumidor” con arreglo a la Directiva⁹⁶. Por otra parte, el beneficiario del crédito garantizado por esta fianza solicitó el crédito con la finalidad de abrir un restaurante. Aquí es donde el matiz se hace necesario, ya que el Tribunal no incide demasiado en el ámbito subjetivo de aplicación, al no ser lógicamente la cuestión principal planteada. No obstante lo anterior, cabe destacar que, tal y como se señala en la Sentencia y en las Conclusiones del Abogado General⁹⁷, en el Derecho interno alemán la transposición de la Directiva se llevó a cabo mediante la *VerbrKrG* según la cual el ámbito de aplicación se extiende a los créditos concedidos a una persona física, incluyendo el supuesto en que éstos vayan destinados a *iniciar* una actividad profesional, siempre que en este caso su importe no supere una determinada cantidad⁹⁸.

En definitiva, siendo la noción de “consumidor” de la Directiva la de aquella persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, ha de compartirse la opinión del Abogado General consistente en que el particular que suscribe un contrato de crédito con objeto de *financiar el inicio o creación de una actividad comercial* no ha de considerarse como consumidor⁹⁹. Sí que podría estar incluido, en cambio, en la normativa alemana antes referida.

Finalmente, cabe destacar que tanto la Sentencia recaída en el As. *Dietzinger* como la aquí analizada tienen en común que se dictan sobre cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales alemanes y sobre el contrato de fianza. Y, puesto que las Directivas de referencia son la de contratos celebrados fuera del establecimiento y crédito al consumo,

⁹³ Cfr. punto 25 de la Sentencia *Brauerei-Siefert*.

⁹⁴ Respecto de esta Sentencia ha de hacerse notar que una lectura aislada del fallo puede inducir a error respecto del verdadero alcance del pronunciamiento: en igual sentido, J. LAFFINEUR, “La directive 87/102/CEE relative au crédit à la consommation: exclusion du contrat de cautionnement de son champ d’application”, *REDC*, 3/2000, pp. 301 y ss, en concreto, pp. 301 y 302.

⁹⁵ Cfr. punto 9 de la Sentencia.

⁹⁶ Cfr. punto 41 de las Conclusiones del Abogado General Léger de 28 de octubre de 1999, rec. 2000, pg. I-1741.

⁹⁷ Puntos 8 de la Sentencia y 9 de las Conclusiones.

⁹⁸ Cfr. §1 y 3 *VerbrKrG*.

⁹⁹ Punto 21 de las Conclusiones.

respectivamente, la cuestión principal planteada consistió en saber si el contrato de fianza formaba parte del ámbito de aplicación objetivo de las mismas. El Tribunal resolvió considerando que sí que podía formar parte del ámbito de la primera, pero no de la de crédito al consumo. Y ello en atención a una diferencia esencial entre ambas Directivas, según el criterio del TJCE. En concreto, el Tribunal entiende que la Directiva 85/577 no contiene ninguna restricción en cuanto a su ámbito de aplicación material según los tipos de contratos de que se trate, de ahí que en la Sentencia recaída en el As. *Dietzinger* se considerara que no puede excluirse de entrada del ámbito de aplicación de la Directiva un contrato en beneficio de un tercero y, más en concreto, un contrato de fianza celebrado en el marco de un contrato a domicilio¹⁰⁰. En cambio, el TJCE considera que la Directiva sobre crédito al consumo, en razón de sus objetivos, prácticamente se limita a la información del deudor principal acerca del alcance de su compromiso, y no contiene disposición alguna que ofrezca una protección adecuada al fiador, cuyo interés primordial radica en conocer la solvencia del beneficiario del crédito para poder apreciar la probabilidad de que llegue a exigírsele el reembolso de éste; por todo ello, el TJCE concluye que dicha Directiva no está destinada a aplicarse a los contratos de fianza¹⁰¹.

