

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LGDCU

EL “NUEVO” CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y EMPRESARIO EN LA INMINENTE REFORMA DEL TRLGDCU¹

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 10 de diciembre de 2013

I. Introducción

El Proyecto de Ley núm. 71-1, de 25 de octubre de 2013, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, da una nueva redacción a los arts. 3 y 4 TRLGDCU, relativa a los conceptos de consumidor y empresario.

La finalidad primera del Proyecto de Ley es incorporar la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores. Pero el legislador ha querido aprovechar la ocasión para introducir algunos cambios en el concepto legal de “consumidor” y “empresario”. Son varias las cuestiones que las nuevas fórmulas legales plantean, y a las que hay que dar una adecuada respuesta. Ese es el objetivo de este trabajo.

II. El consumidor persona física

El art. 3 del Proyecto de Ley establece lo siguiente:

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.



“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”.

El precepto distingue entre consumidor persona física y consumidor que sea una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica. Conforme al párrafo primero, es consumidor la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. El precepto sigue fielmente la definición de consumidor del art. 2.1) de la Directiva, salvo en la utilización del término “empresarial”, en lugar de “empresa”, como hace la norma europea. Diferencia que en cualquier caso es irrelevante.

Comparándolo con el actual art. 3 TRLGDCU, en una primera aproximación se advierten tres diferencias. En primer lugar, mientras éste se refiere a que el consumidor actúa “en un ámbito ajeno” a una actividad empresarial, la norma proyectada requiere que el consumidor actúe “con un propósito ajeno” a la misma. Esta diferente redacción carece de consecuencia alguna. Pues ambas definiciones se basan en un criterio negativo. Lo relevante es que el consumidor actúe con un propósito ajeno, con unos fines ajenos, o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. La referencia al “propósito” (o a los “fines”, que es la expresión utilizada en el concepto de consumidor en la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) remite a un parámetro subjetivo. Pero la utilización del término “actuar” hace referencia a un criterio objetivo, que se aproxima al “acto de consumo”, según el cual lo decisivo no es el propósito o finalidad perseguida por el acreditado, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido.

Una segunda diferencia tiene que ver con la “actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” como finalidad o propósito al que no puede ir destinada la actuación del consumidor. En el actual art. 3 TRLGDCU el consumidor debe actuar en un ámbito ajeno a una “actividad empresarial o profesional”. Tampoco este cambio de redacción tiene consecuencias jurídicas. Los comentaristas del actual art. 3 TRLGDCU han destacado que la alusión a la actividad “empresarial o profesional” es redundante, y que

hubiera bastado con referirse únicamente a la actividad empresarial². Pues dentro de la actividad empresarial está comprendida, sin duda, la actividad profesional. Lo mismo puede decirse en relación con las nuevas alusiones a la actividad comercial y al oficio. Son igualmente menciones innecesarias. Que se trata de conceptos intercambiables se infiere también del art. 3.II proyectado, que sólo se refiere a la actividad comercial o empresarial. En consecuencia, no hubiera sido necesaria una modificación legal.

III. Actos relacionados de manera indirecta con la actividad profesional

Una tercera diferencia en el concepto de consumidor persona física tiene que ver con los actos relacionados con la actividad empresarial, pero sólo de manera indirecta.

Veamos un ejemplo. Un empresario dedicado a la venta de calzado instala una alarma en su establecimiento comercial, o contrata los servicios de unos pintores para que pinten el local. Ni la alarma ni la pintura tienen una relación directa con el núcleo de la actividad comercial de ese sujeto. Pero es evidente que tampoco se destinan a satisfacer necesidades personales. En estos casos –se dice– el empresario actúa como consumidor, pues no es un experto en la materia; por eso debería ser tratado como consumidor.

