

**«RESPONSE TO THE GREEN PAPER ON THE REVIEW OF
CONSUMER ACQUIS»**

**RESPUESTA AL LIBRO VERDE SOBRE LA REVISIÓN DEL
ACERVO EN MATERIA DE CONSUMO**

COMISIÓN EUROPEA
DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD
Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

RUE DE LA LOI 200
B-1049 BRUXELLES

AUTORES:

**GARCÍA ÁLVARO, JOSÉ ANTONIO
PÁSARO MÉNDEZ, IAGO**

15/05/2007

Spain

ÍNDICE

I.	OBJETO	2
II.	Definición de «consumidor» y «profesional»	4
III.	Consumidores que operan a través de un intermediario	16

I. OBJETO

Acogiendo la invitación de la Comisión Europea a través de este Libro Verde, a todas las personas interesadas a manifestar su opinión sobre las cuestiones identificadas en el contexto de la revisión del acervo en materia de consumo, se presentan las siguientes, a 2 de sus consultas efectuadas, en relación al Anexo I, referentes a:

- **4.1 Definición de «consumidor» y «profesional»**
- **4.2 Consumidores que operan a través de un intermediario**

Los comentarios que a continuación se realizan, tiene su base y fundamento en la normativa y realidad española, ligada a la línea seguida por el tribunal europeo en relación a los consumidores, su concepto y su alcance.

Los autores del presente, autorizan expresamente a la Comisión Europea Dirección General de Sanidad y protección de Consumidores, a que los comentarios y respuestas puedan ser publicados en el sitio web de la Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores de la Comisión Europea, si así fuese considerado idóneo y para una posible iniciativa legislativa futura.

En Madrid, a 14 de mayo de 2007

CONSUMER DIRECTIVES UNDER REVIEW

- Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJ L 372, 31.12.1985, p. 31.

- Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.
Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29.

- Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of a right to use immovable properties on a timeshare basis, OJ L 280, 29.10.1994, p. 83.

- Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4.6.1997, p. 19.

- Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, OJ L 80, 18.3.1998, p. 27.

- Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, OJ L 166, 11.6.1998, p. 51.

- Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

II. FIRST QUESTION

4. Horizontal Issues

4.1 Definition of "consumer" and "professional"

Currently the directives do not have coherent definitions of the concepts of "consumer" and "professional", although these are fundamental concepts for the application of the consumer acquis. There is no serious justification in terms of the specific purposes of the relevant directives. The uncertainty this causes is aggravated by the fact that the Member States use the minimum clause to extend the vague definitions in different ways.

Several stakeholders advocate strongly in favour of consistent definitions of consumer and professional to avoid confusion. In this respect it is also important to ensure coherence with definitions used in other areas of Community legislation.

For instance, the Directive on Doorstep Selling defines consumer as a natural person who is acting for purposes "which can be regarded as outside his trade or profession". The Directive on Price Indications refers to any natural person "who buys a product for purposes that do not fall within the sphere of his commercial or professional activity" and the Unfair Contract Terms Directive refers to "purposes which are outside his trade, business or profession".

Differences between Member States can be noted for example when it comes to individuals buying a product to be used both privately and professionally, e.g. when a doctor buys a car and occasionally uses it to visit his patients.

Several Member States have granted natural persons acting for purposes which fall primarily outside their trade, business or profession the same protection as consumers. In addition some businesses, such as individual entrepreneurs or small businesses may sometimes be in a similar situation as consumers when they buy certain goods or services which raises the questions whether they should benefit to a certain extent from the same protection provided for to consumers. During the review the widening of the definitions to cover transactions for mixed purposes should be considered.

Similarly the professional is referred to variously as “trader”, “seller”, “supplier” etc, depending on the directive. The definitions vary as well: The Distance Selling Directive, for instance, defines the “supplier” as “any natural or legal person who is acting in his commercial or professional capacity”, whereas the Unfair Contract Terms Directive refers to a “seller or supplier” as a natural or legal person who “is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly or privately owned”. To overcome the current inconsistencies the notion of “professional” could replace the variety of terms in the existing Directives and apply to all persons who are not deemed to be consumers.