Habiéndose producido ambas resoluciones del TJCE en relación con dos cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales alemanes y respecto de Directivas sobre protección de los consumidores, con sus entonces homólogas leyes en el ordenamiento interno (*HWG* y *VerbrKG*), la doctrina comparó las nociones de consumidor en el ámbito comunitario y en Derecho interno alemán¹⁰². En la base de la comparación se encontraba un dato interesante consistente en que algunas normas del ordenamiento alemán incluían en el concepto de consumidor al trabajador o empleado por cuenta de otro¹⁰³. No corresponde aquí profundizar en esta cuestión, aunque sí que ha de señalarse que en las Directivas comunitarias al definir qué se entiende por consumidor no se distingue entre actividad profesional independiente o por cuenta de otro.

3.2.2. Noción concreta, funcional y ¿restrictiva?

Ha de partirse de la idea, ya apuntada, consistente en que la noción de consumidor en ningún caso es unívoca. No existe “una” definición de consumidor concreta desde una perspectiva legal, sino que existen diferentes nociones debidas a la finalidad propia de cada norma.

¹⁰⁰ Cfr. punto 19 de Sent. As. *Dietzinger*.

¹⁰¹ Cfr. punto 25 de Sent. As. *Berliner Kindl Brauerei AG c. A. Siepert*.

¹⁰² *Vid. ad exemplum*, J. DREXL, “Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher”, cit.; y P. BÜLOW, “Verbraucherkreditrichtlinie, Verbraucherbegriff und Bürgschaft”, *ZIP* 39/99, pp. 1613 y ss. Téngase en cuenta que, a partir de la *Schuldrechtsreform* la *HWG* y la *VerbrKG* fueron derogadas e integrada la regulación de las respectivas materias en el *BGB*.

¹⁰³ Así, puede verse: P. BÜLOW, “Verbraucherkreditrichtlinie, Verbraucherbegriff und Bürgschaft”, *ZIP* 39/99, pp. 1613 y ss, esp. 1615. Cfr. vigentes §§ 13 y 14 *BGB*. En particular, sobre ese tema: G. ANNUSS, “Der Arbeitnehmer als solcher is kein Verbraucher!”, *NJW* 2002, pp. 2844 y ss; K. HÜMMERICH – J. HOLTHAUSEN, “Der Arbeitnehmer als Verbraucher”, *NZA* 2002, pp. 173 y ss.

En instancias comunitarias existen, por tanto, distintas nociones de consumidor; lo que no impide que pueda encontrarse un nexo común en las contenidas en las Directivas sobre protección de los consumidores en materia de prácticas contractuales o comerciales. En ellas la noción proporcionada se contrae únicamente a la *persona física*, como puede deducirse del tenor literal de las mismas y tuvo ocasión de confirmar el TJCE el 22 de noviembre de 2001 en relación, al menos, con la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas¹⁰⁴. En esta Sentencia, el Tribunal declara en el fallo que el concepto de “consumidor” de dicha Directiva debe interpretarse “en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas”.

La noción de las referidas Directivas comparte con los Convenios de Bruselas (sustituido por el Reglamento 44/2001 y posteriormente por el Reglamento 1215/2012) y de Roma una delimitación que podría llamarse negativa. En efecto, el concepto de “consumidor” se delimita negativamente: persona física que actúa fuera de su actividad profesional o empresarial¹⁰⁵. Recuérdese una diferencia de matiz en este punto, ya que en los Convenios la referencia se hace al *uso ajeno a la actividad* y en las Directivas, a *la actuación para un propósito ajeno a la actividad*. Como fue señalado anteriormente, en estas últimas parece que — con carácter general — el límite se sitúa en un estadio anterior: en el momento de celebración del contrato.

Puede notarse además que una diferencia se produce asimismo — en principio — respecto de las nociones que vinculan al consumidor con la finalidad de los bienes o servicios adquiridos para su uso privado, entendido en general como un uso familiar o doméstico. Una aproximación literal parece indicar que esta última — uso privado — es más restrictiva que la primera — actuación con un propósito ajeno a la actividad empresarial-. Sin embargo, ambos criterios están realmente muy próximos, ya que cabe entender que quien actúa como empresario no tiene intención o propósito de destinar los bienes o servicios para uso privado o familiar¹⁰⁶; y a la inversa, un adquirente que actúa fuera de su actividad profesional o comercial tendrá normalmente la intención de satisfacer sus necesidades personales¹⁰⁷.