Una lectura comparada del art. 3 proyectado y del actual art. 3 TRLGDCU pudiera llevar a esta conclusión. Aquél utiliza la fórmula “con un propósito ajeno a *su* actividad comercial”, y éste la expresión “en un ámbito ajeno a *una* actividad empresarial”. Con esta última locución parece indicarse que no se es consumidor ni cuando se actúa directamente sobre su actividad empresarial típica ni si se obra sobre otra actividad empresarial, aunque no sea la principal. Podría argumentarse que la utilización en la norma proyectada de la expresión “*su* actividad comercial” se hace con el fin de aludir únicamente a su actividad principal, de modo que si el bien o servicio contratado se usa para fines no directamente relacionados con esa actividad principal, será considerado consumidor.

Este razonamiento no convence. No es consumidor el adquirente del bien o servicio que lo destina a fines relacionados, directa o indirectamente, con su actividad empresarial. Por tanto, no es consumidor aquel que destina el bien a su actividad comercial, pero

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 3”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pg. 91.

fuera del ámbito de su objeto o de su especialidad³. La redacción del nuevo art. 3.I TRLGDCU no sirve para justificar la tesis contraria. Es más, la Exposición de Motivos del TRLGDCU señala que los bienes o servicios no deben incorporarse “directa o indirectamente” a los procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Ninguna Directiva europea los califica como consumidores, y de hecho, la jurisprudencia del TJCE tampoco los reputa como tales, aunque contraten en ámbitos no directamente relacionados con su actividad comercial (SSTJCE 14.3.1991, asunto C-361/89; 3.7.1997, asunto C-269/95). Repárese, además, que el proyectado art. 3.II sigue utilizando la expresión “ajeno a *una* actividad comercial”.

En consecuencia, tampoco en este punto puede considerarse que el nuevo art. 3 TRLGDCU modifica la situación existente antes de la reforma.

IV. Fines mixtos

Una de las cuestiones clásicas en relación con el concepto de consumidor es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, esto es, a satisfacer necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales. Por ejemplo, a aquel que adquiere un ordenador portátil para destinarlo durante los días laborables a su empresa, y los fines de semana a su uso personal.

El actual art. 3 TRLGDCU no proporciona una respuesta. Varias soluciones son posibles: considerar que el comprador siempre es consumidor (pues a veces lo usa para fines personales), entender que nunca es un consumidor (ya que lo usa para fines profesionales), o atender al uso preponderante o principal.

La Directiva 2011/83/UE tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su Considerando nº 17 aclara que en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

³ CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pg. 32. Una exposición completa de los argumentos, en CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al art. 3”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011, pgs. 139 y 140; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 3”, *cit.*, pgs. 95 y 96.

El Proyecto de Ley no menciona este asunto. Hubiera sido una buena ocasión para que esta cuestión quedara definitivamente resuelta. En cualquier caso, ante la ausencia de una regla concreta en el derecho español, parece sensato adoptar el criterio establecido en ese Considerando de la Directiva, que por otra parte ya ha sido asumido por la jurisprudencia comunitaria (STJCE 20.1.2005; asunto C-464/01). Se acoge así una noción restrictiva: es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado. Por lo tanto, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo⁴.

V. El consumidor persona jurídica

Sin antecedentes en la Directiva 2011/83/UE, el art. 3 del Proyecto de Ley considera también consumidores a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica. Ello no supone un incumplimiento de la Directiva, aunque sea una Directiva de máximos o de armonización plena, pues al tratarse de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, se trata de una materia no armonizada, sobre la que los Estados miembros pueden libremente regular⁵.

A mi juicio la finalidad del nuevo art. 3.II TRLGDCU es clara: incluir en el concepto de consumidor a algunos entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios, y excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen ya con un claro ánimo de lucro, como las sociedades mercantiles (al margen del tipo que adopten) o las comunidades de bienes constituidas por varios sujetos para operar en el mercado.

