

LA NOCIÓ DE CONSUMIDOR I LA INCORPORACIÓ DE LES NORMES EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ AMB CONSUMIDORS AL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA¹

Lídia Arnau Raventós

*Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona*

1. PLANTEJAMENT

L'article 3f de la Llei 29/2002, de 30 de novembre, primera llei del Codi civil de Catalunya (CCCat), estableix que el llibre sisè del CCCat, «relatiu a les obligacions i els contractes», serà el que inclourà «la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors, aprovada pel Parlament». Aquesta disposició fa previsible la incorporació d'una definició de *consumidor* al mateix llibre sisè² i, en qualsevol cas, s'hi incorpori o no, fa necessari avaluar *qui* és considerat consumidor en el dret civil català. Només així podran detectar-se les normes que l'«afecten». Fora d'això, aquesta previsió té altres implicacions: especialment, s'hi declara legalment la naturalesa civil de les normes de dret privat en matèria de contractació amb consumidors, alhora que es pressuposa la competència legislativa autonòmica per a dictar-les.

1. Aquest treball s'ha realitzat en el marc del projecte de recerca 2005 SGR 00759, del Grup d'Estudi de Dret Civil Català (UB-UAB), l'investigador principal del qual és el professor doctor Ferran Badosa i Coll. D'altra banda, aquest treball es va tancar abans de sotmetre's a informació pública l'Avantprojecte de Codi de consum (vegeu l'edict de 28 d'abril de 2008, DOGC, núm. 5124, de 5 de maig de 2008, p. 35055). És per aquest motiu que no s'inclouen en el nostre treball referències a aquest text.

2. En proporcionava una l'art. 622-1, intitulat «Relació de consum», dels *Treballs preparatoris del llibre VI*, realitzats per l'Aleshores Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya i tancats en data 23 d'abril de 2004. S'hi deia: «Es considera consumidor la persona física o jurídica de qualsevol nacionalitat o residència que celebra un contracte fora de l'àmbit de la seva activitat professional o empresarial amb un proveïdor que sí que actua dins d'aquest àmbit o amb l'Administració pública.»

2. EL CONCEPTE DE *CONSUMIDOR* EN EL DRET CIVIL CATALÀ

Atès que el plantejament que es fa aquí obeeix al propòsit d'identificar el *consumidor* en l'àmbit contractual, les observacions que hi ha a continuació es limiten a aquest context.

2.1. EL CRITERI ECONÒMIC I EL CRITERI JURÍDIC

La legislació no sempre empra el mateix criteri a l'hora d'identificar el «consumidor». Fa ús d'un criteri econòmic quan aquesta qualificació es fa dependre de la destinació o l'ús que es vol donar a la prestació contractada (per exemple, un ús personal o familiar...) o del propòsit de la contractació (per exemple, fins aliens a l'activitat professional pròpia). Per contra, el criteri és merament jurídic quan es prescindeix d'aquesta intencionalitat i es qualifica de *consumidor* simplement aquell que contracta en determinades circumstàncies objectives (per exemple, aquell que adquireix un determinat producte a un professional). El criteri jurídic sobrepassa, lògicament, l'econòmic: abraça tot contractant, amb independència de la relació del negoci amb l'activitat professional pròpia o de l'àmbit en el qual es vol fer ús del producte. A l'empara del criteri econòmic, per contra, el client és o no consumidor (a més de *comprador*, *adquirent*...) segons quina sigui la finalitat que tinguin en contractar. Aquest criteri fa necessàriament més complexa la determinació de qui és consumidor, encara que només sigui perquè, a l'element objectiu representat pel simple fet de contractar, se n'hi sumen altres de subjectius d'acreditació més difícil o incerta (com es pot saber el propòsit o la destinació que vol donar el comprador al producte?; en aquest context, és totalment irrellevant la representació que el professional s'hagi fet sobre aquest extrem o, per contra, és precisament aquest el criteri determinant?;³ és suficient la sola intencionalitat o cal una aplicació efectiva del bé o el servei a

3. Vegeu E. MARTÍN, «¿Quién es consumidor?», *Anuario de Derecho Civil*, tom LIX, fasc. 1 (gener-març 2006), p. 235. El treball és un comentari a la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) de 20 de gener de 2005 (assumpte C-464/01). El TJCE interpreta els art. 13-15 del Conveni de Brussel·les, de 27 de setembre de 1968, relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil. D'acord amb el primer article, «[e]n materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada "consumidor", la competencia quedará determinada por la presente sección [...]: 1) cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías; 2) cuando se tratase de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculado a la financiación de la venta de tales bienes; 3) para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una pres-

la finalitat prevista?). A tot plegat, cal sumar-hi la complexitat inherent a la seva pròpia configuració: com s'ha de descriure l'element econòmic? Certament, no implica el mateix exigir *un determinat ús o propòsit* (així, el personal o familiar) que, contràriament, optar per una descripció negativa i exigir *que no se'n vulgui*

tación de servicios o un suministro de mercaderías, si: a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato [...].» En aquests supòsits, «[l]a acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del estado contratante en que estuviere domiciliado dicha parte o ante los tribunales del estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor». El TSJCE, a propòsit de la rellevància de la representació que el professional s'hagi fet de la finalitat de la contractació, declara: «Corresponde al órgano jurisdiccional que conoce el asunto decidir si el contrato de que se trata se celebró para satisfacer, en gran medida, necesidades vinculadas a la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional solamente tenía un papel insignificante. A tal efecto, dicho órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el conjunto de elementos fácticos pertinentes que se deriven objetivamente de los autos; en cambio, no es preciso tener en cuenta las circunstancias o los elementos que el co-contratante podía haber conocido al celebrarse el contrato, salvo que la persona que invoca su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales.» Això últim es desenvolupa en els paràgrafs 52 i 53: «[...] Así sucedería, por ejemplo, cuando un particular realizara un pedido, sin ninguna otra especificación, de objetos que pueden efectivamente servir para el ejercicio de su profesión, utilizara para ello papel con el membrete profesional, solicitara el envío de los bienes a su dirección profesional o mencionara la posibilidad de recuperar el impuesto sobre el valor añadido. En tal supuesto, las reglas específicas de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores establecidas en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas no serían aplicables aun cuando el contrato no persiguiera por sí mismo un fin en gran medida profesional, puesto que debe considerarse que el particular renunció a la protección prevista por dichos artículos, habida cuenta de la impresión que dio a su contratante de buena fe [...]». D'aquest pronunciament es dedueix que, en aquest àmbit processal, és la finalitat del client la que determina la seva qualificació com a consumidor i que aquesta regla té només una excepció: així, el client no serà considerat consumidor malgrat el propòsit personal o familiar quan, conscientment o negligentment, s'hagi comportat com a professional (vegeu, sobre aquest particular, L. LANDY, «Le consommateur européen», a F. OSMAN [dir.], *Vers un Code Européen de la Consommation*, Brussel·les, Bruylant, 1998, p. 65). Aquest plantejament dona peu a anticipar que probablement la conclusió hagi de ser ben diferent quan la noció de *consumidor* s'incorpori a una norma comunitària de dret material. La raó serà que, en aquesta, la imperativitat de les normes en matèria de protecció del consumidor (i el caràcter irrenunciable dels drets que s'atorguen a aquest) no farà possible, o eficaç, aquella renúncia que sí que està permesa en el context del dret processal. El mateix autor reprèn la qüestió a propòsit de l'art. 1:201 dels Acquis Principles (vegeu ACQUIS GROUP, *Principles of the existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms*, Munic, Sellier, 2007, p. 29). Vegeu, també, J. HERRE, E. HONDIUS i G. ALPA, «The notions of consumer and professional and some related questions» [en línia] <http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm> [consulta: 18 desembre 2007]. El plantejament que s'hi fa és el següent: «A complicated question

fer un ús determinat o que no es contracti amb un propòsit determinat (per exemple, un ús o propòsit professional). A l'empara d'això últim, també és consumidor aquell que adquireix amb un propòsit aliè a la seva activitat econòmi-

is whether the consumer definition contains or should contain a requirement that the purpose of the consumer with the transaction or act. —either personal or outside business, etc.— should be apparent for the professional as a requirement for the consumer protection rules to apply or if it is enough that the consumer had such a purpose with the transaction regardless of the knowledge of the professional. In the other words, is there a consumer transaction when the professional did not know nor should have known that he contracted with a consumer and therefore that the protective rules were applicable. Example: Arthur wishes to buy a birthday present for Laura, his girlfriend. He goes to a shop for professionals without indicating to the sales attendant that neither Laura nor he is a professional. Do the rules on consumer sales apply? [...] A choice has to be made between the two approaches. The approach making the applicability dependent upon the knowledge of the professional has the advantage of giving the professional a chance to make a risk analysis before deciding upon the price and before the conclusion of the contract. On the other hand, the other approach has the advantage of protecting the consumer —presumably not knowing about the rules— as soon as his or her purpose with the transaction or act is outside his or hers business, trade or profession [...].»

En l'àmbit del dret material uniforme, la representació que el professional es pugui fer de l'ús per al qual s'adquireixen les mercaderies es reflecteix en l'art. 2 del Conveni de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies (en endavant, CISG). La manca de coneixement de l'ús «personal, familiar o domèstic» que el comprador vol fer de les mercaderies farà aplicable el Conveni malgrat la condició de «consumidor» del comprador. S'hi diu: «La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) De mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.» Vegeu, sobre aquesta exclusió, J. CAFEARENA LAPORTA, «Comentario al art. 2», a L. Díez PICAZO (dir. i coord.), *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1997, p. 60-63; T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La compraventa internacional de mercaderías: Una visión jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 60-61; A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada, Comares, 2004, p. 296-297.

Per la seva banda, els Principis UNIDROIT sobre els contractes comercials internacionals, inspirats en el CISG, també exclouen la contractació de consum o amb consumidors. Però aquesta exclusió es fa per la via de declarar els principis aplicables, només, «a los contratos mercantiles internacionales», sense precisar què s'entén per *relació de consum* i, més enllà, quin paper té, en aquest àmbit, el coneixement que el professional pugui tenir del propòsit de la contractació. Vegeu el comentari al preàmbul a *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, International Institute for the Unification of Private Law, 2004, p. 2: «The restriction to “commercial” contracts is in no way intended to take over the distinction traditionally made in some legal systems between “civil” and “commercial” parties and/or transactions, i. e., to make the application of the Principles dependent on whether the parties have the formal status of “merchants” (*commerçants, kaufleute*) and/or the transaction is commercial in nature. The idea is rather that of

ca professional però sense la intenció d'aplicar el producte a un ús personal o familiar.⁴ Aquesta qualificació, en canvi, no és possible si l'escollida és la descripció positiva.