Pregunta B1: ¿Cómo deberían definirse los conceptos de «profesional» y «consumidor»? **Opción 1:** Se pondrían en consonancia las definiciones que figuran en el acervo, sin modificar su alcance. Se entendería por «consumidor» la persona física que actúa con fines ajenos a su negocio, empresa o profesión, y por «profesional», la persona (física o jurídica) que actúa con fines relacionados con su negocio, empresa o profesión. **Opción 2: Se ampliarían los conceptos de «consumidor» y «profesional» de modo que abarcasen a las personas físicas que actúan con fines básicamente ajenos (consumidor) o básicamente relacionados (profesional) con su negocio, empresa o profesión.**

CONSUMIDOR // CONSUMER

Al igual que la Comisión Europea considera que una definición coherente de los conceptos de «consumidor» y «profesional» es importante, ya que permite delimitar el ámbito del acervo con más precisión, los autores del presente así lo consideran también, y especialmente en relación al consumidor, como consecuencia de la definición en España, que si cabe, crea mayores interrogantes **al incluir en ésta a las personas jurídicas, pese a que la realidad práctica sea contraria a la definición dada.**

La tendencia europea es la definición de **consumidor - personal física**, pero la legislación Española sigue manteniendo a las personas jurídicas como posibles consumidores, pese a que las Sociedades de Responsabilidad Limitada (S.L./S.R.L) y las Sociedades de Anónimas (S.A.) son expresamente excluidas de tal concepto por el Instituto Nacional de Consumo, por su carácter mercantil. Existe una incongruencia entre el concepto de consumidor que otorga el legislador español y la realidad.

DEFINICIÓN ESPAÑOLA DE CONSUMIDOR / SPANISH CONSUMER DEFINITION

El artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 en España (modificada por la Ley 44/2006 de Mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios, define como Consumidor a: *“**las personas físicas o jurídicas** que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”, **no teniendo tal condición** “ quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”*

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales los bienes muebles o inmuebles, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen o suministran. Por el contrario, no tendrán la consideración de consumidores quienes sin constituirse como destinatarios finales, adquieran, almacenen o consuman bienes con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. En consecuencia, lo que determina que el adquirente de bienes y servicios sea o no consumidor, no es su carácter de persona física o jurídica, **sino el destino de los bienes que adquiere; esto es, que los adquiera como destinatario final de los mismos o para integrarlos en un proceso productivo, en éste último caso, la persona física o jurídica no sería consumidor.**

En primer lugar, España continúa extendiendo el concepto de consumidor a las personal jurídicas, pero tan sólo de manera conceptual ya que es el Instituto Nacional de Consumo, el primero que niega a las personas jurídicas (S.A y S.L.) la condición de consumidor.

Así, la **Consulta del Instituto Nacional de Consumo (INC) Nº CG/07/03** referente a la Ley de Garantías 23/2003, por la que, respondiendo a la cuestión: *¿El comprador, para beneficiarse de la nueva garantía, tiene que ser persona física o también puede ser jurídica?*, **el INC excluye del concepto de consumidor a las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada por su carácter mercantil.**

<http://www.consumoinc.es/informes/interior/GARANTIAS/GARANTIAS.HTM>

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 23/2003, de 20 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo, lo que ésta regula es la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa, en los términos previstos en la propia norma.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquiere, utiliza o disfrutan como destinatarios finales de, en lo que aquí interesa, los bienes muebles, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen o suministran. Por el contrario, no tendrán la consideración de consumidores quienes sin constituirse como destinatarios finales, adquieran, almacenen o consuman bienes con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Luego, lo que determina que el adquirente de bienes y servicios sea o no consumidor, no es su carácter de persona física o jurídica, sino el destino de los bienes que adquiere; esto es, que los adquiera como destinatario final de los mismos o para integrarlos en un proceso productivo, en éste último caso, la persona física o jurídica no sería consumidor.

Todo ello, sin perjuicio de la propia configuración de la persona jurídica, como las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada, que siempre tienen carácter mercantil, lo que las excluye el concepto de consumidor.

Consumer and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

La Ley 23/2003 de Garantías en la venta de Bienes de Consumo (LGVBC), transpone la Directiva Europea 1999/44/CE y se crea un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo entre los vendedores profesionales y los consumidores, destinatarios finales de los bienes, siendo de aplicación el concepto de consumidor definido en la LGDCU de 1984 y que, a día de hoy, incluye la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser consideradas como consumidoras.

Sin embargo, el artículo 2.a) de la Directiva 1999/44/CE, define como consumidor sólo a la persona física, mientras que la definición española considera como consumidores los definidos en el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de Consumidores y Usuarios.