Por otra parte, la delimitación relativa a la actuación con un propósito ajeno pone el acento en un hecho que será más fácilmente constatable por el empresario en el momento de la celebración del contrato, cual es el carácter con el que actúa el adquirente. En efecto, más difícil es presuponer en ese estadio cuál será el uso finalmente otorgado al bien o servicio adquirido. Cabe aquí traer a colación el artículo 2 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías en el que se plasma claramente la dificultad de todo vendedor para conocer de antemano si el destino de lo vendido es “para uso personal, familiar o doméstico”, supuesto éste último que está excluido del ámbito de aplicación del Convenio.

¹⁰⁴ As. C-541/99 y C-542/99, *Cape Snc/ Idealservice Srl y Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl*. Vid. al respecto: L. BERNARDEAU, “La notion de consommateur en droit communautaire”, *REDC*, 2001, pp. 341 a 362.

¹⁰⁵ Así, W. FABER, “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe”, cit., pg. 867.

¹⁰⁶ Así, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores”, *Estudios jurídicos*, cit., pg. 114.

¹⁰⁷ Así, G. HERTIG, *Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux États Unis et dans la CEE*, CJR, Payot, Lausana, 1984, pg. 13 y nota 27.

Así, en este artículo 2 del Convenio se añade a la exclusión un matiz atenuante de la dificultad apuntada: “salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”.

Aparte del elemento negativo consistente en la actuación ajena a la actividad profesional o empresarial, podría decirse de la noción de consumidor en este grupo de Directivas que se está ante una noción concreta, pues en la norma se delimita el ámbito subjetivo en atención a la protección que la norma pretende ofrecer. En definitiva, se protege al consumidor, que actúa al margen de su actividad empresarial o profesional, en una determinada práctica. En este sentido es una noción funcional, que contiene elementos definitorios relativos a una determinada situación¹⁰⁸.

Y, finalmente, lo que resulta tal vez más importante a efectos prácticos es que la jurisprudencia venía considerando hasta no hace mucho que la noción había de ser entendida en sentido estricto. Esa era desde luego la tendencia de la jurisprudencia europea sobre el concepto del Convenio de Bruselas y en el Asunto *Di Pinto*. El Tribunal más que ampliar el concepto, en las ocasiones en que se ha tenido que pronunciar al respecto, tendía a restringirlo. Un indicio más de esta noción estricta de consumidor podía encontrarse en la tramitación de la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En este texto la definición de “consumidor” finalmente adoptada fue, en la línea del resto de normas similares, la de “toda persona que (...) actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”. Pues bien, en la proposición inicial parecía contenerse una definición más amplia, cubriendo también a los profesionales adquirentes de bienes que no se encuentren directamente vinculados a su actividad profesional. Esta amplitud provenía del matiz añadido a la definición de consumidor, relativo a una actuación no integrada “directamente” dentro de su actividad profesional, y que finalmente fue suprimido¹⁰⁹.

Ahora bien, puede hablarse de un cierto cambio de tendencia en la jurisprudencia, al menos en algunos supuestos “mixtos” o de doble uso (contratos con una doble finalidad o bien con una finalidad no delimitada nítidamente). Es cierto, no obstante, que la Sentencia en cuestión toma en consideración una base de distinta índole, como es la finalidad de la Directiva a debate en sí, que prima claramente sobre otras consideraciones. Así, en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, recaída en el Asunto C 110/14, *Horatiu Ovidiu Costea v SC Volsbank România SA*, se adopta el fallo en atención a la escasa influencia que todo adherente tiene respecto de las cláusulas de un contrato pre-redactado de antemano por la otra parte, considerándose en tal sentido que un abogado en el supuesto concreto dilucidado en el Asunto tendría la consideración de consumidor¹¹⁰. Ha de advertirse que también en Derecho español el TS se ha pronunciado en un supuesto sobre el que recayó sentencia del

¹⁰⁸ Así, W. FABER, “Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe”, cit., esp. pg. 865.

¹⁰⁹ Vid. M. TENREIRO – S. GÓMEZ, “La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation”, *REDC*, 1/2000, pp. 5 a 39, en concreto, pg. 10 y nota 21.

