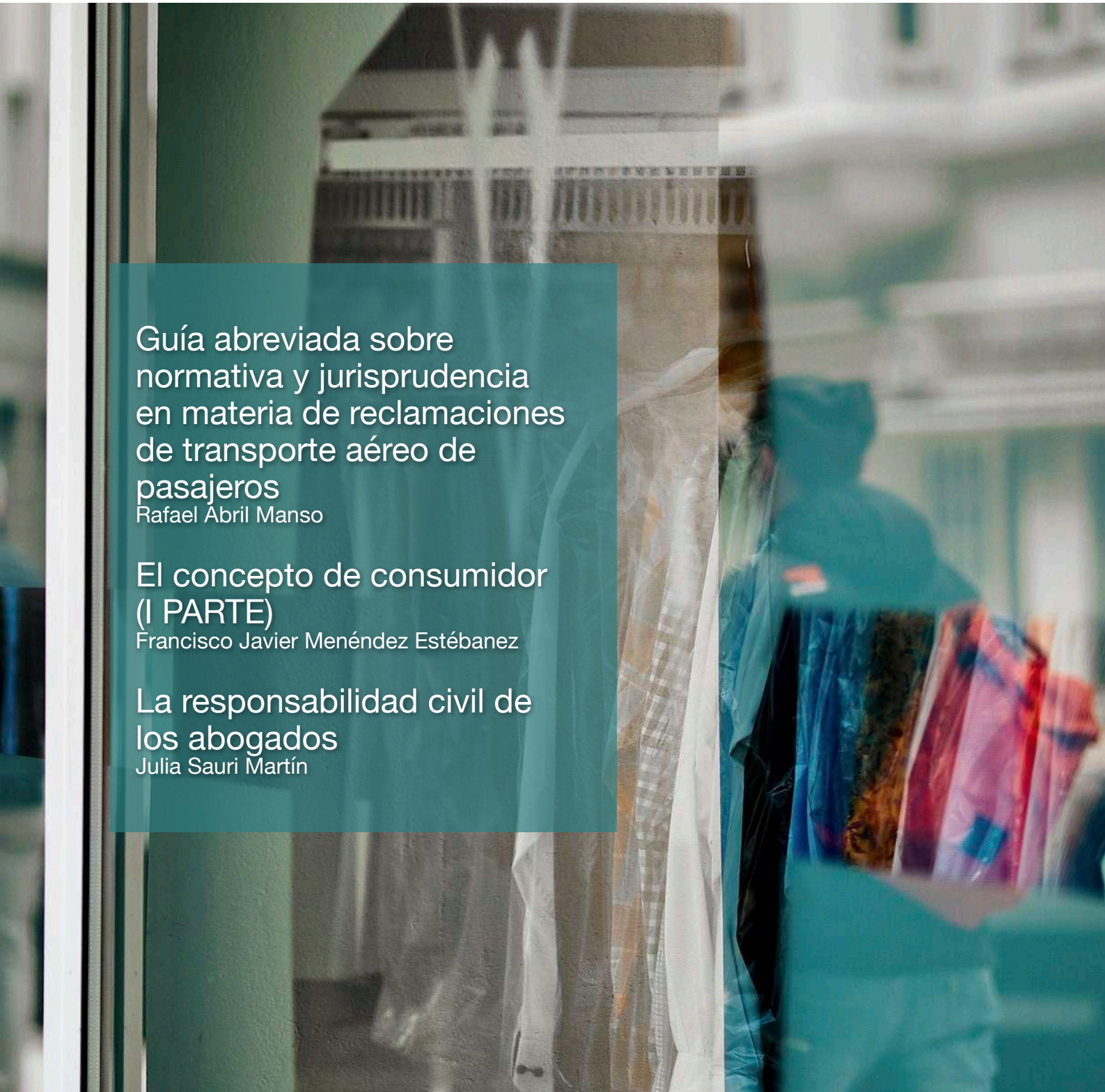
BOLETÍN
COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

Nº 31
enero 2023

Juezas y Jueces *para la* Democracia



Guía abreviada sobre normativa y jurisprudencia en materia de reclamaciones de transporte aéreo de pasajeros
Rafael Abril Manso

El concepto de consumidor (I PARTE)
Francisco Javier Menéndez Estébanez

La responsabilidad civil de los abogados
Julia Sauri Martín

BOLETÍN
COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

31

DIRECCIÓN
Ana García Oruño
Ignacio Martín Verona

COORDINACIÓN
Fátima Mateos Hernández y
Janire Recio Sánchez

IMÁGENES
Pixabay

EDITA
Juezas y Jueces para la Democracia

ISSN 2695-9941

Madrid

EDITORIAL

LA COMPETENCIA INTERNACIONAL EN LAS RECLAMACIONES POR TRANSPORTE AÉREO DE VIAJEROS
Ana María Álvarez de Yraola

GUÍA ABREVIADA SOBRE NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RECLAMACIONES DE TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS
Rafael Abril Manso

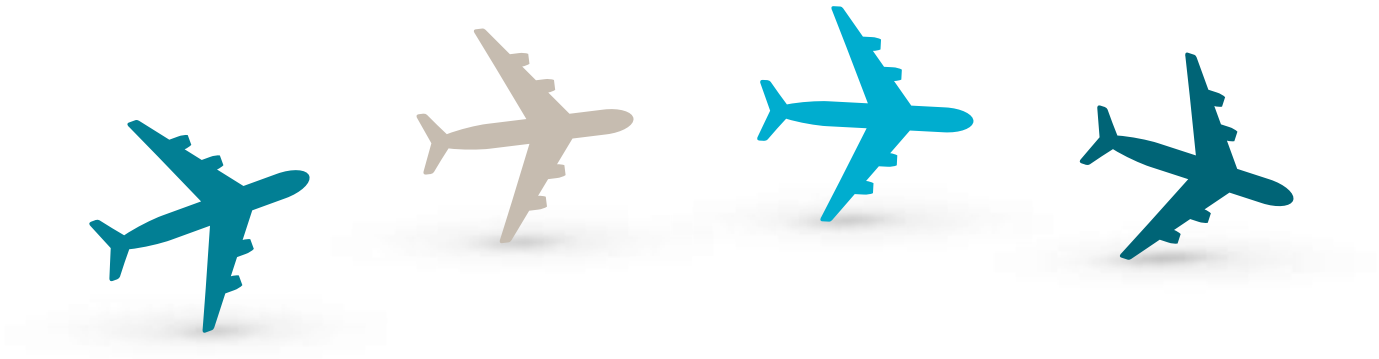
EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR (I PARTE)
Francisco Javier Menéndez Estébanez

EL POSIBLE TRÁNSITO DE LAS CONDICIONES ABUSIVAS A LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS
José María Fernández Seijo

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS
Julia Sauri Martín

BREVES APUNTES SOBRE BLOCKCHAIN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Mariano López Molina

X JORNADAS Y ACUERDOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO



Editorial

Cada vez son más alarmantes los síntomas que advierten de la situación de sobrecarga de trabajo que afecta a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil en toda España.

El esfuerzo que conlleva el despliegue efectivo del control judicial de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria en serie; la práctica generalizada de cesión de créditos entre entidades financieras; así como la creciente morosidad derivada de la pérdida de capacidad financiera de las familias y empresas que incide en el nivel de litigiosidad, ha conllevado un incremento paulatino de los asuntos que acceden a esta jurisdicción, que probablemente se verá agravado por la atribución de la competencia sobre acciones de trasporte de viajeros aéreo.

En nuestro compromiso asociativo con la defensa de los derechos de los ciudadanos, más allá de su reducida condición de consumidores, en las páginas de este boletín se incluyen las aportaciones de algunos compañeros y compañeras que participaron como ponentes en las jornadas de la comisión de derecho privado en la ciudad de Vigo en el mes de noviembre, y que pretenden aportar instrumentos útiles para la resolución de los miles de litigios que tienen que afrontar los jueces/zas de los Juzgados de Instancia con referencia a la más reciente jurisprudencia en materias como el concepto de consumidor, trasporte aéreo, tarjetas de créditos revolventes y las prácticas abusivas.

Dado el volumen de la ponencia sobre el concepto de consumidor, se ofrece en este boletín una primera entrega, que se completara en el siguiente número.

También hemos incluido dos artículos que reflexionan sobre un tipo de reclamación que resulta cada vez más frecuente, cual es la que surge en el ámbito de las relaciones entre cliente y letrado, así como la novedosa modalidad de contratación mediante la tecnología de blockchain.

Esperamos que resulten de vuestro interés.

La competencia internacional en las reclamaciones por transporte aéreo de viajeros

Ana María ÁLVAREZ DE YRAOLA
Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid

1 Introducción general

En el análisis de la competencia internacional para conocer de este tipo de demandas cuando existe un elemento extranjero que internacionaliza el conflicto, los juzgados de primera instancia debemos recordar en primer lugar que en la gran mayoría de las demandas no resulta aplicable la normativa nacional de la LOPJ ni la LEC, pues esta competencia está determinada en los Reglamentos EU o los Convenios Internacionales ratificados por España, de modo que la legislación nacional solo es aplicable a aquellos aspectos residuales no regulados por las normas internacionales.

Resulta práctico recordar que, antes de afrontar cualquier asunto con elemento extranjero, debemos distinguir y responder separadamente estos tres aspectos:

1. Competencia internacional para conocer del asunto: a resolverse conforme los convenios internacionales y sólo en su defecto por las normas de la ley orgánica del poder judicial (arts. 21 LOPJ y 36 y 38 LEC).

2. Normas aplicables al procedimiento: que serán los trámites de tal naturaleza recogidas en los convenios internacionales y sólo en lo no regulado, y en la medida en que no se opongan a aquéllas, las de la ley de enjuiciamiento civil.
3. Ley aplicable al fondo del asunto, que será la normativa con la que resolvamos el objeto procesal, no necesariamente la española.

Así, será relativamente común que pese a ser competentes para conocer los tribunales españoles no lo sean cualquiera de sus juzgados, pues en muchas ocasiones los convenios determinan no solo la jurisdicción del Estado sino que también la del concreto juzgado territorialmente competente, resolviendo así tanto la competencia internacional como la territorial interna; que algunos plazos y trámites estén regulados en tales Convenios, por lo que no será aplicable la LEC o sólo lo será para algunos trámites no previstos en la regulación internacional y en la medida en que no se opongan a aquéllas; y puede ser que para resolver el fondo del asunto no sea aplicable el código civil ni otras normas nacionales sino que habremos de aplicar el derecho extranjero que rija el fondo de la controversia.

También conviene recordar que cuando el Tribunal Europeo de Justicia (TJUE) se refiere a un concepto autónomo implica que ha de ser interpretado con sujeción exclusivamente a la legislación europea y a la jurisprudencia del TJUE, sin que al respecto suponga jurisprudencia lo dictado por los tribunales constitucionales o supremos nacionales, cuya doctrina debe decaer no siendo aplicable si se opusiera a la del TJUE (entre otras muchas STJUE de 21 diciembre de 2021 C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19; o sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2021, C-64/20, ECLI:EU:C:2021:207).

En concreto para las reclamaciones por transporte aéreo de viajeros la normativa internacional de más frecuente aplicación es:

- Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para todos los Estados miembros de la UE, puesto que el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos no establece normas de competencia internacional.

- Convenio de Lugano de 2007 con Noruega, Islandia y Suiza.

- Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, del que es parte la Unión Europea, y acumulable en la acción de fondo a los anteriores siempre que la acción y el fuero no fueran incompatibles.

También quiero resaltar que, en este ámbito, y como se verá en detalle más adelante, el domicilio del demandante no determina nunca el fuero internacional por lo que esta nunca será razón para nuestra competencia, al excluirse la aplicabilidad –sólo en tema de competencia- de la normativa especial del consumidor.

2 El Reglamento (UE) nº 1215/2012 y el Convenio de Lugano

De conformidad con el Reglamento 1215/2012 (y el Convenio de Lugano/ Bruselas del que aquél toma su contenido) las reglas que nos otorgan competencia son cualquiera de las siguientes, sin preferencia entre sí:

1. El domicilio del demandado: que es el criterio general del reglamento, si bien referido al que sea el domicilio social o a aquélla de sus sucursales que tenga vínculo con el contrato, si la hubiera.
2. Los lugares de cumplimiento de la obligación principal: salida y llegada del vuelo.
3. Sumisión expresa: aquel al que las partes se hubieran sometido expresamente, siempre que la cláusula sea válida.
4. Sumisión tácita: ante el que voluntariamente comparezcan, salvo que el demandado lo hiciera sólo para impugnar la competencia del juzgado.

Y debe recordarse también que en esta materia no se aplican las normas especiales para contratos celebrados con consumidores, porque el artículo 17,3 del Reglamento 1215/2012 dispone que tal sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los viajes combinados de transporte y alojamiento.

El Convenio de Lugano, aplicable con Noruega, Islandia y Suiza, establece los mismos criterios, por lo que los supuestos y jurisprudencia del TJUE son idénticos a lo expresado para el Reglamento (UE) nº 1215/2012.

2.1 Domicilio del demandado o sucursal vinculada con el objeto del litigio

El domicilio del demandado, que en el caso de personas jurídicas como son las transportistas en el contrato de transporte, es sólo el domicilio social inscrito en el Registro mercantil del Estado de constitución de la sociedad.

También cabe interponer la demanda ante el juzgado del lugar en que se halle una sucursal del demandado, pero sólo cuando el litigio se base en actos relativos a la explotación de tal sucursal o bien por obligaciones contraídas por esta sucursal en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal; en este sentido la sentencia del TJUE, de 20/05/2021 (Asunto C-913/19 – CNP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością / Gefion Insurance A/S - ECLI:EU:C:2021:399) define el concepto de sucursal, agencia o establecimiento, en los términos del Reglamento (UE) nº 1215/2012.

En materia del contrato de transporte aéreo, y desestimando la validez de cualquier sucursal de la transportista, ya la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019 (asunto C-464/18-ZX/Ryanair- ECLI:EU:C:2019:311) determinó en primer lugar, que los conceptos de «sucursal», «agencia» y «cualquier otro establecimiento» en el sentido de esta disposición presuponen la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz, centro que debe estar dotado de una dirección y de un equipamiento material, de manera que pueda negociar con terceros, y, en segundo lugar, que el litigio debe referirse o bien a actos relativos a la explotación de tal sucursal o bien a obligaciones contraídas por esta en nombre

de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal. Además, recuerda que la extensión a la sucursal o agencia es una norma de competencia especial, que debe interpretarse de modo autónomo y estricto, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados en el mismo Reglamento.

2.2 Los lugares de cumplimiento de la obligación principal

La STJUE de 03 de febrero de 2022 (ROJ: PTJUE 25/2022- ECLI:EU:C:2022:71), ratifica la jurisprudencia vigente, destacando la importancia del vínculo más estrecho con el órgano jurisprudencial competente y expresa que a tenor del artículo 7, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 1215/2012, en materia contractual, una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro ante el órgano jurisdiccional del lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda, y que, a efectos de tal disposición, el artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion precisa que, salvo pacto en contrario, por lo que respecta a la prestación de servicios dicho lugar será el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede resumirse en que:

- en caso de pluralidad de lugares de prestación de servicios en diferentes Estados miembros, la competencia la determina el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato en cuestión y el órgano jurisdiccional competente, que es el lugar de la prestación principal de los servicios, lo que debe deducirse de las cláusulas del propio contrato y ser conforme con el principio de previsibilidad de las normas de competencia.

- en relación con un vuelo directo efectuado entre dos Estados miembros por la compañía aérea que contrata con el pasajero afectado, tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión -solo como un ejemplo no exhaustivo- son los lugares de prestación principal de los servicios, de modo que el órgano jurisdiccional competente, es, a elección del demandante, aquel en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato.