2.2. EL CRITERI ECONÒMIC EN L'ARTICLE 1.2 DE LA LLEI 3/1993, DE 5 DE MARÇ, DE L'ESTATUT DEL CONSUMIDOR

L'article 1.2 de la Llei 3/1993, de 5 de març, de l'Estatut del consumidor,⁵ encara defineix el consumidor en termes de destinatari final.⁶ Ho continua fent malgrat la ja alertada manca de conformitat d'aquesta definició amb el concepte comunitari de *consumidor*⁷ i una vegada derogat el concepte previst en els apartats 2 i 3 de l'article 1 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa

excluding from the scope of the Principles so-called "consumer transactions" which are within the various legal systems being increasingly subjected to special rules, mostly of a mandatory character, aimed at protecting the consumer, i. e., a party who enters into the contract otherwise than in the course of its trade or profession. *The criteria adopted at both national and international level also vary with respect to the distinction between consumer and non-consumer contracts. The Principles do not provide any express definition, but the assumption is that the concept of "commercial" contracts should be understood in the broadest possible sense, so as to include not only trade transactions for the supply or exchange of goods or services, but also other types of economic transactions, such as investment and/or concession agreements, contracts for professional services, etc.*» (La cursiva és meua.)

4. Hi fan referència, també, J. HERRE, E. HONDIUS i G. ALPA, «The notions», p. 4: «There are, in principle, two ways of describing the purpose of a natural person's act. The purpose could either be that the natural person acts for personal, family or household use (i.e. a positive description) or that he acts for purposes which are outside his trade, business or profession (i.e. a negative description). Both models have been used in national legislation and international conventions. In most cases both ways of describing the purpose will lead to the same result. However, in some cases the different descriptions will lead to different results. An example is when the natural person concludes a contract of sale in his own name and where the purpose is that the good should be used by a non-profit organization of which the person is a member. In this case the purpose is outside the buyer's trade, business or profession, but the transaction has not been made for personal, family or household use. The person would therefore be protected when applying the negative description, but not when applying the positive description.»

5. En endavant, EC.

6. Quant a la possibilitat de conceptes autonòmics de *consumidor*, vegeu la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 15/1989, de 26 de gener (fonament jurídic [FJ] 1.2).

7. Aquesta qüestió es desenvolupa més endavant. Vegeu, però, J. MARCO MOLINA, «La incorporación de directivas en materia de derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las comunidades autónomas)», *La Notaria*, núm. 11-12 (novembre-desembre 2001), p. 38.

de consumidors i usuaris, en el qual, sens dubte, va inspirar-se el legislador català.⁸ D'acord amb l'article 1.2 de l'Estatut del consumidor (EC), «[a] efectes de la present llei, es consideren consumidors les persones físiques o jurídiques de qualsevol nacionalitat o residència que, com a destinataris finals, adquireixen, uti-

8. Aquest precepte estableix: «2. A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios o actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.» Aquesta definició ha estat derogada pel Reial decret llei (RDL) 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aproven el text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris (LGDCU) i altres lleis complementàries (aquest text es va dictar a l'empara de la disposició final [DF] cinquena de la Llei 44/2006, de 29 de desembre, de millora de la protecció dels consumidors i usuaris, per bé que la DF quarta de la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de garanties en la venda de béns de consum, ja encomanava al Govern la feina de refosa). La nova definició, adreçada a «aproximar la legislació nacional en matèria de protecció de los consumidores y usuarios a la legislació comunitaria, también en la terminología utilizada» (exposició de motius [EM], ap. III, par. 1), la proporciona l'art. 3, on es diu: «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.» Cal fer notar que la reserva prevista a propòsit dels llibres III i IV és del tot encertada. En primer lloc, perquè, en matèria de responsabilitat civil per béns o serveis defectuosos, el dret a ser indemnitzat es reconeix a «todo perjudicado» (art. 128), amb independència que mereixi, al mateix temps, la qualificació de *consumidor* (així ho reconeixia expressament l'EM, par. 5, de la Llei 22/1995, de 6 de juliol, de transposició de la Directiva 85/374, de 25 de juliol, d'aproximació de les disposicions dels estats membres de la Unió Europea en matèria de responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos). L'art. 129.1 ho confirma, tal vegada que permet demanar una indemnització per tots els danys personals independentment de la condició, professional o no, del perjudicat (arribava a la mateixa conclusió, per bé que a l'empara de l'art. 10.1 de la Llei 22/1995, J. MARCO MOLINA, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos: Fundamentos y aplicación*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 94, 104 i 105). En segon lloc, perquè, a propòsit del contracte de viatge combinat (art. 150 i seg.), la condició de «consumidor» deixa també d'atendre els paràmetres previstos en l'art. 3 i només depèn de la posició jurídica contractual. En aquest sentit i d'acord amb l'art. 151.1g, «[a] los efectos de este libro se entenderá por: [...] g) “Consumidor o usuario”: cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario.» És indiferent, doncs, que la contractació del servei obeeixi o no a motius professionals. Per contra, ja no té tanta explicació (i fins i tot fa pensar que el legislador estatal no és del tot conscient de les implicacions del nou concepte de *consumidor* que estableix) l'afirmació, del tot errònia, que es fa a l'EM del RDL 1/2007 a propòsit d'aquesta estrenada definició. S'hi afirma: «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.» Això no és cert. Un dels principals avantatges de la nova definició és precisament que permet considerar «con-

litzen o gaudeixen, dins del territori de Catalunya, de béns i serveis pel seu consum o ús particular, familiar o col·lectiu, sempre que el proveïdor tingui caràcter empresarial o professional o sigui la mateixa administració pública».

De la norma, destaca la seva eficàcia territorial. El punt de connexió amb el territori és doble, sia perquè «dins del territori de Catalunya» s'han adquirit els béns o contractat els serveis, sia perquè s'hi utilitzen o s'hi gaudeixen.

La definició de *consumidor* es presenta com a específica per raó del seu àmbit legal d'aplicació (que es contreu a «la present llei»).^{9,10} Es tracta, a més, d'una definició que inclou tant l'anomenat *consumidor jurídic* com el consumidor material. El primer és aquell que, a propòsit dels «béns i serveis», actua jurídicament *adquirint-los* o contractant-los; el segon és aquell que senzillament en fa ús, els utilitza o els gaudeix encara que no hagi estat ell qui els ha adquirit.^{11,12} A més, la condició de «consumidor» es predica de persones físiques i també de persones jurídiques.¹³ Es fa dependre, però, de la concurrència de circumstàn-

sumidor» aquell que, al marge de la seva activitat professional, torna a introduir el producte al mercat. No ho serà, doncs, el *destinatari final*, però ho serà si contracta «en un àmbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Finalment, acaba confirmant que el legislador estatal continua pensant en termes de «destinatari final» la Llei 43/2007, de 13 de desembre, de protecció dels consumidors en la contractació de béns amb oferta de restitució del preu. La definició de «consumidores o usuarios» prevista en l'art. 1.3 és exactament la mateixa que apareixia en els apartats 2 i 3 de l'article 1 de la derogada Llei 26/1984. La dada és significativa perquè es tracta d'una llei posterior al RDL 1/2007.

9. Quant a la seva possible aplicació a fi d'interpretar l'abast d'altres disposicions en matèria de consum, vegeu I. BARRAL VIÑALS, «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 7 (2007), p. 82.

10. El mateix passava en els apartats 2 i 3 de l'article 1 LGDCU. Ara, l'art. 3 RDL 1/2007 facilita un concepte «general» de *consumidor*, que també s'autolimita en el seu àmbit legal d'aplicació («A efectos de esta norma [...]»). La legislació sectorial, però, ja l'havia anticipat per a determinats àmbits (vegeu, per exemple, l'art. 1.2 de la Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum, i l'art. 5 de la Llei 22/2007, d'11 de juliol, de comercialització a distància de serveis financers amb consumidors).

11. Pensem, per exemple, en qui rep un regal o en qui utilitza un bé aliè.

12. Quant a aquesta distinció, vegeu A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios», a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO i A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 115. En el marc del RDL 1/2007 i a propòsit de la nova definició de *consumidor*, cal simplement fer notar que la referència, sense més, a una «actuació» («[...] son consumidores o usuarios las personas [...] que actúan en un ámbito [...]»), permet entendre-hi incloses tant l'actuació jurídica com la material. És cert, però, que es tracta d'una definició inspirada en diferents directives comunitàries en matèria de *contractació* amb consumidors (vegeu *infra* la nota 27).

13. L'elaboració d'un concepte *ad hoc* de *consumidor*, la referència al consumidor jurídic i al material i la inclusió de les persones jurídiques, apareixen també en l'art. 2 de la Llei de 28 de desembre de 1984, de l'Estatut gallec del consumidor i usuari; en l'art. 3 de la Llei 2/1987, de 9 d'abril,

cies addicionals que reserven aquella qualitat, només, a qui contracta o gaudeix dels béns «com a destinatari final» «pel seu consum o ús particular, familiar o col·lectiu» i en la mesura que «el proveïdor tingui caràcter empresarial o professional o sigui la mateixa administració pública».

2.2.1. *La condició del proveïdor*

En l'article 1.2 EC, la qualitat de «consumidor» no només depèn de les circumstàncies d'aquell de qui es demana aquesta qualificació (així, que sigui «destinatari final»), sinó també de les de l'altre contractant. Se'n demana el caràcter empresarial o professional.¹⁴ En el cas de prestació de serveis o oferta de béns

de l'Estatut de consumidors i usuaris de la Comunitat Valenciana; en l'art. 2 de la Llei 4/1996, de 14 de juny, de l'Assemblea de Múrcia, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la regió de Múrcia; en l'art. 2 de la Llei 1/1998, de 10 de març, del Parlament de les Illes Balears, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears; en l'art. 2 de la Llei 11/1998, de 9 de juliol, de l'Assemblea de Madrid, de protecció dels consumidors de la Comunitat de Madrid; en l'art. 2 de la Llei 6/2001, de 24 de maig, de l'Assemblea d'Extremadura, de l'Estatut dels consumidors d'Extremadura; en l'art. 3 de la Llei 6/2003, de 22 de desembre, del Parlament del País Basc, de l'Estatut de les persones consumidoras i usuàries; en l'art. 2 de la Llei 11/2005, de 15 de desembre, del Parlament de Castella-la Manxa, de l'Estatut del consumidor, i en l'art. 2 de la Llei 1/2006, de 7 de març, del Parlament de Cantàbria, de defensa dels consumidors i usuaris.