¹¹⁰ A. ARROYO, “Abogado considerado como “consumidor”»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C110/14, *REVISTA DE DERECHO UNED*, núm. 19, 2016, pp. 71 y ss.

Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, núm. 367/20166, en el que se cita esta STJUE y se confirma que “para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante”.

3.2.3. Los denominados supuestos de “doble uso”

En la doctrina y jurisprudencia se venía atendiendo a los supuestos de difícil delimitación, denominados de “doble uso”¹¹¹, es decir, cuando una persona adquiere un bien o contrata un servicio con intención de utilizarlo tanto para su actividad profesional como fuera de ella.

Podría considerarse que lo accesorio sigue a lo principal¹¹², de manera que habría de determinarse cuál es la finalidad principalmente pretendida. Una referencia al uso “principalmente” perseguido en el momento de la contratación pudo encontrarse en los trabajos de revisión del artículo 2 del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos¹¹³. Aunque, tal vez, la postura más razonable es aquélla que solucionará el supuesto concreto en atención a las circunstancias y a la regulación aplicable a él¹¹⁴.

Otros criterios pueden encontrarse en el ya citado Informe *Giulano-Lagarde* relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales atendiendo: se considera que la actuación principal es la relevante, dejando a salvo la “apariencia” que se haya creado en la otra parte contratante; de modo que si al contratar se utilizó un papel membrete profesional, la buena fe de la otra parte estaría protegida y no se aplicarían las normas de protección de dicho Convenio¹¹⁵. Criterio este último que recuerda al artículo 2.a) del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, según el cual, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico, “salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”.

En la tramitación de la Directiva 1999/44/CE sobre algunos aspectos de las garantías de los bienes de consumo se contenía una definición de consumidor parcialmente distinta a las comúnmente empleadas, ya que se hacía alusión a que el consumidor actuaba con unos fines que no entraban “directamente” — y este es el matiz — en el marco de su actividad profesional. Finalmente ese matiz no llegó al texto final, decidiéndose el legislador comunitario por mantener el mismo concepto de consumidor de otras Directivas¹¹⁶. Lo cierto

¹¹¹ Así, por ejemplo, CALAIS-AULOY-STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., pg. 7; y T. PFEIFFER, “Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht”, pg. 37.

¹¹² Así, CALAIS-AULOY-STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., pg. 7.

¹¹³ “Thus, neither a sale by a consumer to a consumer nor a sale by a merchant to an individual who intends that the goods be used primarily in a home business qualify as a consumer contract”. Vid. comentario al borrador de agosto de 2001 sobre la revisión del artículo 2.

¹¹⁴ Así, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores”, cit., pg. 131.

¹¹⁵ Cfr. DOCE, C 327, pg. 21, punto 2 al artículo 5.

¹¹⁶ Vid., M. TENREIRO – S. GÓMEZ, “La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation”, cit., pg. 10, nota 21.

es que el texto finalmente adoptado en esta Directiva sobre garantías o en otras Directivas no se ha dado solución a los supuestos de “doble uso”, salvo el considerando 17 de la Directiva 2011/83 que opta por un criterio basado en el objeto predominante. Textualmente, “en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor».

Así, puede contrastarse que, mientras que para el Convenio de Bruselas se consideraba que un contrato se hallaba en el ámbito personal según el criterio de la marginalidad (Sentencia *Gruber*, referida al CB), de manera que se requería que el uso profesional fuera tenue, prácticamente insignificante, la Directiva 2011/83 opta claramente por una solución más equilibrada, a través del criterio del objeto predominante en el contexto general del contrato.

Esta comparativa se trajo a colación en las Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-110/14 *Horățiu Ovidiu Costea v SC Volsbank România SA*, Sentencia de 3 de septiembre de 2015. En dichas Conclusiones se contienen afirmaciones de gran interés: la primera de ellas, la que considera que la jurisprudencia del CB (Reglamento 44/2001 y luego 1215/2012) ha de ser considerada pero 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. Esto es, se considera que la aplicación restrictiva de la noción de consumidor en los contratos de doble finalidad no habría de ser “automáticamente trasladable por analogía al ámbito de las normas específicas destinadas a la protección de los consumidores”¹¹⁷. Interesante también resulta la explicación contenida en el número 42 de dichas Conclusiones, puesto que se alude a las negociaciones de la Directiva 2011/83, en tanto que, en ellas, 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».