- En un vuelo dividido en varios trayectos con conexión directa, caracterizado por una única reserva confirmada para el conjunto del itinerario y en los que el transporte se realiza por dos transportistas aéreos diferentes, puede entenderse como lugar de cumplimiento, en el sentido de dicha disposición, tanto el lugar de salida del primer trayecto como el lugar de llegada del último trayecto y ello con independencia de que la demanda se dirija contra el transportista aéreo encargado de efectuar el trayecto de que se trata o contra quien contrata con el pasajero que no es dicho transportista. Al respecto, si bien no trata estrictamente sobre la competencia, es conveniente recordar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:123 asunto C-451/20) declaró la no aplicación del reglamento (CE) nº 261/2004 en vuelo con salida y destino en un tercer país aunque el aeropuerto de la escala esté situado en un estado miembro.

2.3 Sumisión expresa

Recuerda la STJUE de 18 de noviembre de 2020 (C-519/19) que tal cláusula es abusiva si no ha sido negociada, no siendo en tal caso una cláusula oponible para determinar la competencia.

En cuanto a la cesión por el perjudicado de sus derechos de reclamación, ya fuere la cesión a un particular o a una empresa con ánimo de lucro, la misma sentencia ha determinado que la cláusula de sumisión expresa concertada con un pasajero sólo tiene eficacia entre las partes del contrato y no es oponible a un tercero a quien el pasajero haya cedido su derecho de compensación, salvo que el derecho nacional expresamente determine que tal tercero sí se ha subrogado en todos los derechos y deberes del consumidor. En el caso de España el Tribunal Supremo ha excluido tal subrogación, pues el ATS de 21/06/2022 (ROJ: ATS 10479/2022 - ECLI:ES:TS:2022:10479A) ha negado que la condición de consumidor sea transmisible como si fuera un anejo del derecho de crédito, pues se es consumidor si se reúnen los requisitos legales para ello y no se es si no se cumplen, indicando que las sociedades cesionarias no pueden acudir al criterio del art. 52,2 LEC.

2.4 Sumisión tácita

El artículo 26, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 indica que será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado, si bien esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24.

Esta posibilidad generalizada para el contrato de transporte de que seamos competentes por sumisión tácita excluye todo tipo de control de la competencia en el momento de presentación de la demanda –al no tratarse de ninguna de las competencias exclusivas del artículo 24, únicas analizables de oficio a la presentación de la demanda conforme el Reglamento (UE) nº 1215/2012-, de modo que si la competencia no responde a ninguno de los fueros del Reglamento antes analizados –sumisión expresa válida y aplicable, domicilio del demandado y lugares de cumplimiento de la obligación principal- habremos de declararnos incompetentes y acordar el sobreseimiento sólo cuando proceda declarar la rebeldía del demandado o este haya comparecido sólo para discutir la competencia o interponer declinatoria de jurisdicción internacional, al excluir el art. 26 del reglamento la aplicabilidad de la ley nacional, en nuestro caso excluye tanto la exclusión de la sumisión expresa o tácita para el juicio verbal del art. 54 LEC como la sumisión tácita de la situación de rebeldía que indica el art. 56,2 LEC, normas nacionales estas que, como antes se dijo, quedan inaplicables al oponerse a la norma procesal internacional.

También debe recordarse que en estos casos de ausencia de competencia, en aplicación del art. 26 del reglamento, la declinatoria puede oponerse durante todo el plazo de contestación a la demanda.

Recuerda la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019 (asunto C-464/18 -ZX/Ryanair- ECLI:EU:C:2019:311) que el art. 26,1 –sumisión tácita- debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable en un caso en el que el demandado no ha presentado alegaciones sobre la ausencia de competencia ni ha comparecido.

3 Convenio de Montreal

De conformidad con Convenio de Montreal las reglas que nos otorgan competencia son cualquiera de las siguientes, a elección del demandante, en el territorio de uno de los

Estados Parte (art. 33):

Para la acción de indemnización de daños:

1. el tribunal del domicilio del transportista demandado o de su oficina principal o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato,
2. el tribunal del lugar de destino

Solo para la acción del daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, además:

1. en el territorio en que el pasajero tiene su residencia principal y permanente en el momento del accidente,
2. el lugar hacia y desde el cual el transportista explota los servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial.

A tales fueros han de añadirse los de sumisión expresa y tácita, que lo serán en los mismos términos antes vistos para el Reglamento (UE) nº 1215/2012, pues el art. 33,4 del Convenio indica que las cuestiones de procedimiento se regirán por la ley del tribunal que conoce el caso, y en España es aplicable tal normativa internacional de forma prevalente a la interna de la ley de enjuiciamiento civil.

Tales normas indican también no solo el Estado, sino también el concreto órgano judicial competente (sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 ECLI:EU:C:2019/927 - C-213/18 EASYJET AIRLINE).

El Convenio se aplica cuando el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Parte, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque no sea Estado Parte.

Sobre la acumulación de acciones basadas en ambos textos, la STJUE de 10 de marzo de 2016 (ECLI: EU:C:2016:148 –C94/2014) excluye la competencia en base al Convenio de Montreal si la reclamación se basa exclusivamente en el Reglamento (CE) nº 261/2004 y la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 (ECLI:EU:C:2019/927 - C-213/18 EASYJET AIRLINE) indica que para obtener las compensaciones del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, y las del artículo 33 del Convenio de Montreal deben cumplirse las normas de competencia respectivamente aplicables.

4 Bibliografía:

Notas sobre competencia internacional y territorial en indemnizaciones por retraso o cancelación de vuelos, de Francisco José Martín Mazuelos, Millenium Derecho Internacional Privado, Editorial Tirant lo Blanch.

Guía abreviada sobre normativa y jurisprudencia en materia de reclamaciones de transporte aéreo de pasajeros

Rafael ABRIL MANSO
Magistrado del Juzgado Mercantil nº3 de Oviedo

1 Régimen legal: nacional, comunitario e internacional

1.1 Normativa nacional

- Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea: Sección 1ª, Capítulo XII, artículos 92 a 101, ambos inclusive.
- Código Civil: artículo 1105 y artículos 1254 y siguientes.

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Normativa complementaria de las Comunidades Autónomas en materia de protección de consumidores.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, tras la reforma producida en la misma por la Ley 44/2006 de 29 diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- Normativa sectorial complementaria:
  - Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.
  - Reglamento de Seguridad Aérea, aprobado por Real Decreto 37/2001, de 7 de julio, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.
  - Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.
  - Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.
  - Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.
  - Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida.

1.2 Normativa comunitaria

- Reglamento (CE) 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos.
- Reglamento 2027/97 del Consejo de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, el cual ha sido modificado por el Reglamento 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, que ajusta dicha norma al Convenio de Montreal de 1999.
- Reglamento (CE) 1107/2006, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.
- Reglamento (CE) nº 2111/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005 relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora.
- Reglamento (CE) nº 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, relativo al principio de la libre fijación de precios.

1.3 Normativa internacional

- Convenio de Varsovia para la Unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional de 12 de octubre de 1929.
- Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo internacional de 28 de mayo de 1999, firmado por España en el año 2000.
- "Condiciones Generales" aprobadas por la IATA (International Air Transport Asociation) por primera vez en 1953, de aplicación en determinados ámbitos del transporte aéreo (mercancías peligrosas, municiones, animales vivos, mercancías perecederas, etc.).

2 Jurisprudencia relevante en materia de transporte aéreo de pasajeros

2.1 Responsabilidad por lesiones o muerte

- *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 19 de diciembre de 2019, Asunto C-532/2018:* define el concepto de accidente aéreo.

2.2 Responsabilidad por demora, daño o pérdida del equipaje

- *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de noviembre de 2012, en el asunto C-410/11:* considera que el derecho a indemnización y el límite de responsabilidad del transportista en caso de pérdida del equipaje se aplican también al pasajero que reclama esa indemnización a causa de la pérdida de un equipaje facturado a nombre de otro pasajero, si el equipaje perdido contenía efectivamente los objetos del primer pasajero.

2.3 Responsabilidad por incumplimiento absoluto del contrato: denegación de embarque, cancelación o gran retraso

Responsabilidad por denegación de embarque y cancelación de vuelo

- *Sentencia de fecha 13 de Octubre de 2011, dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia, en el asunto C-83/10:* el concepto de «cancelación» no se refiere exclusivamente al supuesto de que el avión de que se trate no haya despegado en modo alguno, sino que incluye igualmente el supuesto de que el avión haya despegado, pero, cualquiera que sea la razón, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen y los pasajeros de dicho avión hayan sido transferidos a otros vuelos.

- *Sentencia de fecha 4 de Octubre de 2012, dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia, en el asunto C-22/11 (asunto FINNAIR):* el concepto de «denegación de embarque» debe interpretarse en el sentido de que se refiere no sólo a las denegaciones de embarque debidas a situaciones de exceso de reserva, sino también a las denegaciones de embarque por otros motivos, como los motivos operativos.
- *Sentencia de fecha 4 de Octubre de 2012, dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia, en el asunto C-321/11 (asunto IBERIA):* en el concepto de "denegación de embarque" queda comprendida una situación en la que, en el contexto de un contrato de transporte único que comprende varias reservas en vuelos inmediatamente sucesivos y para los cuales la facturación se ha realizado simultáneamente, un transportista aéreo deniega el embarque a ciertos pasajeros porque el primer vuelo incluido en la reserva ha experimentado un retraso imputable a ese transportista y este último ha previsto erróneamente que esos pasajeros no llegarán a tiempo para embarcar en el segundo vuelo.

Responsabilidad por gran retraso

- *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 17 de febrero de 2016, en el asunto C-429/14:* el Convenio de Montreal de 1999 debe interpretarse en el sentido de que un transportista aéreo que haya celebrado un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros, está obligado a responder frente a dicho empleador del daño ocasionado por el retraso en los vuelos efectuados por los empleados de éste en virtud del expresado contrato y derivado de los gastos adicionales soportados.
- *Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2007:* la compañía aérea no queda liberada de responsabilidad si la causa del retraso que dio lugar a la resolución del contrato no fue debida a fuerza mayor o razones meteorológicas, sino a un problema de organización o funcionamiento de la compañía.
- *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de octubre de 2011, dictada en el asunto C-83/10:* el concepto de «compensación suplementaria», debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. En cambio, dicho concepto de «compensación suplementaria» no puede servir de fundamento jurídico al juez nacional para condenar al transportista aéreo a reembolsar a los pasajeros cuyo vuelo haya sido retrasado o cancelado los gastos que éstos hayan tenido que efectuar a causa del incumplimiento, por parte de dicho transportista, de las obligaciones de asistencia y atención por manutención, transporte y alojamiento.
- *Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2009, en los asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07, de Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon y Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) y Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz contra Air France SA (C-432/07):* los vuelos que sufran retraso, con independencia del tiempo por el que se prolongue y aunque se trate de un gran retraso, no pueden tenerse por cancelados si se efectúan con arreglo a la programación inicialmente prevista por el transportista aéreo, generando derecho a compensación automática siempre que pierdan un tiempo igual o superior a tres horas, salvo concurrencia de circunstancias extraordinarias.
- *Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2012, en los asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, de Emeka Nelson y otros contra Deutsche*

Lufthansa AG y TUI Travel plc y otros contra Civil Aviation Authority: los pasajeros de los vuelos retrasados tienen derecho a ser compensados cuando sufren una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan a su destino tres horas o más después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo.

- *Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, dictada en el asunto C-11/11:* el pasajero de un vuelo con conexiones que ha sufrido un retraso en la salida inferior a los umbrales establecidos en el artículo 6 del citado Reglamento, pero que llegó a su destino final con un retraso igual o superior a tres horas con respecto a la hora de llegada programada, tiene derecho a indemnización, al no estar ésta supeditada a la existencia de un retraso en la salida.
- *Sentencia de la Sala Novena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2014, dictada en el asunto C-452/13, Germanwings GmbH y Ronny Henning:* establece que el concepto de «hora de llegada», utilizado para determinar la magnitud del retraso, designa el momento en el que se abre al menos una de las puertas del avión, al entenderse que en ese momento se permite a los pasajeros abandonar el aparato.
- *Sentencia 533/2000, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000,* asunto TRANSWORLD AIRLINES (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández): examina los supuestos en que un retraso da lugar a indemnización por daño moral.

Concurrencia de circunstancias exoneradoras

- *Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Oviedo, con sede en Gijón, Juicio Verbal 383/2016:* desestima la demanda por la ausencia de prueba de la concreta incidencia de la niebla en todos los vuelos inmediatos y posteriores a la fecha de despegue del vuelo afectado.
- *Sentencia de 31 de Enero de 2013 de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso McDonagh vs Ryanair, Asunto C-12/11:* el cierre de una parte del espacio aéreo europeo a raíz de la erupción del volcán Eyjafjallajökull es una «circunstancia extraordinaria», pero no exonera a la compañía aérea de la obligación de asistencia a los pasajeros aéreos.
- *Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero del año 2013:* considera la huelga como circunstancia exoneradora de responsabilidad si escapa al control efectivo de la compañía aérea. En el mismo sentido, la *Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de Mayo del año 2012,* referida a una huelga de pilotos de una compañía.
- *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de Abril de 2018, Caso Helga Krüsemann y otros contra TUIfly GmbH:* las circunstancias extraordinarias pueden producirse en casos de huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo, aunque no constituyen necesariamente, y de forma automática, causas de exoneración de la obligación de compensación.
- *Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 31 de Enero de 2013, Caso Denise McDonagh contra Ryanair Ltd.:* la huelga del personal encargado del *handling* del aeropuerto de Bruselas no guarda relación alguna con las capacidades de organización interna de la compañía aérea demandada, liberando de responsabilidad a la compañía aérea.

- *Sentencia de la Sala Novena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 17 de Septiembre de 2015, Caso Corina van der Lans contra Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Asunto C-257-14:* un problema técnico, que sobreviene imprevistamente, que no es imputable a un mantenimiento deficiente y que tampoco es descubierto con ocasión de un mantenimiento regular, no encaja en el concepto de «circunstancias extraordinarias».
- *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 2019, Germanwings GmbH contra Wolfgang Pauels, Asunto C-501/17:* el retraso motivado por un daño en el neumático del avión provocado por un tornillo en la pista de aterrizaje o despegue no es indemnizable.
- *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de Mayo de 2017, recaída en el asunto C-315/15 (Marcela Pešková/ TravelService a.s.):* la colisión entre una aeronave y un ave que suponga un retraso de vuelo igual o superior a tres horas a la llegada está comprendida en el concepto de «circunstancias extraordinarias» siempre que el transportista aéreo haya tomado las «medidas razonables» para reducir e incluso prevenir los riesgos de colisión con un ave para que pueda quedar exento de su obligación de compensar a los pasajeros.
- *Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2020, asunto C-74/19, LE contra Transportes Aéreos Portugueses SA:* el comportamiento conflictivo de un pasajero que haya justificado que el comandante de la aeronave desviara el vuelo de que se trate hacia un aeropuerto diferente del aeropuerto de llegada, a fin de desembarcar a dicho pasajero y descargar su equipaje, está comprendido en el concepto de «circunstancia extraordinaria», salvo que el transportista aéreo hubiese contribuido a que se produjera el comportamiento conflictivo o no hubiese adoptado las medidas adecuadas a la vista de los primeros signos de tal comportamiento, extremo que corresponderá comprobar al tribunal remitente.
- *Sentencia de la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de Julio de 2022, Asunto C-308/21:* un fallo generalizado en el suministro de combustible de las aeronaves en el aeropuerto de origen es circunstancia extraordinaria.
- *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de junio de 2019, Asunto C-159/18 (André Moens/Ryanair Ltd):* la presencia de combustible en una pista de un aeropuerto se considera circunstancia extraordinaria.
- *Jurisprudencia "menor" sobre el concepto de "viajero medio" para cuantificar el daño moral:*
  - SAP Valencia nº 526/2017, sec. 9ª, de 16 de octubre, rec. 705/2017. Ponente: Rosa Mª Andrés Cuenca.
  - SAP Barcelona nº 377/2017, sec. 15ª, de 21 de septiembre, rec. 508/2016. Ponente: José María Ribelles Arellano.
  - Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona, St. 4/2017, de 4 de enero, autos 911/2015. Ponente: Amagoia Serrano Barrientos.
  - Juzgado Mercantil nº 2 de Bilbao, St. 277/2017, de 15 de diciembre, autos 705/2017; y St. 25/2017, de 23 de febrero, autos 675/2016. Ponente: Olga Ahedo Peña.

- Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao, St. 312/2017, de 20 de diciembre, autos 868/2017. Ponente: Marcos Francisco Bermúdez Ávila; y St. 243/2017, de 5 de octubre, autos 573/2017. Pte.: Silvia Iglesias González.
- Juzgado Mercantil nº 1 de Vitoria, St. 92/2017, de 12 de noviembre. Autos 135/2016. Ponente: María Teresa Trinidad Santos.
- Juzgado Mercantil nº 3 de Gijón, St. 256/2016, de 21 de diciembre, autos 385/2016; y St. 247/2016, de 5 de diciembre, autos 332/2016. Ponente: Rafael Abril Manso.
- Juzgado Mercantil nº 1 de San Sebastián, St. 26/2017, de 18 de enero, autos 322/2016. Ponente: María Francisca Fustero Aznar; y St. nº 229/2016, de 6 de julio de 2016, Rec 987/2015.
- Juzgado Mercantil nº 2 de Zaragoza, St. 307/2016, de 7 de diciembre, autos 323/2016. Ponente: María del Carmen Villellas Sancho.
- Juzgado Mercantil nº 2 de Baleares, St. 376/2016, de 2 de diciembre, autos 540/2016. Ponente: María Encarnación González López.
- Juzgado Mercantil nº 1 de Murcia, St. 294/2016, de 21 de noviembre, autos 259/2016. Ponente: María Dolores de las Heras García.
- Juzgado Mercantil nº 1 de Badajoz, St. 370/2016, de 23 de septiembre, autos 217/2016. Ponente: Zaira Vanesa González Amado

➡ *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2020, Asunto C-519/19, Ryanair DAC contra DelayFix:* para impugnar la competencia de un órgano jurisdiccional para conocer de una demanda de compensación a favor de pasajeros, la compañía aérea no puede oponer una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato de transporte entre un pasajero y esa compañía aérea a una agencia de gestión de cobro a la que el pasajero haya cedido su crédito, salvo que esa agencia de gestión de cobro se haya subrogado en la posición del contratante inicial en todos sus derechos y obligaciones.

➡ *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, asunto C-139/11, Joan Cuadrench Moré y Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV:* el plazo para el ejercicio de las acciones de reclamación de compensación basadas en el Reglamento 261/2004 es el determinado en la legislación nacional de cada Estado miembro, siempre que esta regulación respete los principios de equivalencia y de efectividad.

El concepto de consumidor (I Parte)

Francisco Javier MENÉNDEZ ESTÉBANEZ
Magistrado. Presidente de la AP de Pontevedra y Doctor en Derecho

1 Introducción

El concepto o la noción de consumidor ha adquirido en los últimos años una relevancia hasta entonces desconocida. En el marco de la interpretación de la posición del consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos con un profesional, con el redescubrimiento en la jurisprudencia española de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es donde más se ha hecho sentir la necesidad de perfilar el concepto de consumidor por cuanto de ello se hace depender la aplicación de un determinado régimen jurídico especialmente protector de aquél.

Existe la opinión doctrinal[1] que en realidad no existe un status de consumidor, a diferencia del status de empresario, sí definido legalmente y que implica diversas obligaciones legales. Apunta que, no existe tal status de consumidor porque la calificación del mismo se realiza en el marco de cada relación jurídica concreta, en la que además tiene que ser parte un empresario o profesional. Esta consideración adquiere especial relevancia en aquellos supuestos en que la

inclusión en el concepto de consumidor es contemplada por una concreta ley que atribuye a la misma determinados derechos que pueden ejercitarse, como ocurre con la LGDCU.

En todo caso, si puede decirse que, en nuestro derecho interno, se pretende un concepto común o básico de consumidor, aun cuando en algunas concretas relaciones jurídicas existen matices. El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende, como señala su exposición de motivos, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario.

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas», sobre lo que volveremos posteriormente.

De esta forma el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

El concepto de consumidor se circunscribe a una relación jurídica concreta y en la que exista como contraparte un empresario o profesional. Pero ello no es obstáculo para que, en este marco jurídico, pueda considerarse la existencia de un concepto general de consumidor con anclaje en el art. 3 TR- LGDCU, al que hemos de acudir en los supuestos en que no exista una especial definición en el marco de una concreta relación jurídica. Y sin perjuicio de su necesario acomodo en el concepto de consumidor procedente del derecho comunitario.

Será, finalmente, la atribución de la condición de consumidor a una determinada persona, física o jurídica, la que definirá un determinado régimen jurídico y, por ende, la existencia de unos determinados derechos que se aplicarán en función de tal condición. Sin duda alguna, en los últimos años ha tomado interés esta definición al ponerse en cuestión múltiples cláusulas contractuales incorporadas a contratos de financiación celebrados con profesionales, a la hora de examinar el control de abusividad de las mismas en el marco tanto del derecho comunitario como del derecho interno, afectando no solo a cuestiones sustantivas sino también procesales.

2 El concepto legal de consumidor

El art. 3 del TR-LGDCU que recoge el concepto general de consumidor, es tributario de diversas Directivas comunitarias –algunas ya derogadas- que se tratan de trasponer mediante el mismo. Así la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas: «un uso» (Directiva 85/577) versus «un propósito» (Directiva 93/13, Directiva 97/7) o «fines» (Directiva 99/44) ajenos a su «actividad profesional».

---

[1] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, CIzur Menor, 2015 (15ª edic.), pg. 671.

Con fecha 22 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2011/83/UE 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 (sobre venta fuera de establecimiento) y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
(sobre contratos a distancia).

La citada Directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

La Directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad, la directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios, recogida en nuestro derecho interno a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La Directiva 2011/83/UE, en su art. 2 dedicado a las definiciones, establece en su apartado 1: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión;

El art. 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no es modificado por la Directiva 2011/83/UE, y sigue definiendo qué se entiende por tales a los efectos de la propia Directiva:

"A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

b) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
c) «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada."
En el ámbito interno, el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarias, señalaba en la misma línea: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

El art. 4 del mismo Real Decreto Legislativo concretaba respecto al concepto de profesional o empresario: “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, dio nueva redacción a ambos preceptos, pero manteniendo el acento en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

Así, el nuevo art. 3 proclama con respecto al concepto de consumidor o usuario:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.
Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”
Y el art. 4 insiste en el mismo concepto: “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, añade un apartado 2 al mencionado art. 3 para introducir el concepto de consumidor vulnerable, respecto de relaciones concretas de consumo, considerando como tales a aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Dejando a un lado esta novedosa noción de consumidor vulnerable, el concepto general de consumidor, tras la reforma que supuso el Texto refundido del año 2007 y su mantenimiento en las reformas posteriores, llevó a que pudiera entenderse que se deja atrás el criterio del destinatario final de los bienes o servicios para configurar el concepto de consumidor que se recogía en la originaria regulación en la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984. Sin embargo, la Jurisprudencia ha venido a señalar que no se trata de conceptos diferentes, contradictorios ni excluyentes, puesto que siempre giran en torno al criterio negativo en relación con una actividad empresarial o profesional.

3 Concepto de consumidor en la jurisprudencia

3.1 Jurisprudencia comunitaria

En un examen detenido de la jurisprudencia comunitaria, señala CÁMARA LAPUENTE [2] que, hasta la fecha, el concepto existente en el Derecho material comunitario ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria de forma restrictiva y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación en clave positiva de en qué consiste esa actuación: según la STJCE 14 marzo 1991 (asunto di Pinto), recaída en torno a la noción de consumidor en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en la que un empresario celebró un contrato de publicidad sobre su fondo de comercio a raíz de una visita a su domicilio, señaló que tales contratos con otros empresarios «constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante», por lo que dicho comerciante no merece la calificación de consumidor. Interpretando la misma Directiva, la STJCE 17 marzo 1998 (asunto Dietzinger, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para consumo empresarial ajeno) señaló que aquélla «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado».

Más recientemente, pero en la misma línea, está la STJUE, (Sala Cuarta), de 3 de septiembre de 2015 (caso Costea). Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se especifique el destino del crédito, puede considerarse «consumidor», en el sentido de dicha disposición.

La mencionada sentencia, partiendo de las definiciones de consumidor y profesional que se recogen en la Directiva 93/13 insiste en que, es «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por su parte, es «profesional» toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva 93/13, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Por tanto, la citada Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, y Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 21). Y recuerda la STJUE, (Sala Cuarta), de 3 de septiembre de 2015 (caso Costea), en su apdo. 20 que, *una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional*. Así como que, *el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga*.

En el caso concreto que examina referido a la actuación de un profesional de la abogacía, considera el TJUE que*, sin embargo, tal consideración no obsta para que un abogado pueda calificarse de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional (véase, por analogía, la sentencia Di Pinto, C-361/89, EU:C:1991:118, apartado 15*).

[2] CÁMARA LAPUENTE, S., "El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", en Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2011, vol. III, pgs. 84 y ss.

A tal efecto, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio.

El juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho contrato, de comprobar si el prestatario puede tener la condición de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, por analogía, la sentencia Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 48).

La STJUE 3 de octubre de 2019, en el asunto C-208/18, al interpretar el concepto de «consumidor» en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento n.º 1215/2012, en materia de competencia, acude a un concepto general de consumidor que debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

En esta línea, señala en el parágrafo 42 que: *El Tribunal de Justicia ha inferido 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 de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada*).

3.2 La jurisprudencia española

En el marco de la jurisprudencia española también se apunta en la misma línea poniendo el acento en la finalidad del bien o servicio objeto de la prestación y si se lleva a cabo en el marco de una actividad empresarial o profesional, o no.

Resume la Jurisprudencia de nuestro TS la sentencia núm. 250/2022, de 29 de marzo, con las siguientes consideraciones:

> (..) *No obstante, aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el del destino final y no el de la actividad profesional, que se introdujo en el TRLCU unos meses después, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (verbigracia, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01).*
>
> *Por lo que el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLCU, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión (sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio, que contiene una amplia cita jurisprudencial al respecto, tanto del propio TC, como del TJUE). En concreto, con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, dice:*

"[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que 'los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de estas sentencias sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno' (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95)".

***3.-** Las SSTJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (Schrems) y 14 de febrero de 2019, C-630/17 (Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), resumen la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establecen las siguientes pautas:*

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.
(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.
(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

***4.-** Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala, al declarar que los criterios de la Ley de 1984 y del Texto Refundido de 2007 no son distintos y que en modo alguno existe una dicotomía entre destinatario final y actividad profesional. Ambas definiciones, que no son excluyentes, puesto que giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial (sentencias 232/2021, de 29 de abril; y 693/2021, de 11 de octubre), deben ser interpretadas a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE.*

En la misma línea las también recientes SSTS núm. 166/2022, de 1 de marzo; núm. 550/2019, de 18 de octubre, núm. 230/2019, de 11 de abril, o núm. 356/2018, de 13 de junio, entre otras muchas.

Las SSTS núm. 130/2021, de 9 de marzo, y núm. 232/2021, de 29 de abril, entre otras, recogen el carácter restrictivo con que debe interpretarse el concepto de consumidor, señalando que:

Como hemos declarado en las sentencias 533/2019, de 10 de octubre, y 12/2020, de 15 de enero, entre otras, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), al decir:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , apartado 30 y jurisprudencia citada).

Parece que se abandona interpretaciones más amplias que el TS había percibido en la jurisprudencia comunitaria, como en la STS núm. 8/2018, de 10 de enero, en la que se afirma que: *No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*.

4 Hacia un concepto unitario de consumidor

Tras la reforma llevada a cabo a través del TR-LGDCU aprobado por el RDLeg. 1/2007, se simplificó el concepto de consumidor, eliminando la referencia a los destinatarios finales que recogía el art. 1 LGDCU de 1984, introduciendo además en su exposición de motivos una cierta aclaración interpretativa en relación a esta cuestión cuando especifica que: *El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*. Pone así de relieve un elemento de interés para la interpretación del concepto.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque ha dado nueva redacción a los arts. 3 y 4, mantiene el núcleo del concepto en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional, comercial o empresarial o en un marco ajeno al mismo. Haciendo prácticamente coincidente la definición del concepto de consumidor en ambas como personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

De esta manera se adapta la legislación española –con la salvedad relativa a las personas jurídicas- al concepto utilizado en la mayoría de las normas comunitarias, principalmente la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial. De hecho, lo que se

había considerado una sutil diferencia como era la sustitución del pronombre “su” de las Directivas, por el artículo indefinido “una” actividad empresarial o profesional, ha sido eliminada por la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en relación con las personas físicas.

Con todo, la interpretación del concepto no está exenta de ciertas dificultades y de incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, ante los múltiples matices que nos ofrece la realidad. Pero, sin duda, se abre paso una tesis objetiva en la interpretación del concepto de consumidor, que tiene su núcleo en la finalidad de la actuación en el mercado en un sentido general, cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional o empresarial. Es, en definitiva, la finalidad del bien o servicio lo que determinará la condición de consumidor; es el destino del objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, lo que determina la inclusión o no en el ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores, como señala la STS, Sala 1ª, de 22 de abril de 2015.

4.1 Supuestos variados sobre el concepto de consumidor.

Una pequeña recopilación de supuestos varios extraídos de nuestra jurisprudencia, son recogidos por RODRIGUEZ ACHÚTEGUI[3] :

En el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden destacarse:

El abogado que toma crédito y constituye garantía, circunstancia ajena a su actividad profesional (STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14), pues como dice en su § 26 "... un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia ".

Unos padres que otorgan fianza para la empresa de su hijo, con la que nada tienen que ver (ATJUE 19 noviembre 2015, C-74/2015). En esta resolución destaca su § 30 que " *la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad* ".

En las Audiencias Provinciales de nuestro país también pueden encontrarse algunos ejemplos en que se otorga protección en casos que suscitaban alguna duda:

El policía nacional que arrienda un inmueble de su propiedad, cuya adquisición financia con un préstamo, es considerado consumidor por la SAP Albacete, Secc. 1ª, 20 junio 2014, rec. 53/2014. Se ha considerado " consumidor-inversor ", merecedor de la protección de que otorga la normativa de consumidores, quien adquiere un inmueble para su reventa, sin

[3] RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a cláusulas abusivas·, en *Aranzadi*, BIB 2016\21179, 16 de mayo de 2016.

dedicarse profesionalmente a esa actividad (SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 octubre 2014, rec. 377/2014, y 9 julio 2015, rec. 311/2015).

Un confitero que toma el préstamo para rehabilitar un edificio, actividad ajena a su actividad profesional, fue considerado consumidor en la SAP León, Secc. 1ª, 20 julio 2015, rec. 245/2015. La SAP Álava, Secc. 1ª, 10 septiembre 2015, rec. 266/2015, ampara a unos padres que hipotecaron su vivienda para garantizar deudas del negocio de su hijo, al ser esa operación ajena a su actividad empresarial

También considera consumidor la SAP Álava, Secc. 1ª, 9 diciembre 2015, rec. 618/2015, a quien toma un préstamo para disfrutar de una vivienda de vacaciones que ocasionalmente arrienda, puesto que no la destina a una actividad empresarial o profesional, propia o ajena.

Como nos recuerda el TJUE de forma constante en su jurisprudencia, el sistema de protección ideado por la Directiva 93/13 se sustenta en que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo referido a la capacidad de negociación como en lo que atañe al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (STJUE 30 mayo 2013, C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, 15 enero 2015, C-537/13, caso Šiba).

Entre ellas destacaré la SAP Pontevedra, sección 1ª, de 14 de octubre de 2014 con relación a la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, en la que se apuntó:

> "(…) *la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de "su actividad" empresarial o profesional (la norma comunitaria para más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado "una actividad") resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final.*
>
> *El arrendamiento de un bien a terceros, como señala la sentencia recurrida, supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, éste podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el art. 3.1. De esta manera, no existen obstáculos en la jurisprudencia, -tampoco en la comunitaria, como sucedió en la sentencia Hamilton, de 10.4.2008, en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la Sra. Hamilton, que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; también el asunto Schulte, de 25.10.2005)-, para considerar consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor, por lo que entendemos que, de la misma forma, si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de*

[4] No trataremos las diferencias con los oficios o profesiones liberales que no han generado problemas en la praxis judicial al estar más delimitado su contenido, sin perjuicio de situaciones en que convergen los conceptos cuando el profesional liberal se organiza de modo semejante a los empresarios o incluso asume sus formas jurídicas mercantiles.

forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio.”.