La idea de *consumidor* com a «client potencial» o com la persona a qui simplement s'ofereixen els béns (amb independència de la seva adquisició o el seu ús) es reflecteix en l'art. 2 de la Llei 11/1998, de 5 de desembre, del Parlament de Castella i Lleó, per a la defensa dels consumidors i usuaris de Castella i Lleó («[a] los efectos de esta Ley, se entiende por consumidor o usuario toda persona física o jurídica a la que se ofertan bienes o servicios, o los adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza pública o privada [...]»). També ho fan els art. 2 de la Llei 3/2003, de 12 de febrer, del Parlament de les Illes Canàries, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la Comunitat Autònoma de Canàries, i de la Llei 7/2006, de 20 de juliol, del Parlament de Navarra, de defensa dels consumidors i usuaris.

Per la seva banda, la definició que proporcionen els art. 3 de la Llei 13/2003, de 17 de desembre, del Parlament d'Andalusia, de defensa i protecció dels consumidors i usuaris d'Andalusia, i de la Llei 16/2006, de 28 de desembre, del Parlament d'Aragó, de protecció i defensa dels consumidors i usuaris d'Aragó, destaca perquè preveu l'extensió de la qualificació de *consumidor* o *usuario* a les entitats sense personalitat jurídica.

14. En l'art. 1.2 LGDCU, aquesta exigència no hi era explícita («[...] cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden [...]»), però es deduïa del fet que, en un altre cas (contractació entre particulars), no hauria tingut sentit la protecció especial d'un dels contractants (vegeu, exigint aquell caràcter professional, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación», p. 134 i 135, i J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 166 i 167).

per una administració pública, la relació juridicocontractual només serà privada en cas d'actuació per mitjà d'una empresa pública o concessionària. En cas de prestació directa, la relació serà de dret públic.^{15,16}

2.2.2. *Un adquirent o usuari qualificat: del «destinatari final» «pel seu consum o ús particular, familiar o col·lectiu» a l'actuació amb fins aliens a l'activitat empresarial o professional pròpia*

L'article 1.2 EC incorpora dues exigències: la primera, actuar «com a destinatari final», admet dues interpretacions. Segons la primera interpretació, que prescindeix de tota idea de mercat, és destinatari final tot aquell que adquireix o contracta sense cap ànim de retransmissió. D'acord amb la segona interpretació, la condició de destinatari final està necessàriament associada amb la idea de mercat. Permet reconduir cap a la noció de *consumidor* els qui, tot i tornar a transmetre, ho fan al marge d'aquell (i així, per exemple, també ho és qui adquireix un producte o contracta un servei per a *regalar-lo*). Una i altra interpretacions difereixen, doncs, a l'hora de determinar l'àmbit dels destinataris «medials» exclosos de la noció de *consumidor*: segons la primera, en queden fora *tots*; d'acord amb la segona, *només* aquells que ho fan en el marc d'una activitat econòmica desenvolupada en el mercat.¹⁷ Cal fer notar que, en si mateix, aquest

15. L'art. 4b de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, exclou de l'àmbit d'aplicació de la Llei «las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general». No es tracta d'un contracte administratiu, ni tampoc d'un contracte privat. És una relació estatutària o subjecta a l'ordenança del servei públic de què es tracti (vegeu, sobre la qüestió, J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 213, i A. CARRASCO PERERA [dir.], *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, p. 400).

16. Vegeu l'art. 2.2 de la Llei 11/1998, de 9 de juliol, de protecció dels consumidors de la Comunitat de Madrid («[...] sólo será considerado proveedor la Administración pública cuando preste un servicio o suministre un producto o bien en régimen de derecho privado [...]»); i, en el mateix sentit, l'art. 2.1 de la Llei foral 7/2006, de 20 de juny, de defensa dels consumidors i usuaris, i l'art. 2.2 de la Llei 1/1998, de 19 de març, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears («[...] será considerada proveedora la Administración pública cuando preste un servicio o suministre un bien respecto del cual se exige un precio»).

17. Prenem l'expressió «destinatari medial» de F. BADOSA COLL, «La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al derecho español», a F. BADOSA COLL i E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*, València, Tirant lo Blanc, 2006, p. 310. La menció es fa respecte al «consumidor *inter-medio y final*» en l'art. 10.1b de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència. També apareix en els art. 5.10, 9.1 i 11 del Reglament núm. 802/2004, de la Comissió, de 7 d'abril de 2004, pel qual s'aplica el Reglament 139/2004, del Consell, sobre el control de les concentracions entre empreses (vegeu l'art. 2.1b d'aquest darrer).

segon criteri pot configurar-se de manera més o menys rígida. I això, perquè la reintroducció al mercat pot presentar també diferents intensitats: des d'oferir de nou el mateix producte, inalterat, fins a incorporar el seu valor d'ús a nous productes. Fa això primer, per exemple, qui compra vehicles per a revendre'ls. És un exponent del segon la maquinària emprada en el procés de producció, i és un cas intermedi el dels materials o béns que s'adquireixen per tal de manipular-los o transformar-los en un producte nou.

Malgrat que l'EC no ho explicita, sembla del tot raonable optar per una interpretació restrictiva que giri al voltant de la idea de mercat.^{18,19} No tot propòsit de retransmissió sembla suficient per a privar l'adquirent de la condició de consumidor. Ha de tractar-se d'un propòsit qualificat per la reintroducció al mercat. Aquesta primera delimitació permet introduir una primera distinció entre l'adquirent final i el destinatari final d'un producte. Així, qui adquireix un producte per a obsequiar algú altre no n'és, certament, l'adquirent final (atès que adquireix precisament per a retransmetre), per bé que, jurídicament i en el context de l'article 1.2 EC, rep la consideració de «destinatari final». Ara bé, succeeix que aquesta primera delimitació topa, a l'EC, amb un inconvenient i planteja també més d'un interrogant.

L'inconvenient deriva de la segona exigència de l'article 1.2 EC: cal que el «destinatari final» contracti el producte o servei «per al seu consum o ús particu-

18. Per contra, la idea de *mercado* s'exposa de manera expressa en l'article 2.2 *in fine* de la Llei 1/2006, de 7 de març, del Parlament de Cantàbria, de defensa de consumidors i usuaris.

19. Vegeu, per al dret català, G. FREIXAS I GUTIÉRREZ, «Abast de les competències de la Generalitat de Catalunya en matèria de protecció als consumidors», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur del dret patrimonial de Catalunya: Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, València, Tirant lo Blanc, 2000, p. 22, i I. BARRAL VIÑALS, «Del consumidor destinatari final», p. 78.

Havia manifestat la mateixa opinió, a propòsit dels apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación», p. 124 («[...] las transmisiones o cesiones ajenas al mercado no inciden en la consideración como destinatario final de los bienes o servicios. Por consiguiente, no sólo las transmisiones o cesiones en el ámbito familiar o doméstico, sino todas aquellas que sean ajenas a una actividad económica dentro del mercado, no impedirán que se considere al adquirente que las hizo como destinatario final y, por tanto, como consumidor o usuario. Es, pues, consumidor no sólo quien adquiere los bienes o servicios para su uso personal, familiar o doméstico, sino también quien realiza esa adquisición para hacer un uso de los bienes o servicios ajeno al mercado de los mismos. No cabe duda que habrá de ser considerado como consumidor, por ejemplo, quien adquiere un bien para regalarlo, aunque el regalo no sea a un familiar [...]») (vegeu, sobre la qüestió, J. MARCO MOLINA, «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674 [2002], p. 2289).

lar, familiar o col·lectiu».²⁰ Aquest element positiu representat per un *determinat ús* encalla la qualificació com a consumidor d'aquell que adquireix però per a retransmetre fora del mercat. Certament, seria «destinatari final» del producte, però no l'hauria adquirit per al *seu* consum particular o familiar, sinó per a un ús *aliè* a aquests àmbits.²¹ En aquest context, la referència que fa la norma a l'«ús col·lectiu» permet superar l'obstacle. I, això, perquè permet estendre la qualificació de *consumidor* a qui adquireix sense voluntat de retransmetre dins del mercat, però amb ànim de fer-ho *fora i a favor d'una col·lectivitat*.²² I succeeix que, si s'admet aquesta possibilitat, s'ha d'admetre també la de la cessió a favor de només una persona o, si escau, de diverses que no formin un grup.

A part d'això, l'article 1.2 EC exclou de la noció de *consumidor* tot aquell que, en el mercat, actua com a destinatari medial. En aquest context, no esdevé

20. El precepte suggereix una qüestió de caràcter general, que aquí només es vol deixar apuntada: la relativa a allò que hom podria anomenar *finalitats jurídicament rellevants*. Es tractaria de propòsits, finalitats o intencions que esdevenen índexs de tipificació o elements determinants d'un règim jurídic particular. Així, per exemple, només el destinatari final que contracta per a un «ús particular, familiar o col·lectiu» rebra la qualificació de *consumidor*; si el comprador adquireix «con ánimo de lucrarse en la reventa», el contracte serà de compravenda mercantil; si un dels cònjuges contracta «per atendre necessitats familiars ordinàries», se li aplicarà el règim previst en l'art. 3.2 del Codi de família (CF)...

21. És precisament per aquest motiu que en la definició de *consumidor* prevista en l'art. 2.1 de la Llei 1/2006, de 7 de març, del Parlament de Cantàbria, de defensa dels consumidors i usuaris, no s'exigeix un *determinat ús*. Vegeu-ne el preàmbul, ap. II, par. 2: «[...] Se suprime la referencia, presente en la Ley anterior, al necesario uso particular o colectivo que el consumidor ha de hacer de los bienes o servicios que adquiere, pero introduciendo simultáneamente la exigencia de que la utilización sea ajena a cualquier actividad comercial o profesional. De esta forma se sustituye un límite positivo —el necesario uso doméstico— por uno negativo —la ausencia de utilización profesional—, lo que facilita y aclara la interpretación del precepto haciendo que ni siquiera sea cuestionable que, v. gr., una persona que adquiera un bien con la finalidad de regalarlo posteriormente se encuentre efectivamente protegida por la nueva Ley [...]». Segons l'article esmentat, «[a] los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria como destinatarios finales y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional. 2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren principalmente los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo.»