4. A modo de conclusión

¹¹⁷ Y cita sobre esta discusión, N. REICH, H. –W. MICKLITZ, P. ROTT Y K. TONNER, *European Consumer Law*, 2ª ed., Intersentia, 2014, p. 53.

La noción en el Reglamento 1215/2012 (y sus antecedentes) y en las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores frente a determinadas prácticas comerciales o contractuales es esencialmente la misma¹¹⁸, aunque no totalmente.

Para las Directivas cabe afirmar que se está ante una noción elástica –“operativa y dinámica”, “funcional”-, es decir, no es uniforme y se define cabalmente con el reenvío al contenido del acto legislativo en cuestión. Y, de forma casi constante, se consolida la delimitación en torno a “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». En este tipo de instrumentos lo más relevante es sin duda la contraposición entre las nociones de profesional y de consumidor, que no operan en cambio como términos simétricos (en tanto que los no profesionales no son *per se* consumidores). Por otra parte, se ha consolidado la consideración de que las personas jurídicas pueden ser consumidores, tal y como se afirma en las últimas Directivas de armonización plena (cfr. Considerandos de la Directiva 2011/83). Además, siendo una noción funcional, no se trata de una cualidad apreciable de forma inmutable, sino que se está ante una función en virtud de la “condición en la que se sitúa una persona en relación con un negocio jurídico u operación particular”¹¹⁹.

Y si bien es cierto que esta concepción del consumidor como actor en un determinado negocio, con sus elementos objetivos y funcionales, se confirmaba así mismo para el ámbito del Convenio de Bruselas (sustituido después hasta llegar al Reglamento 1215/2012), que ha de considerarse en todo caso como concepto “autónomo”, no puede hablarse de una total coincidencia en los supuestos de “doble uso”. En efecto, para las Directivas, parece razonable afirmar que lo que se recoge en el Considerando 17 de la número 2011/83 resulta el criterio adoptado por el legislador europeo: lo relevante será el objeto predominante atendiendo a las circunstancias que rodean al contrato globalmente considerado. Literalmente: “en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”.

En cambio, para el Reglamento 1215/2012 en los supuestos de doble uso el criterio sigue siendo el de la Sentencia *Gruber* que se pronunció sobre un supuesto se aborda un supuesto “mixto», es decir, un contrato que podría tener relación tanto con la actividad profesional, como con la actividad privada. Se recordará que en dicha ocasión, el TJ concluyó, a los efectos que ahora interesan, que una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 del CB, que eran los aplicables al caso, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate. La valoración respecto de si el contrato se celebró para satisfacer, en gran

¹¹⁸ En igual sentido, Conclusiones del Abogado General J. MISCHO, de 14 de junio de 2001, en los asuntos C-541/99 y C-542/99, *Cape Snc/Idealservice Srl y Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl*, puntos 17 y 18.

¹¹⁹ Cdo. 26 Conclusiones Abogado General Asunto.

medida, necesidades vinculadas a la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional solamente tenía un papel insignificante correspondería en todo caso al órgano jurisdiccional nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ANNUB, GEORG, "Der Arbeitenehmer als solcher is kein Verbraucher", *NJW* 2002, pp. 2844 y ss.

ARROYO APARICIO, ALICIA, "El impacto de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español", *AJA*, N° 867, 2013, p. 16.

ARROYO APARICIO, ALICIA, "Abogado considerado como "consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C110/14", *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 71 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores", BERCOVITZ, ALBERTO / BERCOVITZ, RODRIGO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 106 y ss.

BERNARDEAU, LUDOVIC, "La notion de consommateur en droit communautaire", *REDC*, 2001, pp. 341 a 362.

BERROD, FRANÇOIS, "Circulation des marchandises: consommateur de référence", *Europe*, n° 10, 1998, p.14.