Y la misma sentencia concluía: “*Del mismo modo, el préstamo hipotecario vinculado a la adquisición de dicho bien permitirá considerar al prestatario como consumidor, a efectos de aplicación de la normativa sectorial*.”

Esta línea interpretativa ha sido corroborada en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, caso Costea vs. SC Volksbank România.

También la STS, de Pleno, núm. 16/2017, de 16 de enero, en relación con lo que el Tribunal consideró asimilable a la adquisición de un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe admitir como posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro, y mantener la condición de consumidor.

La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

Como señala la meritada sentencia, en la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se introduce un requisito negativo respecto del ánimo de lucro únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

La STS núm. 808/2021, de 23 de noviembre, niega el carácter de consumidores a dos personas físicas, que conciertan un préstamo hipotecario, cuando la finalidad del préstamo es invertir y refinanciar deuda de dos negocios. Merece la pena destacar alguna consideración de esta sentencia cuando señala que:

1.- ni el carácter de persona jurídica excluye necesariamente la condición de consumidor, pues nuestra legislación de consumidores, desde la Ley de 1984, ha ampliado

el concepto de consumidor a las personas jurídicas siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro (por todas, sentencia 232/2021, de 29 de abril), ni la intervención de una persona física en un contrato con condiciones generales se produce siempre con la condición legal de consumidor, sino solo cuando actúan "fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional" (STJUE de 14 de febrero de 2019).

2.- Si la contratación se produce en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, resulta irrelevante "que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario" (sentencia 533/2019, de 10 de octubre). Lo determinante es que la operación o negocio jurídico se produzca con aquella finalidad.

3.- Esa finalidad empresarial puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho sin necesidad de que exista una declaración formal en el propio contrato.

La misma solución aplica la STS núm. 533/2019, de 10 de octubre, respecto de la persona física que contrató el préstamo para adquirir un taller mecánico para desempeñar en él una actividad empresarial. O en la STS núm. 550/2019, de 18 de octubre en la que el supuesto tratado, la finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de un local comercial y un fondo de comercio, a fin de que el prestatario ejerciera su actividad de fisioterapeuta.

No obstante, como ha señalado también la STS, de Pleno, núm. 16/2017, de 16 de enero, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, *el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom*.

4.2 La difícil delimitación del concepto de comerciante o empresario como opuesto al concepto de consumidor

Ha sido criticado por la doctrina el concepto que de empresario estableció la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el art. 4 TR-LGDCU: *A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*.

Concepto que, aunque se aproxima a la definición de empresario, es insuficiente al aludir a un aspecto subjetivo de un mero propósito de realizar una actividad. Pero lo cierto es que, hace una remisión a una actuación en el marco de una actividad comercial o empresarial[4], por lo que no puede esquivarse el concepto general de comerciante o empresario.

Existe una definición de comerciante en el art. 1.1 CCo., pero no de empresario, a pesar de que también se introdujo dicho concepto en el Código de comercio. Sin embargo, es posición mayoritaria en la doctrina considerar que estamos ante un concepto similar, debiendo esforzarse en una interpretación integradora, que se caracteriza por la habitualidad de la actividad (así STS, de Pleno, núm. 16/2017, de 16 de enero, antes citada).

La problemática judicial se ha planteado fundamentalmente en el marco de actuaciones de personas físicas que, en determinadas circunstancias, pueden tener la consideración de actividad empresarial. Pero la nota de la habitualidad, extraída de la práctica empresarial y del art. 1.1 CCo., no siempre es suficiente para calificar una actividad, por ejemplo, la compraventa de inmuebles para su posterior explotación por un tercero.

En la doctrina mercantil se han venido considerando, fundamentalmente, dos nociones de empresa. Bien como organización bien como actividad. En ambos destaca como elemento común la organización de elementos personales y materiales destinados de manera duradera a la producción de bienes y servicios para el mercado, un conjunto de medios instrumentales para realizar la actividad empresarial.

Una presunción legal del ejercicio habitual del comercio la establece el art. 3 CCo. cuando una persona anuncie por cualquier medio un establecimiento que tenga por objeto algunas operaciones mercantiles.

Pero, especialmente en el caso del empresario o comerciante individual, esos medios o esa organización puede ser mínima, sin que se exija unos elementos materiales organizados ni siquiera básicos, como locales o mobiliario, ya que pueden limitarse a medios financieros propios o ajenos, ni tampoco se exige el empleo de trabajo ajeno, pudiendo realizarlo directamente la persona física que actúa como comerciante o empresario. Incluso no se exige tampoco que tal actividad tenga que ser única ni principal.

Como se apuntaba anteriormente, un supuesto habitual que ha tenido acceso a los tribunales es la discusión sobre la condición de consumidor o empresario en operaciones de financiación de la compraventa de inmuebles para su posterior explotación por un tercero, normalmente mediante la cesión en arrendamiento.

Sembró alguna duda la STS núm. 8/2018, de 10 de enero, en la que se dice: *la sentencia recurrida declara probado que el prestatario/recurrente no tenía la condición legal de consumidor cuando concertó el préstamo, porque lo solicitó para financiar la adquisición de un local para su explotación comercial, bien por sí mismo o mediante su cesión a terceros. Ante dicha afirmación fáctica, que en esta sede casacional debe quedar incólume, resulta evidente que el recurrente no tenía la cualidad de consumidor y que no puede aplicársele la legislación protectora de los actos de consumo*.

La misma puede dar a entender que la adquisición del local para su explotación por un tercero impide considerar consumidor al prestatario adquirente del inmueble.

En resoluciones posteriores, el Tribunal Supremo más bien se ha venido inclinando por considerar consumidor a estas personas físicas que adquieren inmuebles para su ulterior arrendamiento a terceros y obtener así un beneficio.

La STS núm. 356/2018, de 13 de junio, contempla un pronunciamiento de la sentencia de la AP que considera que el prestatario/recurrente no tenía la condición legal de consumidor cuando concertó el préstamo, porque lo solicitó para financiar la adquisición de una vivienda que iba a destinar, no a la satisfacción de sus propias necesidades habitacionales, sino al mercado de alquiler. Por lo que concluye que el prestatario es un inversor y no puede acogerse a la legislación protectora de los consumidores.

Sin embargo, dice el TS, *lo relevante no es que invirtiera con ánimo de lucro, sino que la operación la realizara como operador económico, en un ámbito profesional*.

Y añade líneas más abajo: *En consecuencia, lo relevante en este caso no es tanto que el Sr. Carlos Alberto tuviera un ánimo lucrativo al comprar la vivienda, no*

para habitarla, sino para arrendarla a terceros, como que esa actividad supusiera una actuación empresarial o profesional.

Es evidente que la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros implica la intención de obtener un beneficio económico, pero si esa actuación no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, no deja de ser un acto de consumo.

Más recientemente, la STS núm. 250/2022, de 29 de marzo, insiste en la consideración de que, aunque la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros pueda implicar la intención de obtener un beneficio económico, si esa actuación no forma parte de una actividad comercial, empresarial o profesional de esa persona física que la realiza, no deja de ser un acto de consumo. Es decir, no es lo mismo dedicar un inmueble a arrendamiento, aunque se obtenga un lucro, siempre que esa actividad arrendaticia no suponga una actuación profesional, que desempeñar una actividad empresarial o profesional en un local para cuya adquisición se pide el préstamo, o dedicarlo a una actividad profesional de arrendamiento de inmuebles.

Reitera la doctrina que ya expusiera en su sentencia núm. 16/2017, de 16 de enero:

> "*el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom*".

Del contenido de estas sentencias, y especialmente de la ejemplificación que lleva a cabo la última citada, puede concluirse que una persona física que adquiere un inmueble para arrendarlo posteriormente y obtener así un beneficio puede tener la consideración de consumidor. Pero también se le puede negar tal consideración si se enmarca en una actividad empresarial o profesional.

No exige el Tribunal Supremo para la consideración de empresario que la persona física dedique y organice determinados medios materiales o personales a una actividad de intermediación inmobiliaria, lo que concuerda con la ausencia de exigencia legal sobre la cuestión, -sin perjuicio de que su empleo evidenciaría sin género de dudas la actuación empresarial-, y únicamente hace referencia a la habitualidad.

De ahí también se deduce que, efectivamente, la introducción de un inmueble en el mercado del alquiler es una actividad susceptible de considerarse una actividad empresarial, siempre que se haga con habitualidad.

La duda que inmediatamente surge es cuándo y cómo se considera habitual esta actividad. Si depende de que de forma permanente se introduzca un inmueble en dicho mercado (a lo que la jurisprudencia da una respuesta negativa), o es necesario que sean más inmuebles. En este segundo caso no está claro que lo determinante sea el número de inmuebles, pues habría que determinar dónde está el cambio de consideración: ¿hasta tres inmuebles adquiridos y arrendados se es consumidor, y a partir del cuarto, empresario del ramo? Invertir los ahorros en la compra de un piso, revenderlo, y con el precio obtenido volver a comprar

otro inmueble, con otra ayuda financiera, y así sucesivamente, ¿es actividad empresarial?, ¿en qué número de compra ha de ponerse el límite?

Estas incógnitas no están resueltas por la Jurisprudencia dado que no se ha perfilado debidamente aún el concepto de empresario o comerciante en el supuesto de personas físicas, cuando la realidad es rica en matices.

Acudir a elemento objetivos u organizativos puede ser una solución, lo que reforzaría la seguridad jurídica y el trato igualitario de supuestos similares. Así, por ejemplo, en el ámbito tributario, ser propietario o usufructuario de una vivienda, determina que, las cantidades que se perciben por alquiler son, con carácter general, rendimientos del capital inmobiliario. No obstante, el arrendamiento puede tributar como una actividad económica o empresarial y los rendimientos derivados del mismo serán rendimientos de actividades económicas, siempre y cuando para la ordenación de la actividad se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa, y un local en exclusiva. Requisitos que son necesarios pero que incluso pueden ser insuficientes a los efectos tributarios señalados, entendiendo que no hay actividad económica sino se genera una carga de trabajo suficiente.

5 El problema de las personas jurídicas en el Derecho interno

Hoy en día la única diferencia trascendental entre el Derecho comunitario y nuestro Derecho interno en el concepto de consumidor es que el Derecho comunitario lo circunscribe a la persona física, mientras que nuestro Derecho interno incluye en el concepto de consumidor a las personas jurídicas. Dice el art. 3.2 TR-LGDCU que: *Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*. Definición actual que se lleva a cabo por la Ley 3/2014, pues en la redacción anterior dada por el RDLeg. 1/2007, no existía distinción alguna en relación a las personas físicas pues consideraba consumidor a *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. Como se puede apreciar la última redacción limita el concepto de consumidor de persona jurídica a que actúe sin ánimo de lucro.

Sin perjuicio de la necesaria concreción de este concepto de consumidor en cuanto a la persona jurídica, la cuestión que resulta de interés es cómo afecta al consumidor persona jurídica la ausencia de contemplación en la normativa comunitaria.

Dado el carácter de mínimos de las Directivas comunitarias –que recoge expresamente por ej. la Directiva 93/13 cuando señala en su preámbulo*: Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva*-, no se aprecia obstáculo alguno a que un Estado miembro puede ampliar la protección que deriva de dichas normas comunitarias. Tal efecto podría producirse, como ha ocurrido en el presente caso, mediante una ampliación del concepto de consumidor, incluyendo a las personas jurídica, como también mediante la extensión del mismo régimen jurídico a quienes no tienen tal condición, si se pretendiera dejar reducido el concepto de

consumidor estrictamente a las personas físicas. Pero tanto en uno como en otro caso el efecto jurídico sería el mismo, la aplicación de idéntico régimen jurídico.

Ahora bien, que pueda aplicarse el mismo régimen jurídico del consumidor en relación con determinados contratos o determinadas relaciones jurídicas a las personas jurídicas, dada la extensión que al concepto de consumidor ha dado el TR-LGDCU, lleva a plantearse qué persona jurídica puede ser considerada consumidor.

La cuestión resultaba más sencilla con la reforma llevada a cabo por el RDLeg. 1/2007, y la nueva redacción del art. 3 TR-LGDCU cuando establece idéntica definición de consumidor para personas físicas y jurídicas, de forma que, a efectos de esa norma, *son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. Concepto sobre el que hemos insistido anteriormente. Interpretando dicho precepto, CÁMARA LAPUENTE[5] estima que, si lo esencial es quedar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional, deberían quedar fuera del concepto tanto las cooperativas como las fundaciones, pues revisten los rasgos de operadores o participantes en el mercado, debiendo así quedar únicamente incluidas las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales o de empresarios. Evidentemente quedarían fuera las personas jurídicas con ánimo de lucro como sociedades mercantiles, que tienen vetada esta protección por su propia actividad mercantil o profesional.

"Los elementos que integran el concepto de consumidor de persona jurídica son esencialmente dos: que actúe sin ánimo de lucro, y que tal actuación se produzca en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."

El citado autor hace también referencia a una jurisprudencia menor que limitaba, en consonancia con una mayoría doctrinal, la protección que se otorga al consumidor a las personas jurídicas no lucrativas o sin ánimo de lucro[6].

Pues este importante matiz interpretativo es el que ha sido acogido en la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que considera consumidor a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Los elementos que integran el concepto de consumidor de persona jurídica son esencialmente dos: que actúe sin ánimo de lucro, y que tal actuación se produzca en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. La lectura del primero, sobre todo dada la interpretación que se había realizado con la anterior redacción del art. 1 LGDCU, podría entenderse que nunca podrían incluirse en el concepto las sociedades mercantiles, pues en ellas el ánimo de lucro forma parte de su concepto, de su esencia (art. 116 CCo.), y quedaría reducido prácticamente a las asociaciones. Sin embargo, la jurisprudencia menor no ha acudido a esta interpretación de unir el ánimo de lucro al estatuto jurídico de la concreta persona jurídica,

[5] Op. Cit.

[6] SSAP Cantabria de 2 de abril y 25 de noviembre de 2002.

sino que ha acudido al examen del concreto negocio, y si en la concreta relación jurídica que es objeto de controversia existe o no ánimo de lucro, por lo que, a priori, ningún tipo societario estaría excluido de la posibilidad de ser considerado consumidor. A ello no obsta la dificultad de poder incluir en el mismo a las sociedades mercantiles por la dificultad de que lleven a cabo actos relativos a bienes o servicios en el mercado que no estén guiados por el ánimo de lucro que se les presupone (art. 116 CCo.), especialmente en el caso de las sociedades de capital, que siempre tienen carácter mercantil (art. 2 LSC).

Es de interés señalar que, la STS núm. 712/2022, de 26 de octubre, establece, aunque en relación con la persona física que, *cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar* (..).

Del examen de la jurisprudencia menor puede concluirse que una persona jurídica no está excluida de tal consideración en la legislación española por el mero hecho de no ser una persona física , ni tampoco por el tipo social que utiliza, si bien debe reunir unos requisitos, siendo el esencial que no actúe dentro de una actividad empresarial o profesional, entendiendo por tal adquirir, almacenar, utilizar o consumir bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Es decir, que la personalidad jurídica del adquiriente no es un excluyente de la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios, sino que lo que determinará si se le otorga o no la categoría jurídica de consumidor o usuario será el destino o uso del bien o servicio que se haya adquirido.

No obstante, existía una minoritaria jurisprudencia menor que defiende la no consideración de consumidoras a las personas jurídicas de tipo societario, a diferencia de los entes de derecho privado de base asociativa, corporativa o fundacional. Esta postura se justifica por el fin perseguido de las compañías mercantiles, que es la obtención de lucro, lo que hace difícil concebir actuaciones suyas fuera del marco de su actividad empresarial o profesional. Por lo que es difícil que una sociedad mercantil desarrolle una actividad no relacionada con su objeto social, entendido en un sentido amplio, tanto de forma directa como indirecta.