22. Pensem, per exemple, en qui compra una cafetera per a cedir-la als membres del grup teatral *amateur* amb el qual col·labora. T. BOURGOIGNIE, *Elementos para una teoría del derecho de consumo*, Vitòria, Gobierno Vasco, 1994, p. 37 («Utilizar un bien o un servicio a título privado no significa necesariamente que dicho bien o servicio se encuentre reservado al uso personal del adquirente. Pueden haber sido adquiridos por un individuo con vistas a un uso colectivo: un miembro de la familia, el responsable de un grupo, el miembro de una congregación que realiza compras para la colectividad, todos ellos actúan como consumidores»).

una dada rellevant el caràcter professional o no de l'activitat de reincorporació. No és consumidor ni l'intermediari especialista ni el que no ho és. A més, si això és així, es fa sobrer tot esforç per a distingir, quant al no-professional, entre qui, tot i que actua al marge de la pròpia activitat professional, reincorpora productes al mercat habitualment i qui ho fa amb caràcter esporàdic.²³ Atès que no es preveu cap excepció, la condició de «destinatari final» es contraposa *sempre* a la de «destinatari medial», la qual inclou el destinatari medial esporàdic i no especialista.²⁴

En aquest punt, la noció catalana de *consumidor* no s'adiu amb la noció comunitària, que prescindeix d'aquella reintroducció i es fixa, només, en el propòsit de la contractació.^{25, 26, 27} En el dret comunitari, doncs, també és consumi-

23. Pensem ara en el carnisser que compra un pis per a cedir-lo en lloguer. Serà un destinatari medial no especialista, perquè la reintroducció del bé al mercat no es fa com a activitat professional. I, atesa la condició de no-professional de l'arrendador, l'arrendatari tampoc no serà considerat consumidor (vegeu, amb un exemple similar, J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 153, nota 156).

24. Quant als apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU, la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Terol de 31 d'octubre de 2002 (AC 2002/1508) exigeix que la reintroducció del producte adquirit en processos de producció, distribució o comercialització a tercers es faci en el marc d'una activitat professional. D'acord amb aquesta resolució, és també consumidor el destinatari medial no professional.

25. Aquesta no-conformitat amb el dret comunitari ja s'havia posat en relleu a propòsit dels apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU, que també feia ús de la noció de *destinatari final* (entre altres, vegeu A. CARRASCO PERERA (dir.), *El derecho de consumo*, p. 24 i 399). És per això que, ja abans de la seva derogació expressa pel RDL 1/2007, la doctrina s'havia atrevit a declarar-ne la derogació tàcita (vegeu J. MARCO MOLINA, «La garantía legal», p. 2292).

Fora d'això, la voluntat de, com a mínim, no excloure de la noció de *consumidor* qui reintrodueix el producte al mercat però ho fa només esporàdicament, es reflecteix en la Llei 1/2006, de 7 de març, del Parlament de Cantàbria, de defensa dels consumidors i usuaris, que s'anticipa en el preàmbul (ap. II, par. 2: «[...] Además, se ha puesto especial cuidado en introducir el adverbio “generalmente” para extender la protección legal a aquellos consumidores que realizan una operación en el mercado con carácter esporádico o eventual. No por ello dejan de ser merecedores de la protección legal, ya que su nivel de diligencia sigue siendo el de un buen padre de familia y no el de un ordenado empresario, manteniendo por tanto una situación de debilidad en relación con aquel que les hubiera facilitado el bien.»). Succeeix, però, que la tècnica legal emprada no sembla gaire acurada, atès que persisteix en la idea de *destinatari final* («[...] son consumidores y usuarios las personas [...] que adquieren [...] como destinatarios finales y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional»).

26. Marco Molina defensa que l'«ús col·lectiu» de què parla l'art. 1.2 EC permet incloure l'anomenat *destinatari medial no especialista*: «Es más amplia [tot referint-se a la definició prevista en aquella norma] porque prescinde de la restricción contenida en el art. 1.3 de la LGDCU, que excluye de la noción a quienes “sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de [...]”. Pese a haberse inspirado en la ley estatal, la definición de la noción en el art. 1.2 EC, además de omitir la expuesta restricción, incluye en el concepto a quienes adquieran o utilicen los bienes, no sólo para su consumo o uso particular o familiar, sino a quienes lo hacen para un uso colectivo [...] Esta inclusión permite que [...] sea considerado

dor l'intermediari no professional.²⁸ Aquesta observació és especialment rellevant, atès que el nivell de protecció que ofereix el dret comunitari és, ara per

también consumidor quien, aún poniendo el bien a disposición de terceros, lo hace sin ánimo de lucro o bien lucrativamente, pero con carácter ocasional, en ejecución de una actividad diversa de la que habitualmente le sirve de medio de vida.» Vegeu J. MARCO MOLINA, «La incorporación de directivas», p. 138, nota 106). Barral Viñals (a I. BARRAL VIÑALS, «Del consumidor destinatari final», p. 82) es limita a afirmar, sense desenvolupar-ho, que «la menció a l'ús col·lectiu permet posar sota l'òptica del dret de consum situacions que quedarien fora de l'abast d'aquest segons el concepte estricte de consumidor destinatari final de l'art. 1 LGDCU».

27. Ara per ara, aquest és el concepte que hom pot extreure de les diferents directives comunitàries en matèria de contractació amb consumidors (vegeu, però, quant a la seva revisió, *infra* l'ap. 3). L'art. 2 de la Directiva 1985/577, de 20 de desembre, relativa a la protecció dels consumidors en el cas de contractes celebrats fora dels establiments mercantils, exigeix actuar «para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional». Es demana que aquesta actuació obeeixi a «un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión» en l'art. 2b de la Directiva 1993/13, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors; en l'art. 2.2 de la Directiva 1997/7, del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància; en l'art. 2e de la Directiva 2000/31, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior; en l'art. 2d de la Directiva 2002/65, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre, relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, i en l'art. 2 de la Directiva 2005/29, del Parlament i del Consell, d'11 de maig de 2005, sobre pràctiques comercials deslleials. Parla d'una actuació «con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión» l'art. 2a de la Directiva 1987/102, del Consell, de 22 de desembre de 1986, relativa a l'aproximació de les disposicions legals i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum (essencialment, la mateixa definició apareix en l'art. 3a de la Proposta modificada de directiva, del Parlament Europeu i del Consell, relativa a l'harmonització de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de contractes de crèdit al consum als consumidors [COM (2005) 483 final]). L'art. 1.2a de la Directiva 1999/44, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum, demana actuar «con fines que no entran en el marco de su actividad profesional». D'acord amb l'art. 2 de la Directiva 1994/47, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre de 1994, relativa a la protecció dels adquirents en allò relatiu a determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit, és «“adquirente”: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato» (a la Proposta de directiva, del Parlament Europeu i del Consell, relativa a la protecció dels consumidors respecte a determinats aspectes de l'aprofitament per torns de béns d'ús turístic, els productes de vacances de llarga durada, la revenda i l'intercanvi, es preveu substituir el terme *adquirent* pel de *consumidor*, que es defineix en l'art. 2.1f com «toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales, empresariales, ocupacionales y profesionales»; vegeu COM [2007] 303 final).

28. Vegeu, però, M. EBERS, «Consumer», a RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the existing EC contract law (Acquis Principles)*, Munic, Sellier,

ara,²⁹ un nivell de «mínims». Això vol dir que les mesures de protecció que s'hi preveuen (i, amb més raó, el seu àmbit *subjectiu d'aplicació*) es poden intensificar (o, pel que fa als subjectes, es pot ampliar l'àmbit dels protegits), però en cap cas poden quedar per sota. És des d'aquesta perspectiva, i pensant en la transposició de directives comunitàries pel legislador català,³⁰ que no seria correcte ni remetre's directament a la definició que proporciona l'EC, ni establir una definició nova (preferentment al llibre sisè del CCCat) que persistís en la idea de *destinatari final*. Legislar conforme al dret comunitari obliga, a hores d'ara, a prescindir de la reintroducció del producte al mercat. I, de fet, atès que en aquest nou context l'element determinant és només la finalitat de la contractació, aquesta definició hauria de permetre tant la qualificació com a consumidor de qui contracta amb un propòsit aliè a l'activitat professional pròpia però reincorpora el producte al mercat, com la negociació a qui contracta sense aquella vo-

2007, p. 28 («However, if the purpose of e. g. a sales contract is to immediately resell the goods, the buyer cannot be regarded as consumer if he acts on a more regular basis, e. g. if he carries out several such transactions during a relatively short period of time»), que nega la qualificació de *consumidor* a aquell que, tot i que actua al marge de la seva professió, adquireix habitualment productes per a reincorporar-los al mercat.

29. Vegeu, però, el *Libro verde sobre la revisión del *acquis* en materia de consumo* (Diario Oficial [DO] C 61, de 15 de març de 2007; com a antecedent, pot citar-se la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell «Derecho contractual europeo y revisión del *acquis*: perspectivas de futuro» [COM (2004) 651 final, ap. 2.1.1]). El text suggereix la possibilitat de revisar el grau d'harmonització de les legislacions nacionals que pretén assolir-se. A tall d'alternatives al grau *mínim* (i internament intensificable) de protecció (que és el vigent avui), s'esmenten l'opció d'imposar un grau *màxim* (i internament *no* intensificable) i dues altres estratègies intermèdies, la primera de les quals seria combinar l'harmonització mínima amb una clàusula de reconeixement mutu. Això, per als estats, implicaria poder intensificar el nivell de protecció previst a les directives, però en cap cas implicaria poder imposar-lo a empreses establertes en un altre estat membre. La segona estratègia intermèdia seria combinar el grau mínim d'harmonització amb l'opció escollida per l'estat d'origen. Aquest mecanisme implicaria que els estats podrien establir mesures més favorables al consumidor que les previstes en l'àmbit comunitari, però a les empreses establertes en un altre estat membre només se'ls podria exigir els requisits establerts en la seva legislació nacional (vegeu *Libro verde*, apartat 4.5).

30. Quant a la possibilitat d'incorporar directives comunitàries pels legisladors autònoms en l'àmbit de les seves competències, vegeu S. ESPIAU ESPIAU, «La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14 (2000), p. 63 i seg.; S. ESPIAU ESPIAU, «Unification of the European Law of Obligations and Codification of Catalan Civil Law», a H. MACQUEEN, A. VAQUER i S. ESPIAU ESPIAU (ed.), *Regional private law and codification in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 172 i seg., i a *European Review of Private Law*, núm. 5 (2003), p. 677; L. Díez PICAZO, «La transposición de directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las comunidades autónomas», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur del dret patrimonial*, p. 41 i seg., i J. MARCO MOLINA, «La incorporación de directivas», p. 15.

luntat de retransmissió però per una raó o un motiu professional. S'amplia així, necessàriament, l'àmbit dels subjectes qualificables com a consumidors? Sens dubte que sí pel que fa als intermediaris no especialistes. Però la qüestió no és tan clara quan es tracta de valorar la possible qualificació com a «consumidor», del professional que adquireix o contracta com a tal. Vegem-ho.