La mención a las personas jurídicas no es nueva, pues ya consta en el actual art. 3 TRLGDCU. Pero en la norma proyectada se añade que han de actuar “sin ánimo de lucro”. Hay que destacar que la ausencia de ánimo de lucro es un presupuesto necesario para la consideración de “consumidor” de una persona jurídica o un ente sin personalidad, pero no para una persona física. En efecto, este requisito (negativo) no se requiere en el art. 3.I para la persona física. En consecuencia, la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al art. 3”, *cit.*, pg. 146.

⁵ Con más detalle, MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros”, *Revista CESCO*, 2012, nº 1, pg. 16 y 17.

El ejemplo típico es el del particular que recibe un préstamo para suscribir acciones cotizables en bolsa, con evidente ánimo de lucro.

Para que una persona jurídica sea considerada consumidora, el futuro art. 3.II TRLGDCU requiere dos presupuestos, que deben concurrir cumulativamente:

1.- Que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional (y no a “su” actividad comercial, que es la fórmula del art. 3.I). No resulta fácil determinar qué actos quedan dentro de ese ámbito empresarial o profesional (y en consecuencia, excluidos de las normas de protección del TRLGDCU). Siguiendo a CÁMARA LAPUENTE⁶, cabe distinguir a grandes rasgos tres grupos de supuestos de actividades eminentemente empresariales: (i) los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios; (ii) los casos en que un sujeto celebra un contrato “disfrazado de empresario”, cuando en realidad quiere el bien o servicio para usos privados (por ejemplo, no es consumidor quien, presentándose como empresario, adquiere un teléfono móvil que luego sólo utilizada para uso personal y no profesional); y (iii) los contratos realizados para garantizar una mejor “organización” profesional, o los realizados para incorporar los bienes o servicios adquiridos, directa o indirectamente, en procesos de producción, de comercialización o de prestación a terceros.

Las personas jurídicas mercantiles (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.) no son nunca consumidores, pues los bienes o servicios que adquieren se destinan a una actividad comercial. Y como se ha indicado, ello al margen de que el bien adquirido sólo esté relacionado de manera indirecta con el núcleo de su actividad empresarial. En cuanto a las personas jurídicas “civiles”, esto es, las fundaciones y las asociaciones, hay que distinguir. Las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas, y en ese marco celebrar contratos para obtener bienes o servicios. En tal caso no son consumidores.

Respecto a las asociaciones, y dejando a un lado las asociaciones de empresarios o profesionales (que nunca son consumidores), actúan al margen de una actividad empresarial cuando los bienes o servicios adquiridos revierten directa o indirectamente en sus socios. Así, por ejemplo, es consumidora la asociación de personas con trastorno del espectro autista (TEA) que compra un ordenador para que los logopedas de la asociación trabajen con los niños afectados; o la impresora o los folios que compra, y que serán usados para imprimir el informe que el psicólogo de la asociación redacta. Por la misma razón, también es consumidor cuando contrata servicios de telefonía para el

⁶ En “Comentario al art. 3”, *cit.*, pgs. 135 y ss.

local en que los logopedas y psicólogos realizan las terapias a los niños con TEA. La solución es distinta cuando la asociación lleva a cabo actos que afectan (benefician) a terceros. Por ejemplo, la asociación de vecinos que compra un jamón para la rifa gratuita de las fiestas populares del barrio, o que contrata a un grupo de música para que toque en la plaza del barrio. En estos contratos la asociación no puede considerarse consumidora.