Viene a ratificar este tesis, al menos con carácter general, la STS núm. 26/2020, de 20 de enero que, con remisión a su sentencia 307/2019, de 3 de junio, de argumentación más extensa, considera que, no cabe duda alguna de que una sociedad mercantil de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC).

Continúa señalando que: *Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGCU. Puesto que, como también declaró la sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra "una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social*".

Además, por lo que ahora interesa, frente a las consideraciones de la sentencia de apelación que sugiere que se trató de un contrato con doble finalidad (empresarial y de consumo), aclara el Alto Tribunal que, *dicha figura tiene cabida cuando se trata de adherente persona*

física, pero no cuando, como es el caso, se trata de una sociedad mercantil con ánimo de lucro.

De todas formas, seguimos encontrándonos ante un concepto jurídico indeterminado que debe ser interpretado según las concretas circunstancias de cada caso, según una diversa casuística, para poder valorar si la adquisición del bien o servicio está dentro del marco de una actividad empresarial o profesional, lo que excluiría la condición de consumidor, o bien puede considerarse que está al margen de la misma, lo que permitiría aplicarle las reglas normalmente más favorables y tuitivas de su posición jurídica, que resulten aplicables al consumidor en la concreta relación jurídica de que se trate.

Veamos algún supuesto peculiar:

a) En un supuesto peculiar, se plantea el carácter de consumidor del **Arzobispado de Burgos**, en relación con unos contratos de suministro eléctrico, en los que se incluía una cláusula que permitía el desistimiento unilateral del contrato.

El TS en su sentencia núm. 436/2021, de 22 de junio, considera al Arzobispado persona jurídica sin ánimo de lucro. Se apoya en que el art. 3 TRLCU reconoce la condición legal de consumidores a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, reconociendo que va así más allá de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, que es una Directiva de mínimos y permite a los Estados miembros un nivel de protección más elevado (STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19).

Reprocha a la sentencia de apelación que, va más allá al dar por hecho que como el suministro se prestaba en el edificio en que el Arzobispado tiene sus oficinas, en el seminario y en un colegio, estaba destinado a la prestación de servicios profesionales o empresariales a terceros. Sin embargo, dice la sentencia*, como no consta que el destino del contrato fuera profesional o empresarial, no puede negarse al Arzobispado su condición de consumidor, en cuanto que se encuentra incluido en el ámbito subjetivo del art. 3 TRLCU*.

Además, es de destacar, que el Alto Tribunal amplia la regla sobre la prueba de la condición de consumidor favorable a la persona física, a la persona jurídica sin ánimo de lucro. Como ha venido señalando reiteradamente, dice que, *ni la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, ni el TRLCU, ni tampoco la jurisprudencia del TJUE o de esta sala, establecen reglas específicas sobre la carga de la prueba de la condición de consumidor, porque dicha cualidad legal no se puede fijar de manera apriorística, sino que, por su carácter objetivo, habrá de atenderse de forma esencial a la finalidad profesional o particular de la operación objeto del contrato; es decir, habrá que estar a las circunstancias de cada caso*. Como recordó la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (EDJ 2019/3605) (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen):

> "*El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada)*".

Finalmente, reitera que: *La única regla al respecto podría formularse a sensu contrario: si no consta que el bien o servicio objeto del contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no puede negarse la cualidad de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúne los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro*.

b) La STS núm. 232/2021, de 29 de abril, atribuye la condición de consumidor a **una asociación deportiva**. Los razonamientos son idénticos a los hasta ahora expuestos, centrando la diferencia entre consumidor y no consumidor, también de una persona jurídica sin ánimo de lucro, en que el contrato respecto del que debe valorarse tal condición, no se enmarque en la realización de una actividad profesional o empresarial. Razona la sentencia, tras considerar que, la prestataria era una asociación deportiva y que dedicara el préstamo a la mejora de sus instalaciones no implica ánimo de lucro, pues entraba dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades, de la siguiente manera:

> *Para que pudiéramos considerar que la mejora de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo se enmarcó en un ámbito o finalidad empresarial, tendría que haberse acreditado en la instancia que estas instalaciones eran objeto de una explotación económica por el club. Ya sea mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio; ya fuera, en algunos casos, a través de sus propios socios, cuando la cuantía y significación de los cuotas y derechos de uso fueran tan relevantes que encerraran una forma de explotación económica. Nada de esto nos consta que haya sido declarado probado en la instancia*.

Cabe destacar en la sentencia aquí traída que en la misma se cita la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19, relativa a una comunidad de propietarios, en la que se afirmó que, la Directiva no se opone a que los Estados miembros:

> "*pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación (véase, por analogía, la sentencia de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, C-602/10, EU:C:2012:443, apartado 40), siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados*".

El TJUE admite en la misma que, a pesar de que la comunidad de propietarios no está incluida en el concepto de consumidor de la Directiva 93/13 ya que esta se refiere únicamente a personas físicas, ello no impide que los Estados miembros apliquen las disposiciones de la Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación.

c) Precisamente, la STS núm. 201/2021, de 13 de abril, también considera consumidora a una **comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal** respecto de un contrato de arrendamiento de servicios que tenía por objeto la prestación de servicios auxiliares de consejería, lo que es ajeno a una actividad empresarial o profesional. Se plantea en ese proceso la validez o nulidad de las cláusulas sobre duración del contrato, el preaviso para su terminación o de prohibición de contratación temporal tras la extinción, de un contrato de arrendamiento de servicios entre la empresa que los presta y una comunidad de propietarios.

Resulta también de interés la reciente STS núm. 712/2022, de 26 de octubre. Examina un supuesto en que en julio de 2008 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 200.000 €, entre Banca March S.A., como prestamista, y **cuatro personas físicas, como prestatarios**. En la escritura de préstamo se hizo constar la siguiente mención:

> "*La parte prestataria manifiesta a efectos fiscales que los cuatro hipotecantes antes indicados, a su vez parte prestataria solidaria, son los cuatro únicos comuneros de la Comunidad de Bienes denominada DIRECCION000 CB, con CIF número NUM000*".

En el documento constitutivo de la citada **comunidad de bienes** consta que tiene por objeto la explotación de actividades

relacionadas con la compraventa, enajenación, permuta y cualquier género de operación mercantil de inmuebles. La finalidad del préstamo era financiar la rehabilitación del inmueble hipotecado para destinarlo posteriormente a arrendamiento o venta.

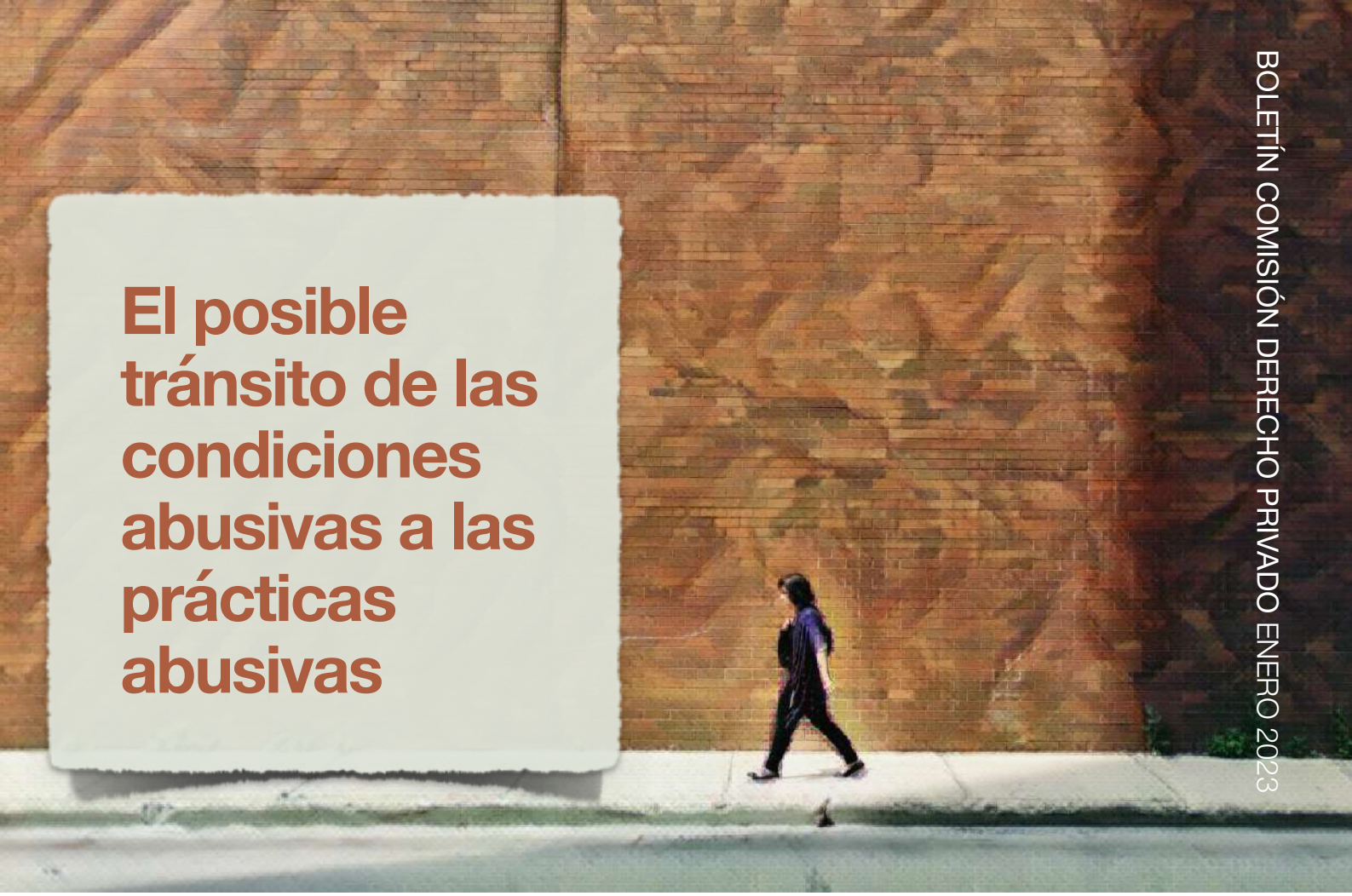
Se cuestiona en el proceso la validez de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo/techo), dependiente de la consideración de los prestatarios como consumidores.

Sigue insistiendo el Alto Tribunal en la esencia del concepto de consumidor del art. 3 TRLCU, centrado en la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

Igualmente, que la jurisprudencia comunitaria ha considerado que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. Así como que, la legislación vigente a la fecha de celebración del contrato, ni respecto de las personas físicas que figuraron en la escritura como prestatarios, ni respecto de la comunidad de bienes que integraban, el ánimo de lucro excluía por sí mismo la condición de consumidor, puesto que lo determinante era la ajenidad a una actividad profesional o empresarial.

Es decir, será la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, la que amplió el ámbito subjetivo del concepto de consumidor y pasó a considerar como tales no sólo a las personas físicas, sino también, en lo que ahora interesa, a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Pero antes de dicha reforma, no se exigía la ausencia de ánimo de lucro en las personas jurídicas ni en las entidades sin personalidad jurídica.

De ahí concluye que, aunque existiera ánimo de lucro, ya en las personas físicas o en la comunidad de bienes en el momento de concertar el contrato, no les excluía de la condición de consumidores. Ni tampoco se acreditó que llevara a cabo ninguna de ellas una actividad empresarial o profesional a pesar de que la finalidad del préstamo era financiar la rehabilitación del inmueble hipotecado para destinarlo posteriormente a arrendamiento o venta, pues no quedó probado en el proceso que tal actividad tuviera la nota de habitualidad que es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom (sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero; y sentencia 356/2018, de 13 de junio).



El posible tránsito de las condiciones abusivas a las prácticas abusivas

José Mª FERNÁNDEZ SEIJO
Magistrado del Juzgado Mercantil nº 11 de Barcelona

«Cualquiera puede ir a caballo o en tren, pero la mejor manera de viajar es en sombrero»

Alicia en el País de las Maravillas. Lewis Carroll

Muchas veces compartimentamos el derecho de manera tan precisa que no facilitamos la interconexión entre distintas normas. Si el demandante no acierta con la acción ejercitada, si no concreta sus pretensiones y establece correctamente la legitimación pasiva podemos rechazar una demanda amparándonos en la “sacrosanta” neutralidad del juez civil.

Es cierto que primero en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales y en el derecho de familia se amplían las facultades de oficio del juez, en atención a la naturaleza de los intereses protegidos. El desarrollo jurisprudencial de la Directiva EU 93/13 ha consolidado la intervención de oficio de los tribunales civiles, lo que ha determinado una revolución procesal que ha alterado las reglas tradicionales de los procedimientos declarativos y, principalmente, los de ejecución.

La Directiva 93/13 hace referencia a las cláusulas que pueden considerarse abusivas en el marco de la contratación en masa, las llamadas condiciones generales de la contratación, lo que parece llevarnos al ámbito de las obligaciones y contratos, exigiendo al adherente que identifique la cláusula cuya nulidad invoca, no permitiéndole reclamar la nulidad del contrato sino se procede a esa identificación previa de la condición cuestionada.

Por medio del denominado control de transparencia estamos haciendo pruebas de elasticidad con los estándares exigibles a la información de deben facilitar los predisponentes antes de la formalización del contrato. Hay muchas ocasiones en las que los contratos son claros, cristalinos, perfectamente comprensibles, pero en la situación precontractual se han ocultado u omitido datos y circunstancias que podían ser esenciales para que el consumidor se decidiera a firmar un contrato determinado, descartando otras opciones por considerar que le resultaban menos favorables.

No siempre es posible identificar una cláusula abusiva, pero sí una serie de prácticas previas, prácticas comerciales que podrían tildarse de abusivas.

El legislador europeo impulsó hace más de 15 años la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). Directiva que se incorporó al derecho español en el año 2009, por medio de la Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta decisión del legislador determinó que la protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales abusivas quedara dentro de la Ley de Competencia Desleal (LCD - Ley 3/1991, de 10 de enero); los artículos 19 a 31 desgranan una serie de comportamientos comerciales desleales que perjudican o pueden perjudicar al consumidor, ya que muchos de los tipos de deslealtad no exigen la prueba de un perjuicio concreto, sino sólo el riesgo de ese perjuicio.

La decisión de ubicar la protección del consumidor en la LCD lleva, en el caso español, al establecimiento de una norma específica de competencia objetiva ya que el conocimiento de las acciones derivadas de la LCD debe resolverlas los jueces mercantiles (artículo 86 bis de la LOPJ), mientras que los procedimientos que afectan a las condiciones generales de la contratación son competencia de la jurisdicción civil ordinaria.

Esa compartimentación normativa y funcional de comportamientos que en ocasiones son difíciles de deslindar puede llevar a rechazar pretensiones legítimas que un consumidor medio puede canalizar al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, olvidando la referencia a la competencia desleal.

En la reciente cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español a propósito del alcance del control de transparencia en acciones colectivas (auto de 29 de junio de 2022, asunto C-450/22 del TJUE), se hacen referencias indistintas a la Directiva 93/13 y a la 2005/29.

El Real Decreto Legislativo 1//2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, hace referencia en

"No siempre es posible identificar una cláusula abusiva, pero sí una serie de prácticas previas, prácticas comerciales que podrían tildarse de abusivas".

su artículo 8 a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos y el artículo 19 hace amplia mención a las prácticas comerciales agresivas o desleales, remitiéndose, eso sí a la LCD.

A partir de estas consideraciones, la pregunta que surge es si debemos exigir al consumidor que acierte al elegir la acción que ejercita. Las normas de derecho interno y la práctica judicial cotidiana nos llevan a pensar que, si el consumidor no define correctamente la acción, su pretensión debe rechazarse. El consumidor normalmente contará con asistencia legal o tendrá la posibilidad de reclamar el beneficio de justicia gratuita para disponer de asesoramiento cualificado. Por lo tanto, si plantea una demanda al amparo de la normativa sobre condiciones generales, sería complicado reconducirla a un procedimiento por prácticas comerciales desleales.