Guiada per l'article 1.3 LGCDU, la jurisprudència ha estat fent una interpretació molt àmplia de la idea d'*integració* en processos de producció, transformació o comercialització a fi de negar la condició de «consumidor» a tots aquells que adquireixen per raons professionals o empresarials. I és que, segons aquesta jurisprudència, aquesta integració pot ser directa o indirecta, amb la qual cosa es planteja, de fet, el dubte de si pot haver-hi adquisició professional sense integració.³¹

31. I així, per exemple, la SAP de Biscaia de 9 de novembre de 2006 va negar la condició de consumidor a l'empresa adquirent d'una eslinga, necessària per a les operacions de càrrega i descàrrega de la maquinària que fabricava (JUR 2006/71380; FJ 3r); la SAP d'Alacant de 16 de juny de 2000 va resoldre això mateix a propòsit de l'adquisició d'un forn per a una empresa de restauració (2000/269528); la SAP de València de 15 de gener de 2001 va negar aquella qualificació a qui adquiria un vehicle per a destinar-lo «al servicio diario de la empresa»; la SAP de Jaén de 31 de gener de 2002 també ho va negar en un cas d'adquisició d'unes balances necessàries per a l'explotació del negoci (JUR 2002/75313) i la SAP de Barcelona de 16 d'abril de 2002 va fer-ho en un cas d'adquisició d'un camió frigorífic (JUR 2002/155097). El Tribunal Suprem (TS) va resoldre, en la Sentència de 21 de setembre de 2004, que no era consumidor l'empresari agrícola que comprava un tractor (RJ 2004/5576), i l'Audiència Provincial de Barcelona va resoldre això mateix en un cas de contractació d'un servei de telefonia mòbil per a una empresa (Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona d'11 d'abril de 2006 [AC 2006/349]).

Per contra, la SAP de Barcelona de 22 de març de 2000 va reconèixer la condició de «consumidor» a un despatx d'advocats en l'adquisició de productes per als seus clients («[...] ej. Productos de limpieza o higiene para los servicios, productos de ventilación u otros semejantes [...]» [FJ 2n]) i en la contractació de publicitat en una revista (FJ 2n *in fine*; JUR 2000/189171). I tot plegat, «por no formar parte ni el bien ni el servicio de lo que es específicamente su actuación profesional» (és un altre el criteri emprat per la SAP de Múrcia d'11 de juliol de 2006 [JUR 2006/252821], que va negar la condició de consumidor a un despatx d'advocats en contractar una campanya de captació de clients). Per la seva banda, la SAP de Burgos de 15 de febrer de 2001 (AC 2001/875) també va admetre aquella qualificació en la contractació, per part de l'empresa propietària d'un centre mèdic, d'uns serveis de manteniment de l'ascensor. En aquest cas, el raonament fou el següent: «[...] La tesis de la parte demandante no es admisible en cuanto que para que se lleve a cabo la exclusión del concepto de consumidor no basta con el hecho de que el bien o servicio se integre sin más en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, pues en ese caso, y sobre todo si se lleva al extremo la idea, realmente sería difícil encontrar supuestos en los que se aplique la legislación de defensa de los consumidores. Lo realmente importante y que excluye la aplicación de la legislación especial es que ese bien o servicio que se adquiere, tenga *por finalidad directa*, llevar a cabo labores de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, de tal manera que esos bienes o servicios se integren *de manera relevante* en el

Amb la nova definició de l'article 3 del Reial decret llei (RDL) 1/2007, el dubte persisteix: en quins casos el professional o l'empresa contractarà *amb un propòsit aliè a la seva activitat*?³² Si això és així, cal concloure que, en el dret estatal, amb la nova definició de *consumidor* persisteixen els entrebancs per a atribuir aquesta condició a un determinat empresari que com a tal contracta un producte o servei. Si amb la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris (LGDCU) la incertesa obeeïa a l'elasticitat del concepte d'*integració* (que podia ser més o menys rellevant o immediata), ara obeeïrà a la idea d'*alienitat*, que també és graduable.³³

Precisament, en la inexistència a l'Estatut del consumidor d'una disposició com la prevista en l'article 1.3 LGDCU s'ha fonamentat una determinada opinió doctrinal en virtut de la qual també és considerat consumidor, en el dret català, el professional que adquireix per raó de la seva activitat econòmica, per bé que no reintrodueix, directament, el producte al mercat. Adquireix com a «destinatari final» «per un ús particular».³⁴ No es pretén ara rebatre aquesta opi-

ámbito comercial que desarrolla la adquirente *en el giro o tráfico normal de su actividad y que, precisamente, por ser su actividad normal, puede conocer y estar atento a los posibles defectos del bien o servicio que presta*, sin que sea posible aplicar la legislación especial, precisamente porque el conocimiento de lo que se adquiere puede revelar sin problema alguno su defecto, lo que no es aplicable a otras personas. Siendo así que el ascensor objeto de la prestación en su día contratada no guarda relación con la actividad normal de la demandada, lo que supone que no tiene la posibilidad de conocer las posibles deficiencias en lo que se contrata por su ajenidad a ello, carece de toda razón de ser la alegación que se ha estudiado [...]» (FJ 2n, par. 3 i 4; la cursiva és nostra). En aquesta mateixa línia, la SAP de Segòvia de 31 de juliol de 2003 (JUR 2003/242130) va qualificar de *consumidor* una clínica en l'adquisició d'una enciclopèdia sobre la història de la humanitat.

32. El problema que intuïm és que difícilment un acte empresarial pot ser *totalment aliè* a la pròpia activitat econòmica. La vinculació necessàriament hi serà fins i tot en casos extrems (per exemple una empresa dedicada a productes lactis contracta uns serveis de jardineria per a arreglar les zones verdes de les seves instal·lacions). Encara que només sigui perquè, en el fons, l'empresa segurament cercarà generar una bona imatge als visitants o fer més agradable l'entorn per als seus treballadors, no es pot dir que la contractació hagi estat *totalment aliena al desenvolupament de la pròpia activitat*.

33. Vegeu *infra* l'ap. 3.

34. Vegeu G. FREIXAS I GUTIÉRREZ, «Abast de les competències», p. 122, 123, 125 («[...] La noció o concepte utilització particular o col·lectiu no és significativa per limitar el concepte consumidor, si tenim en compte que l'Estat del Consumidor atorga aquesta categoria a les persones jurídiques sense limitació. Per això, podem concloure que a fi d'impedir que els empresaris, comerciants, professionals o altres col·lectius no siguin catalogats com a consumidors necessiten una exclusió específica com la que estableix la LGDCU i, per tant, a manca d'aquesta en l'Estatut del Consumidor, podem afirmar de manera clara que aquests, mentre siguin destinataris finals, han de ser considerats com a consumidors [...]») i 126.

nió,^{35,36} sinó tan sols fer notar fins a quin punt es podria veure retallada per una nova definició com la prevista en el RDL 1/2007. I és que, a l'empara d'aquest, quedaria exclòs de la noció de *consumidor* tothom que contractés per a un propòsit professional, encara que no reincorporés l'adquisició al producte final (així, per exemple, l'empresari no podria rebre la qualificació de *consumidor* en adqui-

35. El cert és que no s'acaba de compartir del tot. Es fa difícil admetre que, per exemple, l'empresari pugui rebre la qualificació de *consumidor* en l'adquisició de la maquinària emprada en la fabricació del producte. És aquesta, però, la conclusió de G. FREIXAS I GUTIÉRREZ, «Abast de les competències», p. 126, nota 66 («Per il·lustrar-ho d'una manera pràctica, no tindrien la consideració de consumidors aquells empresaris que adquirissin pots de conserva, elements vegetals per omplir els pots de conserva, els taps, les etiquetes, etc., ja que són productes que serveixen per a crear el producte final que ha de ser adquirit pels destinataris finals. Contràriament, sí que tindrien la condició de consumidors quan adquirissin la màquina envasadora, de la qual, òbviament, tindrien la conceptuació de destinataris finals»).

36. L'art. 1.3 LGDCU es reproduceix en l'art. 3 de la Llei 1/1998, de 10 de març, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i en l'art. 2.2 de la Llei 11/2005, de 15 de desembre, del Parlament de Castella-la Manxa, de l'Estatut del consumidor. Una precisió semblant a la prevista en aquella disposició, per bé que no idèntica, es troba en l'art. 2 de la Llei 11/1998, de 9 de juliol, de protecció dels consumidors de la Comunitat de Madrid («[...] No tendrán la consideración de consumidores los que integren los productos, bienes o servicios en un proceso productivo, de comercialización o prestación de servicios, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo»); en l'art. 2 de la Llei 6/2001, de 24 de maig, de l'Estatut dels consumidors d'Extremadura, amb una redacció idèntica a la reproduïda; en l'art. 3 de la Llei 2/1987, de 9 d'abril, de l'Estatut de consumidors i usuaris de la Comunitat Valenciana, i en l'art. 2 de la Llei 1/2006, de 7 de març, del Parlament de Cantàbria, de defensa dels consumidors i usuaris. L'art. 3 de la Llei 13/2003, de 17 de desembre, de defensa i protecció dels consumidors i usuaris d'Andalusia, després d'excloure de la noció de *destinatari final* qui integra el producte en l'organització o l'exercici d'una activitat empresarial, insisteix que només poden esdevenir «destinatari final» «las personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios cuya exclusiva finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico; las personas jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros o para ellas mismas; las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios sin ánimo de lucro». També fa ús d'aquesta reiteració d'idees l'art. 3.2 de la Llei 16/2006, de 28 de desembre, de protecció i defensa dels consumidors i usuaris d'Aragó. En l'art. 2 de la Llei foral 7/2006, de 20 de juny, de defensa dels consumidors i usuaris, l'exclusió no es fa dependre de la idea d'*incorporació*, sinó, directament, de la més àmplia d'*adquisició*, ús o *gaudiment* «en el marc» de la pròpia activitat econòmica («[n]o tendrán la consideración de consumidores y usuarios quienes adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos y servicios dentro del ámbito de una actividad profesional o empresarial»). Això mateix passa en l'art. 2 de la Llei 3/2003, de 12 de febrer, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la Comunitat Autònoma de Canàries, i en l'art. 2 de la Llei 11/1998, de 5 de desembre, per a la defensa dels consumidors i usuaris de Castella i Lleó.

A l'igual del text català, tampoc no es desenvolupa la idea de *destinatari final* ni en l'art. 2 de la Llei de 28 de desembre de 1984, de l'Estatut gallec del consumidor i usuari, ni en l'art. 2 de la Llei 4/1996, de 14 de juny, de l'Estatut dels consumidors i usuaris de la regió de Múrcia.

rir la maquinària necessària per a la fabricació dels seus productes). En aquest context, però, convindria afegir que perseverar en un concepte més generós o ampli de *consumidor* (que inclogués els qui contracten *per a un propòsit aliè a la pròpia activitat professional o empresarial*, però també els qui ho fan *per raons o propòsits professionals, però sense reintroduir el producte al mercat*) seria conforme amb el dret comunitari, que, repetim, ara per ara ofereix només una protecció de mínims.