Las disposiciones de las Directivas poseen carácter imperativo, de modo que no cabe pactar cláusulas que excluyan o limiten los derechos conferidos por ésta al consumidor. En consecuencia, la Ley de Garantías otorga ese carácter a todos los derechos reconocidos en la Directiva pero el problema, no es que la transposición excluya o limite derechos del consumidor, sino que el legislador español no aclara ni concreta si el concepto de consumidor- *y por lo tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de la LGVBC* - también incluye, a estos efectos, a las personas jurídicas. Por lo tanto, nos encontramos con una definición de consumidor que difiere, no coincide.

La evidente disparidad conceptual existente provoca las consecuentes dudas y diversas interpretaciones en orden a delimitar su ámbito de aplicación y, por lo tanto, cuáles son los sujetos protegidos como consumidores en España.

El Instituto Nacional de Consumo , pese a concluir que para determinar si la persona que adquiere bienes y servicios es o no considerada como consumidor no es su carácter de persona física o jurídica sino que, lo fundamental, es el destino de los bienes que adquiere, esto es, si los adquiere como destinatario final o para integrarlos en un proceso productivo, excluye a las SA y SL por su carácter mercantil y, en consecuencia, se concluye la no aplicación de la LGVBC si se trata de Sociedades Anónimas o Limitadas, pese a que nuestro ordenamiento jurídico “parece” les otorga la posibilidad de ostentar la posición de consumidor según el concepto de consumidor de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, expresó en *Sentencias de 17 julio 1997 [RJ 1997, 5759], 17 marzo y 16 diciembre 1998 [RJ 1998, 1351 y 9640], 18 junio 1999 [RJ 1999, 4478], y la de 16 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9906]*), que

“La Ley (1984) art. 1, apartados 2 y 3- excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales”.

Así las cosas, la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 891/2004 de 21 septiembre [RJ 2004\5576]*, en su Fundamento de Derecho Tercero, último párrafo, evidencia una clara inclinación hacia el concepto de consumidor adaptado a la Legislación Comunitaria al determinar que

*“**el concepto de consumidor sólo cabe ser atribuido a las personas físicas** y así lo establece el artículo 2-b de la *Directiva 93/13 del Consejo*, de 5 de abril (LCEur 1993, 1071, sin embargo el de profesional compete tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme declaró la *Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 330)*, pronunciada por el Tribunal de Justicia de la C.Europeas.”*

Esta línea, es acorde con la seguida por la *Sentencia de 22 de noviembre de 2001 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera (TJCE 2001, 330)*, resolviendo sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores). Pese a que España defendía con Francia el concepto de consumidor como persona jurídica, el TJCE resuelve que, consumidor, debe interpretarse en el sentido de referirse, exclusivamente, a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional, tal como se define en su artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE.

España, sin embargo, continuará definiendo e incluyendo en el concepto de consumidor a las personas jurídicas, en el Real Decreto Legislativo del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios que está en elaboración, y que pretende cumplir con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilita al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

El cumplimiento del mandato contenido en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, exige incorporar al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; la Ley 21/1995, de 6 de julio sobre viajes combinados. El Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios pretende, asimismo, 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 “respetando” las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las “personas jurídicas”.**

Sin embargo éste respeto, choca con la realidad y con las directrices europeas, tal y como se desprende del **EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis - Edited by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers Version of 12 December 2006** PG. 152 W. Spain – Legislative Techniques:

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf

***The definition of the term consumer in the SPANISH legal system is not coherent.** However, the transposition laws for most Directives (exceptions: Directive 90/314 and Directive 98/27) contain a reference (e.g. Art. 1(3) of the Law 23/2003 on consumer sales) to the general definition of consumer in Art. 1(2) of the General Law for the Protection of Consumers and Users, Law 26/1984. This general definition of “consumer” is wider than the one mentioned in the EC Directives since it also covers atypical transactions of a business which are not related to a further transfer. Moreover, the definition of “consumer” also encompasses legal persons; cf. for more details Part 4 A.III.1 and 3 of this study. The Spanish provisions on doorstep selling (Law 26/1991) do not include contracts concluded during an excursion organised by the trader (Art. 1(1) of the Directive) but uses a broader wording: contracts concluded away from the commercial premises of the businessman. It also adds in Art. 1 lit. (c): “contracts concluded in public transport”. The Spanish provisions on distance selling have a wider scope of application since they include auctions concluded by electronic means (Art. 38(3)(a) of the Law 7/1996).*