La afirmación anterior tenemos que ponerla en "cuarentena" ya que el TJUE advierte (Sentencia de 21 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:283) que: *«existe un riesgo no desdeñable de que, entre otras razones por ignorancia, el consumidor no invoque la norma jurídica destinada a protegerle (sentencia de 4 de junio de 2015, Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 42 y jurisprudencia que allí se cita)»*. Esta advertencia lleva a exigir que la tutela de oficio que debe prestar el órgano jurisdiccional nacional se extienda a la fiscalización del incumplimiento de cualquiera de las normas de protección de los consumidores, para compensar así la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional mediante una intervención, ajena a las partes del contrato, del juez nacional.

Esa conexión entre la Directiva sobre cláusulas abusivas y la Directiva sobre prácticas comerciales se concreta en la reciente Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2022 (ECLI: EU:C:2022:720), dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de 1ª Instancia de Sevilla.

El supuesto de hecho que se describe en la STJUE es muy sencillo: en febrero de 2017 una consumidora suscribe con un despacho de abogados una hoja de encargo para iniciar acciones legales contra una entidad financiera por haber incluido cláusulas abusivas en un préstamo hipotecario.

La consumidora había contactado con el despacho de abogados a través de un anuncio publicado en una red social.

En la hoja de encargo se incluyó la siguiente cláusula: *«con la firma de la hoja de encargo el cliente se compromete a seguir las instrucciones del despacho y si se desiste por cualquier causa antes de la finalización del procedimiento judicial o alcanza acuerdo con la entidad bancaria, sin conocimiento o contra el consejo del despacho, habrá de abonar la suma que resulte de aplicar el Baremo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla para tasación de Costas respecto de la demanda presentada declarativa de nulidad y acumulada de cantidad.»* Se establecía, por tanto, una cláusula de penalización al cliente para el supuesto de que alcanzara con la entidad financiera un acuerdo transaccional sin el conocimiento y aceptación del abogado que asistía a la consumidora.

El despacho de abogados remitió, en nombre de su cliente, un requerimiento extrajudicial de pago. La entidad financiera contactó directamente con la consumidora, ofreciéndola un acuerdo por el que se eliminaba la cláusula en cuestión (una cláusula suelo) y se transferían directamente a la cuenta de la consumidora las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula (870'67 euros).

La consumidora no comunica la aceptación de la oferta a sus abogados y éstos interponen la demanda judicial. El procedimiento judicial concluyó con un auto de desistimiento por satisfacción extrajudicial, sin condena en costas a la entidad demandada.

Semanas después, los abogados presentan en el juzgado una reclamación de honorarios frente a su clienta, en ese trámite exigían a la consumidora 1.050 euros, aplicando las cláusulas de la hoja de encargo, en concreto, por la presentación de la demanda.

La reclamación de honorarios lleva a un trámite de impugnación por parte de la consumidora que culmina con el planteamiento de la cuestión prejudicial. La consumidora orienta sus recursos conforma a las normas y jurisprudencia vinculada a las cláusulas abusivas, sin embargo, el juzgado de instancia en su resolución preliminar introduce la referencia a las prácticas comerciales desleales.

El TJUE en su sentencia hace referencia a la jurisprudencia, ya consolidada, que permite la tutela de los consumidores en todo procedimiento judicial, incluida la jura de cuentas. También reitera la posición de los letrados de la administración de justicia en los procedimientos de jura de cuentas, recordando el Tribunal que *«la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, se opone a un régimen procesal nacional como el controvertido en el litigio principal, en la medida en que este no permite el control del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un abogado y su cliente ni en la fase de impugnación de los honorarios reclamados, en el marco de la primera fase del procedimiento, que se sustancia ante el letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional que conoció del procedimiento judicial del que traen causa los honorarios en cuestión, ni con ocasión de un recurso de revisión que seguidamente pudiera interponerse ante un juez contra la resolución del letrado de la Administración de Justicia.»*

En el fundamento 78 de la Sentencia el Tribunal considera que la cláusula de penalización por desistimiento no define el objeto principal del contrato, se trata de una cláusula accesoria.

Para cuestionar la validez de la cláusula de penalización el TJUE acude a la Directiva 2005/29 (fundamento 82) y advierte que dicha cláusula *«no fue mencionada en la oferta comercial ni en la información previa a la celebración del contrato, puede considerarse una práctica comercial desleal a los efectos de esta Directiva.»*

Se trata, por tanto, de una práctica comercial engañosa, *«siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, extremo que corresponde comprobar al juez nacional.»*

El TJUE concluye que: «la incorporación a un contrato celebrado entre el abogado y su cliente de una cláusula como la cláusula de desistimiento, sin que esta se mencionara en la oferta comercial o en la información previa a la celebración del contrato, constituye a priori una omisión de comunicar información sustancial o una ocultación de información sustancial que puede influir en la decisión tomada por el consumidor de entablar esa relación contractual.»

Por lo tanto, el TJUE ofrece a los tribunales nacionales parámetros complementarios para valorar la actuación de los predisponentes, parámetros que van más allá de la Directiva 93/13, permitiendo al órgano judicial fiscalizar no sólo los contratos, sino también las prácticas comerciales previas, entendiendo como práctica comercial *«todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores» (sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 38 y jurisprudencia citada).»*

Esta Sentencia de septiembre de 2022, que recoge jurisprudencia anterior, permite recordar que lo importante no es viajar a caballo o en tren, sino viajar con sombrero, que propone el Sombrerero Loco de Alicia en el País de las Maravillas.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

Julia SAURÍ MARTÍN
Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barakaldo

1 Introducción

En los últimos años venimos advirtiendo una proliferación de acciones contra Abogado/as en demanda de reclamación de daños derivados de una práctica profesional negligente, en la mayoría de los casos en el seno de actividades judiciales, es decir, ante los Tribunales. Como en su momento ocurrió con los profesionales de la medicina y de la construcción, existe una corriente cada vez más acusada hacia el ejercicio de acciones dirigidas contra el profesional, en este caso el Abogado/a, pero también contra Procuradores, Notarios, y Registradores de la Propiedad, en aras a la obtención de la reparación de los daños y perjuicios causados por su actuar negligente.

Con el propósito de examinar los elementos básicos de configuración de la responsabilidad del Abogado/a, se advertirá de que se trata en la mayoría de los casos de una responsabilidad de carácter contractual, sin perjuicio de la existencia de algunos supuestos de responsabilidad extracontractual, y se expondrá el sistema de fuentes, las obligaciones del Letrado/a y la

casuística más frecuente en la práctica forense. En segundo lugar, se tratarán los requisitos de apreciación de dicha responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual. En tercer lugar, se tratará la indemnización del daño con especial mención al concepto de "pérdida de oportunidad". En cuarto lugar, se hará referencia a las cláusulas "Claim Made". Y, por último, se citará Jurisprudencia, tratando de ofrecer una visión general de los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con especial mención a una Sentencia de la Sala Segunda, pues también conviene examinar la responsabilidad por la comisión de ilícito penal.

2 Elementos de configuración de la responsabilidad

Ha de comenzarse por señalar que la responsabilidad de los Letrados por el desempeño de sus funciones reviste un eminente carácter contractual, (**STS374/2.013 5 de junio, STS 22 abril del 2.014)** sin perjuicio de la existencia de determinados supuestos de responsabilidad extracontractual, como pudieran ser todos aquellos en los que la actuación del Letrado no viene configurada por el soporte de un contrato, (**STS 332/2.015**), siendo el plazo de prescripción de un año ex Art. 1.968.2 CC.

La responsabilidad contractual comprende la mayoría de los supuestos analizados, incluida la actuación por designación del turno de oficio como señala la **STS 739/2.013** de 19 de noviembre. Dicha responsabilidad contractual se define como la que se deriva de un "contrato de gestión", de creación jurisprudencial, tomando como referencia los elementos del arrendamiento de servicios y el mandato, para adecuarlo a la realidad social en el ejercicio actual de la abogacía.

La relación de un Letrado con su cliente puede ser de muy variada condición, atendiendo al objeto de la obligación de aquel. Normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios, que se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe, y en la confianza entre Abogado y cliente.

En este sentido, la relación de un Letrado con su cliente puede ser de muy variada condición, atendiendo al objeto de la obligación de aquel. Normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios, que se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe, y en la confianza entre Abogado y cliente. En este caso, tratándose de una obligación de medios, al profesional sólo puede exigírsele un comportamiento, no un resultado, y el incumplimiento de la obligación se producirá, no por la insatisfacción del cliente por el resultado obtenido, sino por el desarrollo de la actividad sin la diligencia requerida de la *lex artis*. Por ello no puede hablarse nunca de responsabilidad objetiva del Abogado/a, éste sólo responde por negligencia, cuya prueba corresponde al demandante como luego veremos.

Pero debe calificarse como contrato de obra cuando la prestación del Abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión exclusiva depende de su propia voluntad, como la redacción de determinados informes o documentos, como demanda y contestación. A diferencia de lo anteriormente

expuesto, al profesional se le exige un resultado, por lo que su incumplimiento deriva de la no consecución de este último. Por tanto, habrá obligación de resultado, cuando habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención del resultado dependa en exclusiva de la voluntad del Abogado/a.

Para determinar el régimen de las obligaciones del Abogado y el canon de diligencia exigible, ha de acudirse principalmente al siguiente sistema de fuentes:

a) En primer lugar, al Código Civil, Art. 1.542 CC mandato, Art. 1.583 CC arrendamiento de servicios y Art. 1.588 CC arrendamiento de obra.
b) Al Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2.001 22 de junio), Art. 42, 78 y 79.
c) Al Código Deontológico de la Abogacía Art. 13, 8 a 10
d) Al Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea.

Teniendo en cuenta el sistema de Fuentes al que se ha hecho mención, para definir el canon de diligencia en la práctica profesional del Abogado hemos de acudir a lo dispuesto en el Art. 42 EGAE, según el cual son **obligaciones del Letrado**:

1) El deber de información, adecuada durante la vigencia de la relación contractual, con carácter previo, durante la sustanciación del proceso y con mayor fuerza, en el momento de su extinción. Así mismo, responde por omisión de información.
2) El deber de adecuada custodia de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se deriven de su relación contractual y también con mayor insistencia en el momento de su extinción, con la entrega de la documentación al cliente.
3) El deber de devolución de la documentación al cliente, sin perjuicio de reservarse copias.
4) El deber de conocimiento de la legislación y Jurisprudencia aplicables al caso y su aplicación con criterios de razonabilidad si no hubiese interpretaciones unívocas **(STS 3 octubre 1.998).**

En cuanto al régimen específico de responsabilidad de los Abogados, se recoge en el Art. 78 EGAE:"*1.- Los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometieran en el ejercicio de su profesión. 2.- Los Abogados están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada…".*

La **casuística** más habitual en la práctica de los Tribunales consiste en los siguientes supuestos:

1) Transcurso de plazos, por dejar transcurrir plazos procesales (contestación a la demanda, recursos…), y sustantivos (caducidad o prescripción no interrupción de la prescripción…).
2) Negligencia por omisión, por omisión de información al cliente, omisión de elementos relevantes en los escritos judiciales.
3) Por no devolución de la documentación entregada por el cliente.

3 Requisitos

La STS 447/2.016 DE 1 de julio, repasa los tres requisitos básicos para la prosperabilidad de las acciones de responsabilidad civil del Abogado:

a) el incumplimiento de sus deberes profesionales, cuya valoración se realiza atendiendo al estándar de *lex artis*, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso,

b) la prueba del incumplimiento, que corresponde al demandante, pues ha de acreditar el resultado final perjudicial que para sus intereses se deriva de la conducta negligente del Abogado, **(STS 22 abril 2.01314 de julio 2.005 21 junio 2.007)**,

c) la existencia de daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa,

d) la existencia de nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva, y

e) la fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.

4 Indemnización del daño

Una vez probado el incumplimiento de la *lex artis* por parte del demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, resta acreditar el nexo causal con los daños alegados. La **STS 283/2.014 de 20 de mayo,** identifica los elementos más frecuentes de ruptura del nexo causal, como son la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la pretensión, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales, y define como daño la "*disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte*". Probablemente el concepto indemnizatorio que mejor cuadre con la naturaleza del daño sufrido por el cliente por negligencia del Abogado/a en el ejercicio de una acción o durante la tramitación de un proceso, sea el de la "pérdida de oportunidad procesal". Como queda dicho, el daño en estos casos es meramente conjetural, de modo que no es susceptible de valoración concreta. El daño real sufrido por el cliente se refiere a la pérdida de oportunidad de presentar y defender adecuadamente su pretensión.

Probablemente el concepto indemnizatorio que mejor cuadre con la naturaleza del daño sufrido por el cliente por negligencia del Abogado/a en el ejercicio de una acción o durante la tramitación de un proceso, sea el de la "pérdida de oportunidad procesal"

La **STS 441/2.017 de 13 de julio** trata los problemas del entendimiento de lo que ha de considerarse como "*pérdida de oportunidad*", en aras de fundamentar la indemnización, pues el daño real sufrido por el cliente se refiere a la pérdida de oportunidad de presentar y defender adecuadamente su pretensión. Para valorar la pérdida de oportunidad procesal ha de acudirse al juicio de probabilidad, y atender, en consecuencia, a elementos estadísticos.

La cuantía de la indemnización debe acercarse o alejarse del valor de la pretensión según la probabilidad de éxito de ésta, atendiendo a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la

acción. Esto implica que el valor de la prestación está determinado o es fácil de determinar. En otro caso habrá de ser calculado por el Juez/a que conozca de la reclamación de daños contra el Abogado, atendiendo a criterios de proporcionalidad y de ponderación.

Es necesaria la motivación del daño moral del demandante, así como su desglose del daño patrimonial (**STS 441/2.017 de 13 de julio)** admitiéndose la reparación in natura como forma de resarcimiento (**STS 452/2.016 de 1 de julio).**

En algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha considerado como daño moral derivado de la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva, un daño equivalente al valor patrimonial de la prestación sufrida, aunque en mi opinión se trata de una doctrina cuestionable, pues no resulta técnicamente correcto inscribir el concepto de "pérdida de oportunidad", dentro del más genérico "daño moral", ya que la "pérdida de oportunidad" debe tener un contenido fundamentalmente patrimonial, siendo así que de otra manera habría que indemnizar por pretensiones con escasas probabilidades de éxito, e incluso infundadas.

Por último, existen supuestos en los que la cuantificación se ha efectuado en fase de ejecución de Sentencia (**STS 25 marzo 1.998, STS16 diciembre de 1.996).**

5 Cláusula "Claim Made"

La responsabilidad solidaria de las aseguradoras en pólizas de responsabilidad civil, conlleva el estudio de las llamadas cláusulas de limitación temporal o "Claim Made", que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en el que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, y que han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en cuanto fueran en beneficio y no perjudican los derechos del asegurado, reputándose como lesivas en caso contrario.

En este punto, resulta útil la **STS 588/2.021 de 6 de septiembre**, sobre demanda de reclamación de cantidad a aseguradora derivada de la negligencia profesional de Abogado. Se estima en parte en las instancias, sin embargo, no se imponen los intereses del Art. 20 LCS. La Sala estima el recurso de casación al entender que no resulta coherente sostener que por la simple interpretación de la póliza que realiza la aseguradora (exclusión de cobertura) estemos ante el caso de entender concurrencia de causa justificada (Art. 20.8 LCS), para no satisfacer la indemnización por mora. La Sala entiende que deben imponerse los intereses del Art. 20 LCS, desde la fecha del siniestro, no aceptando las alegaciones de la aseguradora sobre la falta de conocimiento del siniestro. Así mismo expone la doctrina de la Sala sobre la interpretación de las cláusulas "Claim Made".

6 Jurisprudencia

A continuación, varias Sentencias interesantes sobre la materia, tanto del orden civil, como penal.