2.2.3. *L'àmbit d'aplicació de l'article 1.2 de l'Estatut del consumidor*

La definició de *consumidor* que proporciona l'EC permet delimitar l'àmbit subjectiu del Decret 290/1995, de 28 de setembre, de prestació als consumidors i usuaris de serveis a domicili. S'hi remet expressament el seu article 1.1.³⁷ Però, al marge d'aquesta i altres remissions expresses a l'article 1.2 EC, es fa necessari valorar si, pel fet de proporcionar una definició «general» de *consumidor*, també pertocarà fer-ne ús en altres supòsits. En concret, es planteja la seva aplicació a fi de determinar qui és consumidor a propòsit de qualsevol altra disposició que, dins de l'ordenament jurídic català, demani la concurrència d'algú que ho sigui. En segon terme, cal valorar la seva aplicació a fi de delimitar l'àmbit subjectiu de les lleis estatals aplicables a Catalunya i relatives, per exemple, a la contractació amb *consumidors*. Això últim podria arribar a plantejar-se a l'empara de l'article 111-4 CCCat o, altrament dit, del caràcter de dret comú que té a Catalunya el dret civil català.

A la primera qüestió cal respondre que *no sempre*. No tota referència legal a un «consumidor» permet aplicar, automàticament, l'article 1.2 EC. Que la definició que s'hi fa sigui, només, «(a)ls efectes d'aquesta llei» anticipa aquest no-automatisme a falta d'una remissió expressa. Proporciona un exemple, en el dret català, el Decret llei (DL) 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i de la Llei 23/1991, de 29 de novembre. Determinar qui és consumidor en aquest àmbit és rellevant, per exemple, a l'efecte de delimitar qui pot «decidir la devolució del producte i la restitució de les quantitats satisfetes» (art. 23 i 27e DL 1/1993) o, a l'empara d'una determinada jurisprudència constitucional, a qui cal informar del dret a decidir la restitució del producte.³⁸ El DL 1/1993 no

37. «La present disposició s'aplicarà a totes les persones físiques o jurídiques que es dediquin a la prestació de serveis a domicili al consumidor, d'acord amb la definició que d'aquests fa l'apartat segon de l'art.1 de la Llei 17/1993, de 5 de març, de l'Estatut del Consumidor.»

38. De tots són conegudes les sentències del Tribunal Constitucional que, en matèria de contractació amb consumidors, veten a les comunitats autònomes la possibilitat de regular els as-

incorpora una definició *ad hoc* de *consumidor*, no es remet tampoc a l'article 1.2 EC i només inclou una referència al «consumidor final» en l'article 2.2b («[a]ls efectes d'aquesta llei, s'entén: [...] Per activitat comercial detallista, l'adquisició de mercaderies i la venda d'aquestes al consumidor final, i també la prestació al públic de determinats serveis»). El precepte demana valorar què afegeix l'adjectiu *final* a la qualificació del comprador com a «consumidor» i, si escau, determinar quina diferència hi ha entre el dit «consumidor final» i el «públic» (com a destinatari de l'oferta de «serveis»). De possibilitats, n'hi hauria més d'una. La primera passaria per equiparar aquell «consumidor final» amb el «destinatari final» de l'article 1.2 EC. Amb l'expressió emprada en els articles 23, 27 i següents del DL 1/1993 no es voldria donar a entendre que hi ha diferents tipus de consumidors (els finals i els que no ho són), sinó que es destacaria una de les notes de tot consumidor: ser «destinatari final» en el sentit d'aplicar el producte a l'ús personal, familiar o col·lectiu i, en conseqüència, sense possibilitat de reintroducció al mercat.³⁹ La identificació d'aquest «consumidor final» amb el «destinatari final» o consumidor de l'article 1.2 EC toparia, però, amb alguns inconvenients: en primer lloc, implicaria definir la naturalesa de l'activitat comercial (p. ex., majorista o al detall) a partir de l'ús que el comprador faci de la cosa, tot i que es tracta d'un aspecte que el venedor pot no saber i que no necessàriament ha de saber. En

pectes jurídicoprivats de la relació contractual. D'ençà de la STC 71/1982, de 30 de novembre, la jurisprudència constitucional reitera: «De lo que esencialmente se trata es de que a través de las normas autonómicas no se produzca un "novum" en el contenido contractual, o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones privadas.» Vegeu, en aquest sentit, per exemple, la STC 88/1986, d'1 de juliol, per la qual es va resoldre un recurs d'inconstitucionalitat interposat contra determinats preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, del Parlament de Catalunya, de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials (consulteu, també, les STC 62/1991, de 22 de març [FJ 1r], 264/1993, de 22 de juliol [FJ 5è], 124/2003, de 19 de juny [FJ 5è], i 157/2004, de 21 de setembre [FJ 11è]).

39. En cap cas, però, aquesta lectura implicaria admetre que en redactar l'art. 2.2b DL 1/1993 el legislador va tenir en compte l'EC. La raó seria que el DL 1/1993 es limita a refondre dos textos: la Llei 23/1991, de 29 de desembre, de comerç interior, i la Llei 1/1983, de 18 de febrer, de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials. Era l'art. 2.2b de la Llei 23/1991 el que proporcionava la definició d'*activitat comercial al detall*, tot fent referència al «consumidor final» («[...] l'adquisició de mercaderies i la seva venda al consumidor final, així com també la prestació al públic de determinats serveis [...]»). La veu *consumidor final* ex art. 2.2b DL 1/1993 té el seu origen en la disposició que s'ha reproduït i que, dictada l'any 1991, no es podia inspirar en l'art. 1.2 EC de 1993. D'altra banda, no és casualitat que aquella expressió aparegui també en l'art. 35.3 de la Proposició de llei de comerç, presentada pel Grup Parlamentari Convergència i Unió el 1993 («[s]e considerará minorista a los efectos de esta Ley la actividad de transmisión de productos al consumidor final, cualquiera que sea la forma en que el vendedor los haya adquirido, incluso si los ha fabricado él mismo. También se considerará minorista la prestación al público de determinados servicios» [BOCG, «Congreso», 26 juliol 1993, sèrie B, núm. 10-1, p. 6]).

segon lloc, es tractaria d'una identificació parcial. L'article 1.2 EC també considera «consumidors» aquells que contracten serveis per a un ús personal, familiar o col·lectiu. El DL 1/1993, en matèria de serveis, en fa destinatari el «públic» i qualifica l'activitat comercial dirigida a oferir els serveis com a «comerç minorista», prescindint de si qui els contracta és un professional o no, de l'ús que se'n vulgui fer i del motiu de la contractació.⁴⁰ En fi, aquella identificació faria dependre la definició de *comerç minorista* de la definició (i les seves reformes) del concepte de *consumidor*, atès que la regulació que es comenta pretén ser-ho, en primer lloc, de l'activitat comercial, activitat que no ha de canviar en funció de qui accedeix a l'establiment o de l'ús que es vol fer de l'adquisició.

Una segona possibilitat, més reeixida, passa per interpretar el concepte de *consumidor final* com a concepte autònom en el marc del DL 1/1993 i, en conseqüència, independentment de la noció de *consumidor* de l'EC o de la norma corresponent. Fent-ho així, continuen plantejant-se diferents possibilitats: en primer lloc, interpretant-lo com a contraposat amb el «consumidor no final». Aquest darrer concepte, alhora, podria identificar-se amb el client del comerç majorista (art. 2.2a DL 1/1993): empreses, industrials, comerciants, entitats i institucions, és a dir, aquells que compren béns de consum o d'ús empresarial. Aquest concepte podria fins i tot mantenir-se amb independència de la relació entre l'adquisició i l'objecte social.⁴¹ Certament, però, fa de mal dir «consumidor no final» quan no hi ha reincorporació al procés productiu.⁴² En segon lloc i fent ús d'una abstracció major, podria identificar-se el «consumidor final» amb el *públic* en general, la clientela del comerç minorista o tots aquells que accedeixen a l'establiment. La diferència amb el comerç majorista rauria en el fet que, en aquest, *només* es contracta amb altres empresaris o professionals. I aquesta identificació del client minorista amb el públic en general tindria una operativitat especial: inclouria no només el particular que compra per a un ús personal o familiar, sinó també el particular que adquireix per a reintroduir el producte al mercat i, fins i tot, el professional que compra per a un ús professional.⁴³ La dada rellevant per

40. Un altre problema que planteja el DL 1/1993 és, a l'efecte del seu art. 2.2, la naturalesa de l'activitat comercial que realitzen aquells que ofereixen serveis *només* a altres comerciants, industrials o empreses. Com que no es tracta d'una activitat adreçada al *públic*, no encaixa en l'art. 2.2b, però com que tampoc no es tracta d'un supòsit de «venda majorista», no li és aplicable l'art. 2.2a.

41. I, així, seria comerç majorista tant la venda de fil a qui es dedica als teixits com la venda de productes de neteja a aquesta mateixa empresa.

42. Com podem dir que la fàbrica no és el consumidor final del sabó que hi ha als vestuaris o del cafè que se serveix a la cafeteria de l'empresa?

43. Pensem, per exemple, en el fuster que s'ha deixat el martell al taller i entra en un establiment minorista per a adquirir-ne un.

a qualificar l'activitat com a majorista o minorista seria si a l'establiment la clientela queda restringida o no a altres empreses: si aquest és el cas, es tractarà d'una activitat majorista; si hi pot accedir *qualsevol*, serà minorista.⁴⁴ El destinatari de l'oferta sempre seria el públic en general, tant si es tractés d'una oferta de venda com si es tractés d'una prestació de serveis. Seria consumidor aquell que *contractés en un establiment obert al públic*. Tot i la referència al comprador com a «consumidor», la seva identificació no obeeiria a criteris econòmics relatius al seu propòsit o a l'ús previst per a l'adquisició (com succeeix en l'art. 1.2 EC), sinó a un criteri merament jurídic: el fet de contractar amb un professional del comerç minorista.⁴⁵

Aquesta darrera és la interpretació que sembla més encertada. La finalitat del DL 1/1993 és, en primer lloc, regular l'activitat comercial; només de retruc, ho és protegir el consumidor, entès com a client. Des d'aquesta perspectiva, el criteri delimitador s'ha de correspondre amb l'àmbit d'actuació predisposat pel professional: només altres professionals o bé el públic en general. En aquest darrer cas, l'activitat serà minorista sigui quin sigui el propòsit del comprador o la finalitat de la compra, i, per tant, *sigui o no consumidor segons l'article 1.2 EC*.