VI. Possible Infringements of EC Law

Most possible infringements of EC law are caused by “dual transpositions” in different Acts, lack of coordination, inconsistencies within the SPANISH legal system and poor legal transposition techniques in general: The requirements articulated by the ECJ in C-70/03 (ECJ judgement of 9 September 2004, C-70/03 - Commission v. Kingdom of Spain [2004] ECR I-0799 concerning the transposition of Art. 5 and Art. 6 of the Directive 93/13) have thus far not been implemented in Spanish law, but there is currently a draft being discussed in the Spanish parliament, modifying not only the wrong transposition, but also some other questions on unfair terms (e.g. round-off clauses against the consumer, unfair practices in service contracts, unfair clauses on requisites for termination). SPAIN has not transposed the rule of Art. 4(2) of Directive 93/13 on the exclusion of price and subject matter of the contract from the assessment of unfairness. **This “silence” has produced problems of interpretation on the application of the rule into Spanish Law; academia and case law use different approaches to solve the problem with contradictory solutions.** Art. 6(g) of the Law 23/2003 on consumer sales excludes the right of replacement in case of second hand goods and fungibles. The SPANISH academic community considers this contrast with the Directive to be excessive (the Directive does not restrict the right in respect of such goods) and even regards it as a defective transposition. It has been criticised that SPANISH law does not provide an exact definition of the term “means of distance communication” (Art. 2(4), Annex Directive 97/7). Furthermore the division of the norms on distance contracts into “sales” (Arts. 38-48 LOCM) and “services” (First Additional Disposition of the LOCM) lead to several inaccuracies in transposition. More detailed information is provided in the individual reports on the transposition of the directives (cf. in particular, the executive summaries of the reports on Doorstep Selling

in Part 3.A., Package Travel in Part 3.B., Distance Selling in Part 3.E. and on Consumer Sales in Part 3.H.).

(PG 163) EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis –.....For instance, even trade unions can be considered as consumers in Spain

El consumidor y usuario en España sigue definiéndose como **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.**

CONCLUSIONES

- a) La definición de consumidor, se acerca a “consumidor-persona física”. De la misma manera que ha ocurrido con la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, los “futuros cambios” que se produzcan en cuanto al concepto de consumidor, y especialmente en relación a las “personas jurídicas en España” debería ser aclarada, **SUPRIMIENDO DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR A LAS PERSONAS JURÍDICAS, CON TODOS SUS EFECTOS**, si bien ampliando *los conceptos de «consumidor» y «profesional» de modo que abarcasen a las personas físicas que actúan con fines “básicamente” ajenos (consumidor) o básicamente relacionados (profesional) con su negocio, empresa o profesión.* La definición de consumidor como toda persona, física o (y también jurídica en España), que adquiere bienes o productos para una utilización o consumo personal, sin que esos bienes se integren en procesos de producción o de comercialización y sin que vuelvan a salir al mercado, debe ser reformado y adaptado a la normativa comunitaria teniendo en cuenta la tendencia europea que existe en la actualidad.

- b) El concepto consumidor en la UE, **debe apartarse del concepto “persona jurídica” v “persona física”, prevaleciendo la intención y uso del objeto y/o servicio adquirido.** Así, si una empresa compra acero con objeto de transformarlo y venderlo (un coche, por ejemplo), no podríamos estar ante un consumidor final del acero obviamente. Si la misma empresa compra una grapadora para usarla como tal en sus oficinas, es tan consumidor final como cualquier otro porque no pretenden perfeccionar la grapadora, sino usarla hasta el fin de su vida útil. Hay bienes y servicios que las empresas compran claramente con objeto de producir o transformar para luego revender, y otros que se compran claramente con objeto de consumirlos, es decir, usarlos para la única finalidad para los que fueron concebidos. Hay veces que los productos adquiridos se usan en una doble vertiente por los profesionales como se indica en el propio Libro Verde en referencia al coche de un médico que puede ser usado a título personal unas veces o para visitar pacientes. Naturalmente el problema reside en definir *“proceso productivo o transformador”*, así como *“uso o intención de uso o finalidad”* y dada esta dificultad, el concepto *“persona física/jurídica”* simplifica mucho las cosas. Sin embargo, este Libro Verde nos pide que, a modo de reflexión, simplifiquemos o compliquemos conceptos en favor de una amplia reflexión sobre el acervo existente y las opciones que se presentan como consecuencia del proceso de reflexión.
- c) Siendo la cuestión introducir el término “básicamente” en los conceptos de consumidor y profesional, los firmantes abogan por una ampliación de la esfera y de los derechos que de ella pudieran derivarse, lo que aumentaría el abanico protector de la parte débil ante la fuerte en las relaciones de consumo en la Unión Europea, y en especial mayor seguridad en el tráfico entre los países.