- En primer lugar, la **STS 192/2.021 de 6 de abril.**
- En segundo lugar, la **STS 456/2.021 de 28 de junio.**
- En tercer lugar, la **STS 566/2.021 de 26 de Julio.**

Por último, en el orden jurisdiccional penal, resulta reveladora e interesante la **TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 613/2021 de 7 julio**.

BREVES APUNTES SOBRE BLOCKCHAIN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Mariano LÓPEZ MOLINA
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria

1 Derecho internacional privado frente a la tecnología blockchain en general

El derecho internacional privado puede ser descrito como un meta-derecho en el sentido de que el mismo trata sobre fenómenos jurídicos, bien conocidos en las relaciones internas de cada país, sobre los que este derecho pretende regular los aspectos o efectos internacionales de los mismos.

Si tuviéramos que presentar metafóricamente en qué consiste la blockchain, podríamos tomar el ejemplo de un grupo de personas con un gran lienzo en blanco. Una de esas personas puede decidir pintar una casa sobre ese lienzo. Otra persona puede añadir un árbol, pero la primera persona, igual que los demás, van a ser informados inmediatamente de ese cambio. Más aún, ellos van a ser los garantes de que ese cambio ha tenido realmente lugar en el

lienzo. Si una tercera persona añade en el lienzo un cielo nuboso, este cambio a su vez será indicado a las demás personas que, como hemos dicho, son los garantes de esa nueva modificación.

Examinar las relaciones posibles entre el derecho internacional privado, de una parte, y la tecnología blockchain, de otra, suscita al menos dos preguntas. La primera sería si el derecho internacional privado puede ser útil al respecto. La segunda sería que, siendo útil, no implicaría necesariamente que las normas de derecho internacional privado estén adaptadas a esta tecnología.

A. Utilidad, o no, de las normas de derecho internacional privado en materia de blockchain

Por su propia internacionalidad, dado que no conoce fronteras, el uso de una blockchain podría parecer, a primera vista, que presenta nexos evidentes con una multitud de sistemas jurídicos nacionales, tantos sistemas jurídicos como usuarios.

Ahora bien, de entre todas esas conexiones con el derecho interno de cada país, convendría elegir una común, la más pertinente para regular una concreta situación fáctica. Es precisamente el mecanismo de la norma de conflicto de leyes el que permite conectar una concreta situación o una relación jurídica internacional con una ley nacional que sería aplicable. Tomemos por ejemplo un matrimonio celebrado en Reino Unido entre un francés y una alemana. Desde el principio podemos identificar claramente las leyes aplicables a esa concreta situación, es decir, las leyes nacionales en conflicto. La regla de conflicto permitirá identificar una de entre todas ellas, la ley del lugar de celebración por ejemplo regulará lo relativo a la forma del matrimonio. Es decir, las normas de conflicto de leyes nos permitirán identificar una concreta ley nacional, la considerada como más pertinente para regular el concreto problema jurídico que se presenta.

Ahora bien, ¿este modelo clásico es adecuado para la tecnología de la cadena de bloques? Es obvio que el uso de esta tecnología implica ya de por sí un conflicto de leyes, en el sentido de que está en contacto o que concierne a varios Estados al mismo tiempo, cada uno con sus propias normas, y sin embargo se nos antoja complicado que se pueda resolver de forma tradicional un conflicto de leyes surgido del uso de alguna aplicación bajo la tecnología blockchain.

Para ilustrar este último punto, tomemos como ejemplo una acción de divorcio o una acción de responsabilidad por daños que presente un elemento extranjero; será necesario identificar una ley nacional que regule o prevea una regulación aplicable al supuesto en concreto, nunca nos sería posible concebir que el divorcio o la acción de responsabilidad por daños no estén sujetos al ordenamiento jurídico de algún país. Sin embargo, la situación es ciertamente diferente en el supuesto de la cadena de bloques, ya que esta tecnología genera sus propias normas o reglas de funcionamiento y aplicación, algo que no ocurre ni con el divorcio ni con la acción de responsabilidad que finalmente serán regidas conforme las normas o derecho aplicable en un concreto ordenamiento jurídico. Insistimos, no ocurre así en principio con la cadena de bloques, con el paradigma ya conocido de “Code is law”, o como dice el notario D. Francisco Rosales: “el código fuente es fuente del derecho”, bajo este paradigma y su propia autosuficiencia, podría considerarse que el buscar qué Ley nacional es aplicable es inútil.[1]

Cada aplicación tecnológica de la cadena de bloques es un sistema autopoiético y, como tal, es autosuficiente. A diferencia de un

[1] *El código fuente de un programa está escrito por un programador en algún lenguaje de programación.*

divorcio o una acción por responsabilidad contractual, la tecnología blockchain no necesita necesariamente la asistencia de un régimen legal externo para funcionar. El código es autosuficiente, podría por lo tanto ser irrelevante el buscar una o varias leyes nacionales para resolver el problema. Incluso se podría considerar que su modo de funcionamiento excluiría, si no cualquier litigio, sí cualquier litigio que debiera ser resuelto por un Tribunal estatal. Ante una disputa relativa a cómo funciona una cadena de bloques particular, esta podría, según algunos autores, ser regulada y resuelta por la propia comunidad de usuarios.

Al respecto, hay al menos un precedente. En julio de 2016, el usuario de una cadena de bloques semipública - el primer intento de crear una organización autónoma descentralizada llamado “El DAO” - identificó una falla o brecha de seguridad en el código que explotó o utilizó para extraer una suma equivalente en criptomonedas a 70 millones de dólares en unas 13 horas. Estrictamente hablando, no fue un “hackeo” o un robo, sino una laguna que los programadores del código dejaron en el mismo al escribirlo (era posible solicitar la restitución o reembolso de una misma cantidad de dinero hasta que el programa no actualizara el saldo definitivo). Los codificadores no habían tomado en cuenta la posibilidad de varias solicitudes simultáneas de reembolso de la misma suma, permitiendo que el sistema enviara los fondos varias veces hasta que se actualizara el saldo definitivamente conforme la primera petición.

Es interesante advertir que frente a lo que podría considerarse como una especie de apropiación indebida, los usuarios de la plataforma mantuvieron un debate centrado en la relevancia y extensión del principio “Código es Ley”. Se les preguntó si a este usuario, que había respetado, es cierto, el código, pero se había aprovechado de un fallo del mismo, ignorando el espíritu del proyecto, se le debía imponer alguna sanción. Finalmente se organizó una votación para decidir si procedía modificar el código del proyecto para “llenar” esa laguna: la respuesta fue que sí y los fondos fueron restituidos.

Este caso es relevante al menos en dos vertientes. En primer lugar, los participantes de esta blockchain discutieron sobre el alcance y vinculación para ellos del código de programación en concreto. Por algunos se consideró que el código es intangible, frentea otros que consideraron que el mismo no respetaba el espíritu del proyecto. Finalmente, el litigio o problema se resolvió en votación democrática, un/a participante un voto.

Hay incluso otros operadores que están en proceso de ir un paso más allá, involucrando el uso de tecnología de la cadena de bloques para crear una especie de jurisdicción o más bien tribunal virtual para resolver todas las controversias surgidas en el uso de esta misma tecnología, al igual que las criptomonedas o los contratos inteligentes, en español “smart contracts”. A título de ejemplo, la red “Aragón” pretende crear un tribunal digital basado en la cadena de bloques Ethereum. Una queja puede presentarse si algún/a usuario/a considera que el pago de una determinada suma en criptomonedas no procede, y si se estima fundada se restituirá ese pago. Habrá algunos/as usuarios/as que podrán ejercer de jueces/zas previo pago de un depósito.

a) *Problemas derivados de lo anterior, protección de usuarios y papel de los Estados.*

En primer lugar, desde el punto de vista del usuario, es muy posible que el código o programa no pueda resolver todas las controversias entre usuarios/as; es prácticamente imposible prever todas las posibles controversias.

Además, desde el punto de vista de los Estados, la aplicación de los mecanismos del derecho internacional privado a la cadena de bloques también tiene una función de política jurídica. Nos referimos a que estos mecanismos clásicos tienen como función, también, la de evitar el desarrollo de

un mundo digital independiente de los ordenamientos estatales. Desde el punto de vista del derecho penal o derecho fiscal, hace mucho tiempo que este deseo de independencia del mundo digital desafía a los Estados soberanos. El uso de blockchain para fines de blanqueo de capitales o la evasión fiscal es, por ejemplo, objeto de escrutinio por las administraciones estatales. Es cierto que el derecho internacional privado no se ve afectado por esto tipo de legislación nacional; es un derecho que concierne únicamente a las relaciones jurídicas de derecho privado. Puede pensarse por eso que las legislaciones estatales no dieran tanta importancia a esta problemática en materia de derecho internacional privado.

Ahora bien, y es mi punto de vista, tal consecuencia no parece admisible salvo que se mantenga una visión totalmente libertaria del mundo digital, en el que las leyes y tribunales estatales estarían excluidos. Para convencer al lector, basta señalar que las aplicaciones basadas en blockchain pueden concernir o tener alcance no solo en materia de derecho de contratos o responsabilidad contractual, también en aspectos de regulación financiera, protección de consumidores o datos personales. En todas esas materias, las leyes nacionales, muchas veces resultado de la transposición de otras internacionales, transmiten una serie de valores, valores que no pueden quedar fuera de aplicación bajo el argumento que la concreta regulación en una cadena de bloques por sus usuarios excluye la aplicación de esas leyes. De ello se deduce que debe tejerse un vínculo entre las leyes nacionales y los tribunales, por un lado, y la cadena de bloques por otro lado. Este vínculo reside precisamente en fijar los mecanismos legales a disposición del derecho internacional privado, identificando una o varias leyes nacionales aplicables, y determinar también el tribunal estatal competente en caso de litigio. No se trata por lo tanto de reflexionar sobre si el código fuente es fuente del derecho, lo importante es la necesidad de impedir que los ordenamientos jurídicos estatales queden apartados o excluidos, y que los valores e intereses transmitidos por su derecho y por la jurisprudencia sean desconocidos por las tecnologías resultantes de la cadena de bloques. El derecho internacional privado tendría, por lo tanto, en este sentido, un papel esencial, el de preservar en esta materia ciertos intereses transmitidos por esas leyes nacionales. Ahora bien, que los mecanismos del derecho internacional privado se revelen como útiles no implica necesariamente que estén adaptados a este universo particular de la cadena de bloques.

B. Adaptabilidad de la blockchain en derecho internacional privado

Las herramientas de derecho internacional privado, particularmente en lo que a conflicto de leyes se refiere, no están necesariamente adaptadas a las diferentes aplicaciones de la cadena de bloques. Ciertamente, estamos ante una serie de problemas alejados de aquellos para los que inicialmente se concibió este derecho. Como muestra de lo anterior, la Comisión Europea constituyó un grupo de trabajo denominado “Conflict of laws regarding securites and claims” [2] De este grupo de trabajo se obtuvo la conclusión, entre otras, de que en materia de transacciones financieras la tecnología blockchain presenta numerosas ventajas; sin embargo, se detectaron dos dificultades fundamentales para hacer coexistir esta tecnología con las normas o reglas de conflicto: el carácter inmaterial de esta tecnología, y su carácter descentralizado.

La blockchain está desprovista de existencia física, de manera que su conexión con un territorio nacional en concreto puede ser muy complicada. Además, la blockchain está completamente descentralizada, es decir, no tiene vinculación con una entidad o una concreta autoridad situada en un determinado Estado.

[2] Meeting of the Expert Group on conflict of laws on securities and claims, Brussels, 15-16 May 2017.

[3] H. de Vauplane, Blockchain and Conflict of Laws, RTDF 2017. 50-52

Estas dos características, descentralización y carácter inmaterial, son dos obstáculos relevantes en lo que a la determinación de la ley aplicable a las diferentes utilidades blockchain se refiere. La razón estriba en que las reglas relativas al conflicto de leyes en derecho internacional privado se centran en conectar o enlazar una concreta situación jurídica donde está presente un elemento extranjero o transfronterizo -un contrato, una filiación, un divorcio, un delito, etc.- con un determinado sistema jurídico nacional. El derecho internacional privado, precisamente con esta finalidad, busca elementos de conexión territoriales o personales: lugar del delito o del hecho dañoso; lugar de ejecución del contrato; ubicación del inmueble; nacionalidad, domicilio o residencia habitual de una persona, etc.

Es también cierto que a partir de finales del siglo XIX y sobre todo después ya en el siglo XX, estos modelos han ido adaptándose a la aparición de nuevos bienes que presentan como característica la de ser inmateriales. Para determinar la ley aplicable, ha sido necesario sustituir los elementos de conexión puramente territoriales o personales por otros más ficticios como el lugar de primera difusión de la obra o el lugar de registro de la patente. Estos criterios de conexión tampoco están necesariamente adaptados a la blockchain, las aplicaciones basadas en blockchain son incluso más reacias a la mecánica clásica de las normas de conflicto que las basadas en propiedad intelectual. La razón de ello es que no existe, en la materia, un primer lugar de difusión o lugar de registro; dicho de otro modo, esos puntos de conexión con el territorio de un Estado simplemente no existen en materia de blockchain.

En lo que al conflicto de leyes y blockchain se refiere, el abogado y experto en la materia Hubert de Vauplane, se centra en cada usuario de blockchain de una clave pública y una privada, esta última pertenece a cada usuario en exclusiva, es decir, contrariamente a la clave pública, no es compartida con el resto de los usuarios [3]. Así, por ejemplo, en materia de criptomonedas, podremos tener un monedero virtual “wallet” y tendremos una **clave pública**, que es un número o código que identifica a esta wallet, y una clave privada para confirmar cada transacción de compra, venta o traslado. Esta clave privada podría considerarse como criterio de ubicación o localización de un usuario. Como indica el mismo autor, la posesión y uso de una clave privada es algo físico, palpable, es algo material: la clave privada es almacenada en un ordenador, en un USB, en una wallet o en algún lugar, pero está en “algún lugar”. Este mismo autor propone, sin que sin embargo se pronuncie claramente sobre esta posibilidad, por considerar el lugar o la localización de esta clave privada como criterio de conexión con un Estado. Esta referencia a la clave privada es ciertamente un criterio de conexión posible entre: los distintos usuarios de una blockchain, un concreto Estado, y finalmente la ley de este último. Por último, este criterio puede servir para unir o conectar una concreta aplicación basada en la blockchain con un determinado usuario que es quien tiene esa clave privada y la utiliza.

Ahora bien, una primera objeción importante en relación con este criterio de conexión es que sujeta cada concreta aplicación basada en esta tecnología a tantas leyes nacionales como usuarios existan, cada uno con sus claves privadas, cada uno en un Estado. Por lo tanto, este recurso a la clave privada conduciría a diversificar la regulación jurídica de una blockchain entre una multitud de leyes nacionales, yendo en contra del más elemental principio de seguridad jurídica puesto que no sería posible identificar con carácter previo la ley aplicable a una concreta disputa o conflicto. Además, el frecuente, por no decir sistemático, anonimato en todas las blockchain de carácter público convierte a este criterio en absolutamente azaroso por no decir de imposible aplicación.

---

https://www.conseil-national.mc/wp-content/uploads/2020/07/PPL237_Texte-consolide%CC%81.pdf

Sí existe un Estado, en todo el mundo, que ha intentado adoptar una regla de conflicto específica para este tipo de aplicaciones basadas en la blockchain, es el Principado de Mónaco, donde el Consejo Nacional adoptó el 21 de diciembre de 2017 una propuesta de ley n.º 237, sobre blockchain. El artículo 5 de esta propuesta prevé «el derecho monegasco será aplicable a las blockchains (cadenas de bloques), a los smart contracts (contratos inteligentes) a los procesos algorítmicos y a monedas criptográficas que produzcan efectos en el territorio del Principado de Mónaco.[4]

Esta regla de conflicto de leyes, ciertamente de forma unilateral, procura también concretar el criterio de vinculación en los términos siguientes: "Se entenderá que los efectos se producen en territorio del Principado de Mónaco cuando uno de sus hechos constitutivos o una de sus consecuencias tenga lugar en este territorio".