BÜLOW, PETER, "Verbraucherkreditrichtlinie, Verbraucherbegriff und Bürgschaft", *ZIP* 39/99, pp. 1613 y ss.

BUREAU, HÉLÈNE, *Le droit de la consommation transfrontière*, Litec, París, 1999, esp. pp. 90 y ss.

CALAIS-AULOY, JEAN. / STEINMETZ, FRANK, *Droit de la consommation*, 4ª ed., 1996.

CARRILLO POZO, LUIS F., *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Alfonso Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994, sub art. 13, pp. 267 y ss.

CHILLON, SANDIE, *REDC*, 2/2000, pp. 234 y 235.

DREHER, MEINRAD, "Der Verbraucher — Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?", *JZ*, 4/1997, pp. 167 a 178.

DREXL, JOSEF, "Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher", *JZ*, 21/1998, pp. 1046 a 1058.

EDELMANN, HERVÉ, "Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufs-gesetzes auf Bürgschaftsverträge – zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 17.3.1998 – C45/96", *VuR*, 6/98, pp. 179 a 182.

FABER, WOLFWANG, "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen un nationalem Zivil- und Kollisionsrecht", *ZEup*, 1998, pp. 854 a 892.

GALÁN CORONA, EDUARDO, "La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia", *ADI*, 1975, pp. 291 y ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "The Rome I Regulation: Much ado about nothing?", *The European Legal Forum (E) 2-2008*, 61-80.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ VAQUÉ, LUIS, "La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la Sentencia Gut Springenheide", *Derecho de los Negocios*, nº 103, 1999, 1-15.

HERTIG, GÉRARD, *Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux États Unis et dans la CEE*, CJR, Payot, Lausana, 1984.

HÜMMERICH, KLAUS / HOLTHAUSEN, JOACHIM, „Der Arbeitnehmer als Verbraucher“, *NZA* 2002, pp. 173 y ss.

LAFFINEUR, JACQUES, "La directive 87/102/CEE relative au crédit à la consommation: exclusion du contrat de cautionnement de son champ d'application", *REDC*, 3/2000, pp. 301 y ss.

LORENZ, STEPHAN, "Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der "Krieg der Senate". Zur Anwendung des Haustürgeschäfte-widerrufsgesetzes auf Bürgschaften", *NJW* 1998, 40, pp. 2937 a 2940.

LUBY, MONIQUE, "Consommateurs. Indications destinées à promouvoir les ventes de nature à induire l'acheteur en erreur, Normes de commercialisation, Consommateur de référence", *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Vol. 51, nº 4, 2001, p. 995.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ANGEL, "El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96)", *Noticias de la Unión Europea*, nº 194, 2001, 29-44.

MORTELMANS, K. / WATSON, S., "The Notion of Consumer in Community Law: A Lottery?", *Enhancing The Legal Position of The European Consumer*, J. Lonbay (ed.), *BIICL*, Londres, 1996, pp. 36-57.

NIELSEN, PETER ARNT, EN MAGNUS-MANKOWSKI (ed.), *Brussels I regulation*, Walter de Gruyter, 2.ª ed., 2011, *sub* artículo 15, 2011.

PFEIFFER, THOMAS, "Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht", *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, H. SHULTE-NÖLKE / R. SHULZE (HRSG), *Nomos V.*, Baden-Baden, 1ª ed., 1999, pp. 21 a 43, esp., pp. 41 y 42.

REICH, NORBERT / HANS-W. MICKLITZ / P. ROTT / K. TONNER, *European Consumer Law*, 2ª ed., Intersentia, 2014.

SCHMID, G., "Der aufmerksame Verbraucher beim Eierkauf", *European Law Review*, nº 10, 1998, 463-467.

SCHMON, CRISTOPH, "Convergence between the European Regulations Brussels I & Rome I on the Example of Consumer Contracts», *Stanford-Vienna European Union Law Working Paper* No. 4, http://www.law.stanford.edu/program/centers/ttlf/papers/schmon_eulawwp4.pdf

TENREIRO, MARIO / GÓMEZ, SOLEDAD, "La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation", *REDC*, 1/2000, pp. 5 a 39.

(texto submetido a 23.11.2017 e aceite para publicação a 11.12.2017)