III. SECOND QUESTION

4.2 Consumers acting through an intermediary

A consumer is not protected by the acquis when his/her contractual counterpart is another private person. **The same goes for the case when an individual is represented by a commercial agent, broker or any other intermediary.** A practical example of this is when a car dealer sells a second-hand car on behalf of one consumer to another consumer. It has been argued that in these cases consumers need similar protection as in an ordinary business-to-consumer contract since the other party will benefit from the professional expertise of the intermediary and some Member States have chosen to extend consumer protection to these situations. However, it may be very difficult to establish clear criteria as to when the role of the intermediary is so strong as to warrant consumer protection. There may be a risk of unforeseen and negative knock-on effects on markets on which private persons trade with private persons. Against applying consumer protection rules to private sellers it could also be argued that a private person might not realise that contracting a professional as her or his intermediary will put her or him in a position equivalent to a professional. **On the other hand, a consumer who concludes a contract with a professional acting as intermediary for a private person may be more in need of protection than his contractual counterpart.** It should be noted that the notion of intermediary would not include trading platforms for sellers and consumers, e.g. on the Internet, where the platform provider is not involved in the conclusion of the contract. The role of intermediaries in electronic commerce, including search engines and auction platforms, is currently being examined in a different context and therefore not covered by this review²⁵.

Pregunta B2: ¿Deberían considerarse los contratos entre particulares contratos de consumo cuando una de las partes actúa a través de un intermediario profesional? Opción 1: Statu quo: La protección de los consumidores no se aplicaría a los contratos entre particulares cuando una de las partes recurra a un intermediario profesional para la celebración. Opción 2: El concepto de contrato de consumo englobaría situaciones en las que una de las partes actúe a través de un intermediario profesional

Los autores se decantan por la Opción 2, y en concreto, ponen como ejemplo la **intermediación inmobiliaria** y los contratos firmados a través de este sistema, en las que el vendedor/propietario (persona física), vende/arrienda un bien inmueble a un tercero (persona física), a través de la actuación de un profesional, inmobiliaria, empresa u otro tipo de entidad de intermediación profesional.

En primer lugar, conviene recordar las Respuesta de la **COMISION DE COOPERACION DE CONSUMO** española desde el año 1996 sobre el particular, así como la Jurisprudencia al respecto de los Tribunales españoles.

1996 En referencia a la consulta realizada por la Consejería de Sanidad y Consumo y Bienestar de la Diputación Regional de Cantabria sobre oferta de viviendas en arrendamiento por particulares, se manifiesta lo siguiente: Según la doctrina más generalizada no parece admisible que se proteja como consumidor o usuario a un particular frente a otro particular, que no ejercita una actividad empresarial o profesional. Ese planteamiento contradiría totalmente la propia idea que justifica la necesaria protección de consumidores y usuarios. En opinión de Alberto Bercovitz, (Comentamos a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Cívitas 1992), la protección de los consumidores no tiene sentido referida a relaciones entre particulares cuando ninguno actúa empresarial o profesionalmente. **Hay que entender, en opinión de dicho autor, que la protección del consumidor se plantea dentro del mercado y frente a quienes producen y comercializan en él sus productos o servicios.**

*Este planteamiento es el que subyace a todo el movimiento de protección de los consumidores y así lo ha reconocido también nuestro Tribunal Constitucional al aplicar el artículo 51 de la Constitución. En la Sentencia sobre el Estatuto del Consumidor del País Vasco (30 de noviembre de 1982), en el Fundamento Jurídico 10º se contiene la siguiente declaración, que aunque referida directamente al negocio inmobiliario es evidentemente susceptible de generalización. «La peculiaridad del negocio inmobiliario aislado ajeno a actividades empresariales inmobiliarias, en que se realiza una oferta y contratación generalizada, excluye del ámbito de intervención en el área de la protección del consumidor a aquellas operaciones aisladas, no imputables al tráfico de una empresa inmobiliaria». **En definitiva, los particulares que ofrecen viviendas en arrendamiento no tienen la condición de empresarios, a los efectos que se pretenden en la consulta.***