2.- La persona jurídica debe actuar “sin ánimo de lucro”. No explica el precepto qué ha de entenderse por “ánimo de lucro”. El concepto de ánimo de lucro sólo se define en el Código Civil en relación con las sociedades civiles. Ánimo de lucro es ánimo de adquirir y repartir beneficios. Lo característico no es tanto la intención de obtener un beneficio, sino de repartirlo entre los socios. Desde este punto de vista, la falta de ánimo de lucro hay que entenderla como una característica “típica” de algunas personas jurídicas o entes sin personalidad (asociaciones, fundaciones, comunidades de propietarios, etc.); lo que serviría para excluir a aquellas personas jurídicas que *por su propia naturaleza* tienen ánimo de lucro (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.). Siguiendo este razonamiento, es consumidora la asociación de personas con autismo que vende papeletas para un sorteo, cuyo premio es un estupendo jamón serrano. En la compra de ese jamón actúa como consumidora, aunque pretende obtener beneficios con la rifa, pues éstos no van a ser repartidos entre los socios, sino usados en la consecución de los fines asociativos. Esta interpretación tiene una ventaja adicional: aumenta los supuestos en que una persona jurídica puede ser considerada consumidora.

VI. Las entidades sin personalidad jurídica como consumidores

Una de las grandes novedades del nuevo art. 3 es la consideración de consumidores de las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Esta modificación constituye todo un acierto, y se adecúa a la jurisprudencia recaída en la materia, que desde hace años viene aplicando a las comunidades de propietarios la normativa protectora de los consumidores, especialmente en relación con las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores.

Para que sean consumidoras deben concurrir los dos requisitos ya citados: que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial y sin ánimo de lucro. Por esta razón no son consumidores los empresarios que operan en el mercado en régimen de comunidad de bienes. Realizan una actividad empresarial, y por eso no son consumidores cuando

compran bienes o reciben servicios relacionados, directa o indirectamente, con esa actividad. Y con similares argumentos a los ya utilizados hay que sostener que una comunidad de propietarios es consumidora cuando contrata un seguro de daños para los elementos comunes o privativos de la comunidad, contrata con un administrador de fincas, con un fontanero para que arregle una avería en una bajante común, o con una empresa de limpieza para que limpie los elementos comunes.

VII. El empresario del Texto Refundido y el emprendedor de la Ley 14/2013

El art. 4 del Proyecto de Ley contiene una nueva definición del empresario. Dispone este precepto que “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”.

Con una redacción casi idéntica al art. 2.2) de la Directiva 2011/83/UE, la norma no se separa en lo sustancial del actual art. 4 TRLGDCU. Se mantienen, por tanto, los tres elementos que definen al empresario: ha tratarse de una persona física o jurídica (lo que no impiden que puedan ser empresarios entidades sin personalidad, como las comunidades de bienes), que puede tener una naturaleza pública o privada, y que desarrolla una actividad empresarial y en ese marco celebra el contrato con el consumidor.

Conviene poner en relación esta “nueva” concepción del empresario en el TRLGDCU con el concepto de “emprendedor” contenido en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización. Esta Ley define a los emprendedores como “aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley” (art. 3). El emprendedor, por tanto, es un empresario, que lleva a cabo una actividad empresarial o profesional. Parece, pues, que todo “emprendedor” debe considerarse “empresario” a los efectos del art. 4 TRLGDCU. En realidad, su tratamiento como empresario a efectos de la posible aplicación del TRLGDCU deriva de que cumpla los requisitos que se contienen en el art. 4 TRLGDCU, y no de que se le califique como “emprendedor” en la Ley 14/2013.

Por otra parte, la Ley 14/2013 modifica la Ley Concursal, introduciendo la posibilidad de que el empresario pueda alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, con la ayuda de un mediador concursal (nuevos arts. 231 a 242 LC). A este



www.uclm.es/centro/cesco

procedimiento puede acudir no sólo el clásico empresario persona física, sino también “aquellos que tengan esa consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social” (art. 231.1.II LC). Así sucede, por ejemplo, con el “empleador” que contrata a una empleada de hogar para que preste servicios domésticos en su domicilio. Al margen de que ese sujeto sea tratado como “empresario” en la LC en el marco de un “acuerdo extrajudicial de pagos”, no puede ser calificado como “empresario” conforme al art. 4 TRLGDCU. Si compra alimentos y lejía, que la empleada de hogar utilizará en preparar la comida y mantener limpia la vivienda, compra como consumidor, y no como empresario.