A la segona qüestió, cal respondre-hi que, *per ara, no*. Se suggeria, arran de l'aplicació a Catalunya de les lleis estatals en matèria de contractació amb consumidors, valorar la configuració de la definició continguda en l'article 1.2 EC com a *dret comú*. Admetre-ho implicaria desplaçar la noció «estatal» per la catalana⁴⁶

44. A part d'això, l'art. 2.2a DL 1/1993 planteja un altre dubte interpretatiu: es qualifica l'activitat comercial majorista com l'«adquisició de mercaderies i la seva venda a l'engròs a altres comerciants, industrials, empreses, entitats i institucions». No aconseguim esbrinar què significa l'expressió «a l'engròs» que s'inclou en la definició: que l'adquisició ho ha de ser d'un nombre determinat de productes, amb la qual cosa queda exclosa la venda de només un sol producte?

45. Atès que l'art. 2.2b DL 1/1993 utilitza impròpiament el terme *consumidor*, se'ns planteja si també impròpiament hom podria parlar del «consumidor» del comerç majorista entès com el públic o la clientela d'aquests establiments. La qüestió pot esdevenir decisiva a l'hora de determinar l'àmbit d'aplicació de les modalitats de venda previstes en el capítol III del DL 1/1993. Una interpretació extensiva del terme *consumidor* que inclogués tant el públic del comerç minorista com el del majorista permetria a l'un i a l'altre, per exemple, desistir de la venda celebrada a distància (art. 27). Ho descarta, però, l'art. 26, que presenta aquesta modalitat contractual com una forma de distribució comercial «detallista» (vegeu l'art. 11 de la Llei 23/1991).

46. De la mateixa manera que, com a dret comú, el termini de prescripció de l'obligació de pagar el preu en les vendes de consum sotmeses a la llei estatal aplicable a Catalunya és el fixat en l'art. 121-21 CCCat. Vegeu A. LAMARCA I MARQUÈS, «Comentari a l'art. 121-21. Prescripció trienal», a E. ARROYO AMAYUELAS *et al.*, *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 254, que comenta el precepte. L'autor constata que no hi ha una delimitació clara de quan hi ha una venda al consum i proposa que «l'àm-

en aquells casos en què la llei estatal faci ús d'un criteri econòmic en la determinació de l'àmbit dels subjectes protegits.⁴⁷ La qüestió es pot plantejar, sense necessitat d'anar més lluny, a propòsit de la mateixa aplicació del RDL 1/2007 a Catalunya. Atès que el seu article 3 incorpora una noció econòmica de *consumidor* i que la funció que compleix la dita definició en l'ordenament estatal es correspon amb la que desenvolupa l'article 1.2 EC en el català, cal veure si a Catalunya és aquest darrer el que determinarà, per exemple, l'àmbit dels subjectes protegits davant de clàusules abusives o l'àmbit d'aquells als quals serà aplicable la regulació que preveu el mateix RD 1/2007 en matèria de contractes celebrats fora d'establiments mercantils o a distància. I la qüestió es pot replantejar sempre que la llei estatal aplicable es remeti a l'article 3 RDL 1/2007 o bé reproduïxi la definició continguda en aquest.

Ara per ara, però, aquest desplaçament de la norma estatal i l'aplicació de la catalana (en concret, de l'art. 1.2 EC) com a dret comú queden frenats per l'article 111-4 CCCat, que només atribueix aquesta condició a «les disposicions d'aquest Codi». Així doncs, sens dubte serà *dret comú* la definició que pugui arribar a incorporar-se al llibre sisè. Aleshores, aquell desplaçament serà inevitable i comportarà, segons quina sigui la definició que contingui el CCCat, ampliar⁴⁸ o restringir⁴⁹ l'àmbit dels subjectes originàriament protegits per la llei estatal.

bit de l'art. 121-21 c), hauria de coincidir genèricament amb el de la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de "garantías en la venta de bienes de consumo", l'art.1 de la qual considera "bienes de consumo los bienes-muebles corporales destinados al consumo privado", com a venedor "las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo" i com a consumidors els definits a l'art. 1 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, "general para la defensa de los consumidores y usuarios"» (aquestes referències legals s'han d'entendre fetes, avui, als art. 3 i 114 i seg. del RDL 1/2007). Aquesta interpretació implicaria, en el cas d'una venda realitzada en un establiment obert al públic en general, establir diferents terminis de prescripció segons si fos l'un o l'altre el propòsit del comprador en contractar.

47. Però no és en cap cas possible convertir aquest desplaçament en quelcom automàtic que actués sempre que la llei estatal demanés la presència d'un consumidor. I, això, perquè és perfectament possible que la llei estatal, malgrat fer ús del terme econòmic *consumidor*, faci ús d'un criteri merament jurídic en la determinació del seu àmbit subjectiu d'aplicació.

48. Pensem, per exemple, en una definició que permetés protegir també com a consumidors els qui adquireixen, al mateix temps, per raons personals i per raons professionals (vegeu *infra* ap. 3).

49. Cal recordar, però, que la definició que incorpora l'art. 3 RDL 1/2007 concideix amb el concepte comunitari. Qualsevol restricció implicaria, doncs, no només proporcionar un concepte *diferent* de l'establert pel legislador estatal, sinó també legislar de manera *no conforme* amb el dret comunitari.

2.3. EL CRITERI JURÍDIC

El criteri jurídic apareix en el DL 1/1993. Malgrat que recorre a un terme econòmic com el de *consumidor* (vegeu-ne l'art. 2.2*b*), el criteri per a identificar aquest és, segons s'ha dit, merament jurídic. És consumidor qui contracta amb un professional del comerç minorista. Aquesta equiparació entre el consumidor i el comprador, o, en general, *aquell que contracta amb el professional*, és present en altres normes. Per exemple, en el Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatges.⁵⁰ Aquest no distingeix segons si el client és professional o no, ni, en cas de ser-ho, si contracta o no per raó de la seva activitat professional. S'hi parla, senzillament, de «client» (art. 2.1*c* DL 1/1993); client que s'identifica amb el «consumidor o usuari» de les agències detallistes en l'article 3*b* DL 1/1993. Proporcionen altres mostres el Decret 298/1993, de 8 d'octubre, pel qual es regula l'activitat industrial i de prestació de serveis en tallers de reparació de vehicles i dels seus equips i components, que fa un ús indistint dels termes *usuari*, *públic* i *consumidor* (art. 12); el Decret 166/1990, de 20 de juny, pel qual es regula la prestació del servei de transport de vehicles automòbils avariats, que inclou referències a l'«usuari» i al «públic» (art. 3, 4, 7 i 8) o al «consumidor i usuari» (art. 9), i l'Ordre de 16 de desembre de 1999, per la qual es regula el funcionament dels establiments dedicats a la neteja tèxtil. I, atès que no inclou una remissió expressa a l'article 1.2 EC, com la prevista en l'article 1.1 del Decret 290/1995, ni proporciona cap altre paràmetre econòmic, també s'entén que el criteri de delimitació dels subjectes protegits ha de ser merament jurídic en el Decret 213/2001, de 24 de juliol, de protecció dels drets del consumidor i usuari en la prestació de serveis de naturalesa duradora. S'hi podria afegir la Llei 19/2003, de 4 de juliol, del taxi, i la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.⁵¹

50. Modificat pel Decret 212/1995, d'11 de juliol, i pel Decret 300/1998, de 17 de novembre.

51. Vegeu referències al «consumidor i usuari» en l'apartat cinquè del preàmbul i en l'art. 2*e* DL 1/1993. Cal entendre-hi inclòs tot aquell que *adquireix* un habitatge (art. 3*a*) prescindint de l'ús o la finalitat que se'n vulgui fer: ús propi o cessió a tercers.

3. NOUS PLANTEJAMENTS A PROPÒSIT DEL CONCEPTE COMUNITARI DE *CONSUMIDOR*: L'ADQUISICIÓ PER DOBLE ÚS, LA CONTRACTACIÓ PER UNA PERSONA JURÍDICA I LA CONTRACTACIÓ PEL PETIT EMPRESARI

L'actual procés d'elaboració de l'anomenat *marc comú de referència*⁵² i de revisió de l'*acquis* en matèria de consum⁵³ permet constatar com es consolida la vinculació de la condició de consumidor amb el *propòsit* de la contractació: ha de tractar-se d'una finalitat o un ús *aliè* a l'activitat econòmica o professional de l'adquirent. Aquesta noció econòmica de *consumidor* és la que apareix en les diferents directives comunitàries en matèria de contractació amb consumidors⁵⁴ i sembla que, en *si mateixa*, no es vol reformular a l'efecte, per exemple, d'aclarir quin és el nivell *mínim* de vinculació que cal que hi hagi entre el contracte i l'activitat econòmica de l'adquirent per tal d'excloure's aquella alienitat. Sí que s'està plantejant, però, la possibilitat d'estendre la noció de *consumidor*, o, millor encara, la protecció que s'atorga a aquest, a l'adquirent per a doble ús, a les persones jurídiques i al petit empresari.

52. En endavant, MCR. Es tracta d'una de les iniciatives endegades per la Comissió Europea arran del seu pla d'acció de l'any 2003 (vegeu la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell «Un derecho contractual europeo más coherente», DO C 63, de 15 de març de 2003, ap. 4.1.1; a propòsit de l'estructura i el contingut del MCR, vegeu la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell «Un derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro», COM (2004) 651 final, ap. 3.1.3). Vegeu, també, S. LEIBLE, «Vías para la unificación del derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil* (octubre-desembre 2006), p. 1601 *in fine* i 1602; R. SCHULZE, «El *acquis communautaire* y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo», ponència defensada en el marc del I Congrés de Dret Contractual Europeu i Principis UNIDROIT, celebrat a Palma de Mallorca els dies 26 i 27 d'abril de 2007 (material pendent de publicació); E. ARROYO AMAYUELAS, «La contribución al marco común de referencia de los Principios de derecho contractual comunitario», ponència defensada a les Jornades sobre Derecho Contractual Europeo, celebrades a Madrid els dies 13 i 14 de desembre de 2004.

53. Es tracta d'un procés paral·lel al d'elaboració del MCR, instat per la Comissió i que afecta, només, vuit directives en matèria de contractació amb consumidors (vegeu la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell «Derecho contractual europeo y revisión», ap. 2.1.1 i annex II). El resultat de la fase de diagnòsi ha estat el *Libro verde sobre la revisión del *acquis* en materia de consumo* (DO C 61, de 15 de març de 2007).

54. O, almenys, coincideix amb la definició que proporcionen les directives que fan ús també d'un criteri econòmic a l'hora de delimitar el seu àmbit subjectiu d'aplicació (i que, per cert, no són només les implicades en el procés de revisió de l'*acquis* en matèria de consum —en queda fora, per exemple, tot i que inclou també una definició de *consumidor* i tot i que es troba també en procés de revisió, la Directiva 1987/102, del Consell, relativa a l'aproximació de les disposicions legals i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum).