2001 CONTRATOS. INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA. CLÁUSULAS ABUSIVAS. “NOTA DE ENCARGO”. VIVIENDA *El Servicio Territorial de Consumo de Valencia ha planteado ante el Instituto Nacional del Consumo, consulta relativa a la posible inclusión de una cláusula abusiva en las condiciones generales que integran el documento “Nota de encargo”, por el que los usuarios encomiendan a una empresa – (...)- la compra o venta de una vivienda. La tramitación de dicha consulta se realiza conforme al “Procedimiento para el establecimiento de interpretaciones normativas comunes en el ámbito de consumo”, adoptado por la 8ª Conferencia sectorial de Consumo, dado el alcance general del criterio que se establezca.*

El tenor literal de la cláusula a la que se reputa el carácter de abusiva es el siguiente “si el vendedor decidiera rescindir esta nota de encargo antes del plazo establecido o de sus prórrogas, le deberá abonar al Agente la cantidad de 350.000 Ptas. más el IVA, siempre que no se hubiera llegado a formalizar contrato de arras”, precisándose a continuación por la Administración consultante que en el supuesto de hecho hay que tener en cuenta “que el vendedor no había efectuado pago alguno a cuenta, por lo que no se podía hablar de retención propiamente dicha, sino de penalización a posteriori”. Como cuestión previa al análisis particularizado de la estipulación respecto de la cual se plantea su posible carácter abusivo, cabe señalar que para que

exista cláusula abusiva entre un **profesional y un consumidor** se exige que: No exista negociación individual de las cláusulas. Se produzca, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato. Las circunstancias concurrentes, en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa, lleven a tal apreciación. En cualquier caso se consideran abusivas, siempre que no exista negociación individual, las cláusulas contenidas en la lista de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. La declaración de nulidad por abusiva de una condición general corresponde, en principio, a los jueces (art. 10 bis, párr. 2º), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores de la propiedad (art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 10.6 de la LGDCU y 258.2 de la Ley Hipotecaria. La Administración podrá sancionar al profesional que persista en la utilización de las condiciones generales declaradas judicialmente nulas (art. 24 de la Ley de Condiciones Generales) o utilice cláusulas abusivas en los contratos (art. 34.9 de la LGDCU en la nueva redacción dada por la Disposición Adicional Primera, apdo. 5 de la Ley de Condiciones Generales. Entrando a considerar la cuestión planteada y de conformidad con lo informado por la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, en primer lugar, conviene fijar la **naturaleza del contrato de agencia inmobiliaria**, y así las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo y 21 de mayo de mayo de 1992 y 4 de julio de 1994 lo configuran como un **contrato de mediación o corretaje, que es un contrato innominado factio ut des, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero ha de servirle para ello de intermediario, a cambio de retribución; es decir, se trata de un contrato en el que predomina la función de gestión mediadora**. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.gr. Sentencias de 26 de marzo de 1991 y 5 de febrero de 1996) también ha fijado otras características de este contrato, y así ha señalado que el Agente no asume una obligación de medios, sino de resultado o fin determinado a alcanzar, de modo que si no se obtiene éste, el Agente no tiene derecho a retribución. Por último señalar que el encargo realizado al Agente puede tener carácter de exclusiva, pero la doctrina ha matizado que

*esta exclusiva se dirige a vedar la intervención de otros posibles Agentes mediadores. **En virtud de lo expuesto, y destacando que el Agente asume una obligación de resultado y sólo tiene derecho a retribución si se consigue el fin perseguido (la compra o venta), debe concluirse que la cláusula analizada es abusiva y puede incardinarse en varios números de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:***

3º hay una vinculación incondicionada del consumidor al contrato aún cuando el profesional no hubiere cumplido con sus obligaciones, e impone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor si no cumple sus obligaciones; 12º limita de forma inadecuada la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional; 14º limita los derechos del consumidor; 16º establece la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional; 18º se imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