Ahora bien, se nos presentan objeciones al leer esta proposición como por ejemplo que, al menos a priori, los "hechos constitutivos" que regirían la constitución de una aplicación particular de la blockchain no son ubicables o localizables en un determinado territorio dado que pertenecen enteramente al mundo numérico. Desde esta perspectiva, el único nexo podría ser finalmente que uno de los promotores o fundadores de una concreta aplicación resida en territorio del Principado, o que se trate de una sociedad registrada en ese territorio. Por lo demás, incluso aunque el criterio de los efectos en territorio monegasco tenga como fin el de identificar la ley aplicable en materia de prácticas antitrust por ejemplo, considerando la existencia de un concreto mercado afectado, su aplicación en el campo de la blockchain parecería más bien aleatoria salvo que finalmente se recurra a un criterio tradicional como el del domicilio o la sede social.

2 ¿Realmente tiene sentido buscar una norma de conflicto o ley aplicable?

Con carácter general, podríamos preguntarnos si tiene verdaderamente sentido buscar la ley aplicable a la blockchain en general o a una concreta blockchain. Efectivamente, si examinamos conjuntamente las reglas de conflicto nacionales o locales existentes en el sistema de derecho internacional privado, primeramente, en la Unión Europea, constatamos que ellas comparten sin excepción un elemento común. Todas descansan necesariamente sobre un concepto jurídico, es decir, un concepto o noción o hecho jurídico a la que los derechos nacionales asocian un régimen jurídico. Se trata finalmente del antiguo principio axiomático de la comunidad jurídica o comunidad jurídica extraterritorial elaborada por Savigny como fundamento de la regla del conflicto de leyes. A título de ejemplo, la regla de conflicto que identifica la ley aplicable en caso de divorcio descansa sobre el postulado según el cual, entre los derechos nacionales implicados, cuando exista algún elemento transfronterizo, existirán regímenes aplicables al supuesto de hecho entre los que habrá que elegir. Una constatación exactamente idéntica resulta del examen de todas las demás reglas de conflicto, más allá de que pretendan identificar la ley aplicable a una filiación, un contrato, una sociedad, la realidad es la misma, todas ellas descansan en el postulado de que existe en los distintos derechos nacionales un conjunto de reglas sustancialmente aplicables a una concreta institución jurídica. Es precisamente la errónea aplicación de este postulado lo que provoca que sea particularmente complicada la identificación de la ley aplicable a una concreta noción específica de un concreto derecho nacional. Así, si la determinación de la ley aplicable a instituciones como el fideicomiso activo o alguna otra categoría no desarrollada en derecho comparado se antoja complicado con un criterio tradicional de conflicto de leyes, es porque ellas no

forman parte, en sentido dicho por Savigny, de una comunidad de derecho. Tratándose de la blockchain, esta consecuencia es incluso más clara. Esta tecnología no forma parte del objeto de una reglamentación en los distintos derechos nacionales. Sí podemos constatar, con cierta disparidad, reglamentaciones nacionales relativas a ciertas aplicaciones particulares de la blockchain, como la posibilidad en derecho japonés de pagar en criptomonedas, pero no existe un régimen jurídico general de la blockchain en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Es cierto que, al respecto, el derecho monegasco puede parecer una excepción. La proposición de ley adoptada por el Consejo Nacional el 21 de diciembre de 2017, ya mencionada, propone un régimen conjunto aplicable a las principales aplicaciones conocidas hoy en día de la blockchain. Pero en realidad, incluso aunque el texto contenga algunas definiciones, incluso de la propia blockchain, y también de las criptomonedas y smart contracts, no pretende realmente reglamentar estas actividades. La idea subyacente es más bien la de atraer a los operadores del sector al territorio del Principado, garantizando una ausencia de limitaciones de carácter reglamentario.

Por ello, ante la ausencia de una regulación general en los distintos ordenamientos jurídicos, el debate y la solución se desplaza hacia las concretas aplicaciones de esta tecnología, nos centraremos por brevedad en dos:

a) Criptomonedas

La más conocida ciertamente es el bitcoin, aunque aquella más cercana a la idea original que late detrás de esta criptomoneda es el bitcoincash. Podríamos preguntarnos si los bitcoins son medios de pago; al respecto citamos dos Sentencias del TJUE:

Sentencias de 12 de junio de 2014 (caso Granton Advertising Asunto 416/12) y de 22 de octubre de 2015 (caso David Hesqvist Asunto C264/14). Es sobre todo esta última que resulta especialmente relevante, y es que concluye sin duda alguna que las criptomonedas son divisa digital, por lo tanto, son medio de pago. Por lo tanto, si en un determinado contrato se ha pactado el pago en bitcoins, y si el lugar de pago o el beneficiario reside en territorio español, existiría un punto de conexión evidente en lo que a ley aplicable se refiere.

b) Smartcontracts

Desde un punto de vista jurídico, es evidente que, si bien quizá un smart contract no puede en sí mismo ser considerado como un contrato, necesita sin embargo en algún momento de su vida de un acuerdo de voluntades entre aquellos que dieron lugar a su nacimiento. Existirá, por lo tanto, aunque sea mínimamente, un fondo contractual en todo smart contract. Ciertamente, esa ejecución automática de obligaciones no puede existir en un vacío jurídico, necesita ese previo acuerdo de voluntades.

Es cierto que todo smart contract está asociado al precepto según el cual “code is law”, y ello pudiera hacer nacer la ilusión o creencia de que se trata de un contrato perfectamente autónomo, en el sentido de que la blockchain en la que se basa sería capaz de generar las reglas por las que se regiría y un mecanismo automático de ejecución de las obligaciones contractuales. Ahora bien, esta visión, ciertamente dogmática sobre la existencia de lazos contractuales autónomos y perfectamente independientes de los derechos nacionales, debe ser definitivamente abandonada. Existen en efecto dos conjuntos de reglas de origen nacional que no podría concebirse que pudieran quedar excluidas en un smart contract. En primer lugar, se trata de reglas que podríamos denominar como de “pericontractuales”, en el sentido de que gravitan alrededor del contrato, pero sin sustentar su existencia y régimen. Tal es el caso por ejemplo de lo que ocurre en derecho de la competencia, en una parte del derecho de

protección de consumidores o incluso del derecho bancario o de seguros. Nos parece inconcebible que los intereses estatales afectados en esos campos puedan ser apartados por el único motivo de que el nexo contractual entre las partes ha nacido sobre la blockchain

Así, por ejemplo, si un contrato generado en el ámbito de una concreta blockchain ha sido suscrito por un consumidor en materia propia de consumo, consumidor residente en territorio de la UE, la normativa de protección del consumidor debe imperativamente aplicarse. La razón es que ciertas obligaciones contractuales vehiculan intereses públicos o de orden público de los que la blockchain particular no puede apartarse.

Aún podemos decir más, la automatización del smart contract afecta principalmente a su ejecución, se autoejecuta. Podemos pensar en una obligación de pago generada automáticamente a través de un smartcontract, pero si nos desplazamos al perfeccionamiento o conclusión de un contrato ya no podremos contar con que se generen también automáticamente igual que ese pago, pues de lo contrario la libertad y autonomía contractual de las partes podría quedar afectada, o es que alguien se atreve a sostener que por el hecho de estar ante un contrato que se ejecuta a sí mismo la perfección o la formación del consentimiento no haya podido resultar viciada. Por ello, aunque incluyan la palabra contrato, no podemos considerar como verdaderos contratos, en sentido jurídico, a estos smart contracts. Estos protocolos automatizados no cubren todo el campo contractual, por lo que necesariamente deberán ser completados con las reglas o normas aplicables al caso concreto en cada ordenamiento jurídico, con lo cual la identificación de la ley o derecho aplicable no resultaría tan complicado, es más, el obstáculo mayor para determinar la ley o derecho aplicable es el anonimato presente en este tipo de operaciones soportadas por la blockchain.

Si el anonimato no pudiera ser alzado, sí sería posible que una concreta operación o una serie de protocolos automatizados se regulara única y exclusivamente según el código o programa correspondiente bajo la máxima “code is law”, y de esa manera esos intereses de orden público podrían verse afectados o directamente apartados. Sin embargo, si fuera posible alzar el anonimato, la búsqueda de la ley o derecho aplicable cobraría todo sentido, y así, en defecto de pacto, podríamos estar a la ley del lugar de residencia habitual del vendedor o del prestador de servicio. En definitiva, nos resulta esencial que se puedan arbitrar mecanismos en estas cadenas de bloques, también las públicas, que permitan en determinados supuestos el alzar el anonimato, consideramos que el interés público no puede quedar siempre apartado por defecto en estos casos, es necesario encontrar un equilibrio.

X JORNADAS COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

17 y 18 NOVIEMBRE 2022 VIGO

Los días 17 y 18 de noviembre de 2021 se celebraron en Vigo (Pontevedra) las X Jornadas de la Comisión Derecho Privado de la Asociación Juezas y Jueces para la Democracia bajo el título "La protección judicial de los consumidores y los derechos de la ciudadanía".

En el edificio que ocupa la sede de la Diputación, en pleno centro histórico de la ciudad gallega, y tras ser recibidos por las autoridades locales y provinciales, las jornadas se desarrollaron en dos intensas sesiones en las que se abordaron algunas de las cuestiones que más polémica e interés suscitan entre quienes desempeñan su actividad jurisdiccional en el ámbito civil.

Por la mañana del jueves 17, Javier Menéndez reflexionó sobre la interpretación acerca del concepto de consumidor; Ángel Larrosa, sobre la función judicial en la búsqueda del equilibrio de las partes en el proceso; y Julia Sauri sobre los excesos, malas prácticas y cláusulas abusivas en la concesión de tarjetas "revolving". Por la tarde, Rafael Abril analizó la problemática sobre reclamaciones de los pasajeros en los contratos de trasporte aéreo.

Tras esa primera intensa jornada de trabajo, tuvo lugar una recepción y cena presidida por el alcalde, D Abel Caballero, cuyas

emotivas palabras de bienvenida y agradecimiento tuvieron adeudada réplica en las que le dirigieron Julio Picatoste, anfitrión local de la asociación junto al presidente de la AP de Pontevedra Javier Menéndez, y Edmundo Rodríguez, en nombre del Secretariado.

Ya por la noche, y aprovechando que las calles de la ciudad aparecían engalanadas con sus famosas luces navideñas, hubo ocasión de charlar y disfrutar bailando -los más intrépidos- en alguno de los locales de ocio ubicados en el casco histórico.

La incursión nocturna no impidió que la segunda jornada se iniciara con estricta puntualidad, tomando parte en ella José Mª Fernández Seijo, que disertó sobre el juez garante del derecho de la Unión y la efectividad de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE; Begoña López Anguita, sobre procesos de familia y derechos de los Menores en los Juzgados de Violencia de Género; y Celima Gallego sobre vulnerabilidad de las personas consumidoras con diversidad funcional.

Las jornadas se celebraron en un ambiente de cordialidad y activa participación de los asistentes, récord en asistencia hasta la fecha, lo que refuerza la conveniencia de llevar a cabo estas reuniones presenciales de la Comisión, donde se despejan algunas de las incertidumbres que habitualmente se ciernen sobre la soledad del juez de instancia.

ACUERDOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO DE JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

1 EL COLAPSO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

En fechas recientes el TC (10/10/2022) nos ha recordado que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía” y que la sobrecarga estructural y carencia de medios materiales y personales no justifica dilaciones indebidas.

La verdad de dichas afirmaciones resulta incontestable y parece que el legislador lo ha tenido en consideración con la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, en materia de los Juzgados de lo mercantil, cuando detrae competencias a los juzgados de lo mercantil para mantener la mejora sustancial de la calidad de las sentencias por medio de un sencillo mecanismo: atribuir a la jurisdicción civil nuevas competencias en materia de consumo.

Que la materia de consumo se residencie en la jurisdicción civil no especializada, puede ser positivo siempre y cuando dotemos de medios humanos y económicos a unos juzgados, los de Instancia, que desde la crisis inmobiliaria, allá en el año 2008, afrontamos una carga ingente de procedimientos y en los que conviven pleitos masas con pequeñas reclamaciones pero ingentes en número, con procesos relativos a derechos fundamentales, materia de vivienda y a tantos otros que contribuyen al bienestar de la ciudanía y alcanzar los objetivos que la Unión Europea ha establecido.

Obvia decir, que cumplir con el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar dilaciones indebidas, va a ser inasumible, al igual que mantener la calidad en nuestras resoluciones y estudio de los procedimientos.

Por ello proponemos:

1. una modificación de la planta judicial adecuada a las tasas de litigiosidad y estándares mínimos de respuesta en tiempo razonable
2. un incremento de las plantillas de funcionarios para los Juzgados de Primera Instancia,
3. modificaciones legales que agilicen los procedimientos, tanto recurriendo a mecanismos alternativos de resolución de conflictos como a medidas sancionadoras y extensión de efectos de las resoluciones.
4. La creación de Tribunales de Instancia
5. y la creación de juzgados especializados en materia de consumo.

2 ACUERDO DE EXCLUSIÓN FINANCIERA

La gran concentración bancaria producida en España desde la crisis económica y financiera del año 2008 ha conllevado la práctica desaparición de las entidades de crédito públicas, y el despliegue de estrategias empresariales de ahorro de costes cuyas consecuencias han sido el cierre de oficinas y sucursales (reducidas a menos de la mitad entre 2008 y 2021) y cajeros automáticos, con mayor incidencia en el mundo rural.

Así mismo, se han generalizado los servicios bancarios online, lo que aligera las necesidades de personal desplazando sobre los usurarios la carga de la gestión de sus operaciones ordinarias de consumo, y ello pese a que importantes sectores de la población, sobre todo las personas de mayor edad carecen de una adecuada formación en el uso de plataformas digitales y el peligro que representa la apropiación fraudulenta de datos, conocida como “phissing”.

Los principales bancos privados de España aumentaron sus beneficios hasta el mes de septiembre de ese año 2022 en un 31%, alcanzando un importe de 4.875 millones de euros.
Ante la necesidad de garantizar el acceso a unos servicios bancarios de calidad, integrados en el territorio y que sirvan de apoyo a los colectivos más vulnerables por sus limitadas habilidades digitales o por su edad:

Instamos al gobierno de España a que dé cumplimiento a las previsiones contenidas en la Ley 4/2022 de 25 de febrero de protección de los consumidores y usuarios frente a la vulnerabilidad social, garantizando la atención personalizada en los servicios de pagos a los sectores sociales en situación de vulnerabilidad y la no discriminación motivada por la brecha digital, promoviendo una banca pública de proximidad mediante el apoyo a cooperativas de crédito, cajas rurales y solidarias, y aprovechando recursos públicos ya existentes como el ICO o la red de Correos.

3 ACUERDO SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA ORGANIZATIVA

"La Comisión de Derecho Privado de Juezas y Jueces para la Democracia, reunida en Vigo los días 17 y 18 de noviembre de 2022, ha decidido tomar posición sobre el Proyecto de Ley de Eficiencia Organizativa actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados y en cuanto a la Especialización de las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad de los Tribunales de Instancia, en el sentido de:

1. Defender la especialización de estas Secciones de Infancia, Familia y Capacidad y de los jueces que las sirvan, para todo el territorio nacional, de forma que todos los ciudadanos reciban la misma calidad en la respuesta judicial a sus conflictos, en relación con los niños, niñas y adolescentes en situación de violencia o riesgo, de los cónyuges y convivientes, especialmente las mujeres más desfavorecidas por la crisis de la pareja y de las personas con discapacidad y con necesidad de medidas de apoyo.
2. Reclamar una articulación de las competencias de estos órganos judiciales coherente y precisa y del trabajo en red de estos órganos con las Administraciones implicadas (sanitaria, educativa) y con las profesiones y entidades vinculadas a la resolución de estos conflictos.
3. Instar a los partidos políticos para que favorezcan y canalicen estas reformas, en favor de los sectores más desfavorecidos de la sociedad en el ámbito de la infancia, la discapacidad y los conflictos familiares.