2004 VIVIENDAS. INFORMACIÓN. EMPRESAS Y PROFESIONALES DE INTERMEDIACIÓN. *Consulta de la Dirección General de Salud Pública, Alimentación y Consumo de la Comunidad de Madrid sobre la posibilidad de aplicar el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, a las empresas de intermediación inmobiliaria, en lo relativo a la obligatoriedad de dar la totalidad de la información al consumidor que el Real Decreto requiere, y, en concreto, si dicha obligatoriedad alcanza a las viviendas de segunda mano. Con relación a las cuestiones que se plantean por la citada Comunidad Autónoma en torno a la consulta de referencia, cabe formular las siguientes consideraciones:*

*En primer término, es preciso destacar que el **Real Decreto de 21 de abril de 1989** está dirigido a desarrollar los preceptos de la **Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sobre la información que ha de ser suministrada al consumidor en la adquisición o arrendamiento de una vivienda**. El artículo decimotercero de la citada Ley dispone que “los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales”. En el número 2 de este mismo artículo se incluye una norma específica sobre la venta de viviendas en virtud de la cual “en el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará, además, al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas las instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo”. **Por tanto, la relevancia constitucional de la vivienda (artículo 47 de la Constitución) se traduce en la LCU en una mayor concreción del contenido del derecho a la información y de la obligación legal de suministrarla**. Es pues en este contexto normativo el que se ha de dar respuesta a las cuestiones planteadas en la consulta, ya que, como se afirmaba anteriormente, **el Real Decreto constituye un desarrollo del derecho a la información de los consumidores en lo concerniente a la compraventa y el arrendamiento de viviendas**.*

Según se señala en el artículo 1º.1 del Real Decreto 515/1989, sus normas son de aplicación a la “oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores conforme a los términos del artículo primero apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

Del contenido de este artículo se desprende que la norma es de aplicación a aquellos profesionales que realicen las actividades citadas en el mismo, es decir a la oferta, promoción o publicidad para la venta o arrendamiento de viviendas dirigidas a consumidores.

Por tanto, cabe subrayar que los distintos preceptos de la norma están pensando en el empresario que se dedica profesionalmente a la venta o el arrendamiento de viviendas.

En el caso de los agentes inmobiliarios, no parece haber lugar a dudas de que la actividad que estos profesionales desarrollan comprende la oferta, promoción y publicidad para la venta o arrendamiento de viviendas destinadas a consumidores.

En España, es claro que el ámbito inmobiliario ***a consumer who concludes a contract with a professional acting as intermediary for a private person may be more in need of protection than his contractual counterpart***, es decir, los contratos de esta clase en España, son considerados como de consumo y cuya normativa es de plena **APLICACIÓN EN CASO DE QUE INTERVENGA UN INTERMEDIARIO INMOBILIARIO.**

CONCLUSIONES

Para ser consumidor se ha de ser primero y necesariamente un comprador, esto es, la condición jurídica del vendedor, en el caso de intermediación inmobiliaria, es irrelevante. La segunda condición que determina si el comprador es un consumidor es el uso que dará al bien o servicio adquirido y que ha de ser, en su esencia más desnuda, para “*propio bien y disfrute*” como destinatario final que no integra, ni perfecciona, ni revende el bien o servicio

adquirido para transformarlo en otro de valor añadido. El inquilino arrienda un inmueble para su uso, a través de un intermediario que cobra por sus servicios.

Tras las premisas mencionadas nos centramos en la condición del comprador, que adquiere un bien o servicio a una persona física o jurídica que se vale de un intermediario y volvemos a insistir: la condición jurídica del vendedor es técnicamente irrelevante cuando se vale de un intermediario; es irrelevante incluso cuando la persona física vende “directamente” a otra persona física – repetimos, con un intermediario - porque al consumidor le hace primero su condición de comprador matizada en segundo lugar por la intención en su compra y destino que dará al bien o servicio adquirido.

La protección del consumidor se plantea dentro del mercado y frente a quienes producen y comercializan en él sus productos o servicios. Si un particular comercializa su vivienda a través de un intermediario inmobiliario, ya no estamos hablando de un contrato entre particulares, sino de un contrato de consumo.

Por lo tanto, concluimos que los contratos entre particulares cuando una de las partes recurre a un intermediario profesional para su celebración son contratos de consumo necesariamente y que, por lo tanto, la OPCIÓN nº 2 es la opción más deseable.