Què cal per a considerar que el propòsit de la contractació és aliè a la pròpia activitat professional? Qualsevol relació, per mínima que sigui, és suficient per a excloure aquella alienitat?⁵⁵ La referència, en aquest particular, la continua proporcionant la citadíssima Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) de 14 de març de 1991 (C-361/89).⁵⁶ S'hi plantejava si és consumidor, a l'efecte de la Directiva 577/85, l'empresari que rep a casa la visita del representant d'una revista en la qual el dit empresari decideix anunciar la venda del seu fons de comerç. El TJCE, després de confirmar que la Directiva no permet distingir entre aquells actes que són més habituals i els que no ho són tant, resol que, per molt excepcional que sigui aquesta contractació en relació amb l'activitat empresarial desenvolupada (de fet, se'n busca l'extinció), no es pot entendre que el contracte obeeixi a propòsits *aliens* a la pròpia activitat empresarial. El comprador, en aquest cas, no fou considerat consumidor.⁵⁷ Només

55. Fins i tot n'hi ha prou que l'activitat sigui futura? A propòsit de l'aplicació de l'art. 13 del Conveni de Viena, el TJCE resol que no és consumidor aquell que contracta per raó d'una activitat professional futura. Vegeu la Sentència de 19 de gener de 1993: «17. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque éste se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional»; se segueix el mateix criteri a la Sentència del TJCE de 3 de juliol de 1997.

Exclou la condició de «consumidor» en aquests casos a l'empara de l'art. 1.3 LGDCU, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación», p. 130 *in fine*.

56. TJCE /1991/155.

57. Pel seu interès, reproduïm les consideracions que fa en aquest particular el TJCE: «Sobre la primera cuestión prejudicial. 14. Mediante su primera cuestión, la Cour d'Appel de París pregunta fundamentalmente si el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de comercio debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva. 15. A este respecto, procede referirse al artículo 2 de la Directiva. De dicha disposición resulta que el criterio de aplicación de la protección reside en el vínculo que une las transacciones que son objeto de las visitas comerciales a domicilio a la actividad profesional del comerciante. Este sólo puede pretender que se aplique la Directiva si la operación por la cual es visitado rebasa el marco de sus actividades profesionales. Entre los actos realizados en el marco de dichas actividades profesionales, el art. 2, redactado en términos generales, no permite establecer una distinción entre los actos de práctica corrientes y los de carácter excepcional. 16. Los actos preparatorios de la venta de un fondo de comercio, tales como la celebración de un contrato para la publicación de un anuncio en una revista periódica, están relacionados con la actividad profesional del comerciante; es cierto que pueden llevar a poner fin a dicha actividad, pero constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante. 17. La Comisión, partidaria de la aplicación de la Directiva en tal supuesto, objeta que el comerciante, cuando recibe una visita a domicilio para la venta de su fondo de comercio, se encuentra en un estado de falta de preparación comparable al que caracteriza al simple consumidor. Por lo tanto,

cal fer notar que la Sentència fa una interpretació força restrictiva de la definició de *consumidor*, i això, sobretot,⁵⁸ perquè el Tribunal converteix una definició negativa en una de positiva, que injustificadament nega una de les virtualitats del concepte comunitari de *consumidor*. Així, un dels arguments adduïts és que el contracte és un acte de gestió realitzat «para satisfacer necesidades que no son necesidades familiares o personales del comerciante». El comentari seria que el dret comunitari no exigeix aquest determinat ús per a qualificar el contractant com a consumidor; exigeix només *que no obeeixi a un motiu professional*. Aquesta tergiversació comportaria l'exclusió del destinatari medial no especialista, perquè és obvi que, quan adquireix, no ho fa per necessitats personals o familiars.⁵⁹

L'ampliació de la noció de *consumidor* a les persones jurídiques i al petit empresari no són qüestions que el legislador comunitari es plantegi per primera vegada.^{60,61} Però la que presenta més bones perspectives de consolidació és la

también debería disfrutar de la protección establecida por la Directiva. 18. Esta argumentación no puede acogerse. Lo más lógico, efectivamente, es creer que un comerciante, medianamente sagaz, conoce el valor de su fondo y cada uno de los actos que necesita su venta, de modo que si contrae un compromiso, no puede ser de manera inconsiderada y únicamente bajo el efecto de la sorpresa. 19. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva.» (Les cursives són meves.)

58. Al marge que es pugui considerar que el contracte té poc a veure amb el *gir normal de l'empresa* o que no hi està *directament* relacionat (vegeu R. SCHULZE, H. SHULTE-NÖLKE i J. JONES [ed.], *A casebook on european consumer Law*, Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 122 i seg.).

59. D'altra banda, el TJCE ha negat la condició de «consumidor» al fiador d'un deute professional (vegeu STJCE de 17 de març de 1998, C-45/96). El Tribunal entén, després d'admetre que la Directiva 85/577 no exclou del seu àmbit d'aplicació un contracte de fiança, que «22. No obstante, del tenor literal del artículo 1 de la Directiva, así como del carácter accesorio de la fianza, se deriva que únicamente puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de éste bienes o servicios. Además, dado que el único objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores, ésta sólo puede aplicarse a un fiador si éste, con arreglo al primer guión del artículo 2, se ha comprometido con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional.» En el supòsit plantejat, aquest darrer requisit es complia; el primer, però, no.

60. Vegeu la Resolució sobre l'informe de la Comissió respecte a l'aplicació de la Directiva 80/102/CE, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum (DO C 115, de 14 d'abril de 1997, p. 27: «C. Considerando que, sin perjuicio de la noción generalmente aceptada por el corpus jurídico europeo, únicamente para los bienes del crédito al consumo una nueva noción de ciudadano/consumidor deberá ampliar a las personas jurídicas la protección prevista a favor de los consumidores, como por ejemplo las pequeñas empresas que, en el ejercicio de las competencias de negociación, se encuentran en una situación objetiva de desequilibrio comparable a la que se produce entre el pequeño

proposta d'ampliar el concepte de *consumidor* a qui adquireix per a un doble ús. El requisit serà el predomini de l'ús *no professional*, i és per això que cal que l'adquisició obeeixi «principalment» a una finalitat aliena a la professió o el negoci propis.^{62, 63, 64}

ahorrador y la entidad de crédito»). También es va fer ressò de la qüestió el Dictamen del Consell Econòmic i Social sobre la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a la protecció dels adquirents respecte a determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit (DO C 108, de 19 d'abril de 1993: «[...] 3.12.1. No obstante, es previsible la adquisición de títulos de “timeshare” por personas jurídicas sin fines lucrativos, es decir, fuera de una actividad profesional; 3.12.2. Sería el caso, por ejemplo, de un club de pensionistas o de personas de tercera edad que adquieren “timeshare” para las vacaciones de sus miembros, o bien el caso de una empresa que, aparte de su actividad específica, adquiere “timeshare” para proporcionar vacaciones a alguno de sus trabajadores; 3.13. Se nos antoja que las personas jurídicas que no persiguen fines lucrativos deben ser abarcadas por las disposiciones de la Directiva como sucede con los adquirentes físicos; 3.14. Con esto no defendemos la modificación del concepto de consumidor (persona física que adquiere para uso propio o de su familia) sino su ampliación como ya ha sido adoptado en diversas legislaciones y por meras razones prácticas de equidad [...]»). Vegeu, també, la Posició comuna núm. 16/2002, aprovada pel Consell el 19 de desembre de 2001, amb vista a l'adopció de la Directiva del Parlament i del Consell relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors (DO C 58, de 5 de març de 2002, consideració 29a).

61. Vegeu el plantejament que es fa d'aquestes qüestions al *Libro verde sobre la revisión del acquis en materia de consumo*: «[...] Differences between Member States can be noted for example when it comes to individuals buying a product to be used both privately and professionally, eg., when a doctor buy a car and occasionally uses it to visit his patient. 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 question whether they should benefit to a certain extent from the same protection provided for to consumers [...]». Vegeu, també, J. HERRE, E. HONDIUS i G. ALPA, «The notions», p. 4, 5 i 6, i M. EBERS, «Consumer», p. 26 i 27.

62. Vegeu l'art. 1:201 dels Acquis Principles: «Consumer means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person's business activity.» Aquest és el criteri que arriba a la versió preparada per l'Study Group on a European Civil Code i pel Research Group on EC Private Law (Acquis Group) en el marc dels treballs d'elaboració del MCR. S'hi defineix el consumidor com «any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession» (vegeu C. von BAR et al. [ed.], *Principles, definitions and model rules of european private law: Draft common frame of reference*, Munic, Sellier, 2008, annex I, p. 329). L'ampliació es justifica a J. HERRE, E. HONDIUS i G. ALPA, «The notions», p. 6. La prevalença de l'ús principal ja es trobava en l'art. 9b de la Directiva 1985/374, del Consell, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos; vegeu l'art. 129 RDL 1/2007.

63. En l'àmbit del dret intern, la qüestió de la possible extensió del concepte de *consumidor* al petit empresari que, tot i que actua per raons o motius professionals, es troba en una situació equiparable amb la de qui contracta per a un ús personal o familiar, no és nova. El 1987, A. Berco-

vitz Rodríguez-Cano ho descartava, ja que admetia que «[e]sa equiparación puede producirse en normas legales distintas a la LCU, cuando el supuesto regulado justifique la necesidad de otorgar la misma protección a los consumidores y a los pequeños empresarios»; vegeu A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación», p. 130. Aquest criteri encara predomina; vegeu, per exemple, G. A. BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 63 i 64; J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 192 i 193; J. P. FERNÁNDEZ GIMENO, «Concepto de consumidor», a M. J. REYES LÓPEZ, *Derecho de consumo*, València, Tirant lo Blanc, 2002, p. 76; en especial, a propòsit de la protecció dels no-consumidors davant de clàusules abusives, vegeu l'observació que ja feia el 1982 F. de CASTRO Y BRAVO a «Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil* (ADC) (1982), p. 1975 i 1976; consulteu també C. RODRÍGUEZ MARÍN, «Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (gener-abril 2007), p. 137 i seg.

La problemàtica de les adquisicions mixtes tampoc no és aliena a la doctrina. Bercovitz Rodríguez-Cano no descartava la qualificació de l'adquirent com a consumidor si l'adquisició es feia «principalment» per a un ús privat, i fins i tot proposava actuar a partir de presumpcions; vegeu A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación», p. 131: «Pero ese criterio puede plantear serias dificultades de aplicación. Si ello es así, cabría distinguir según que el bien o servicio adquirido se relacionara directamente con el tipo de actividad empresarial o profesional del adquirente. Si esa relación existe, entonces debiera presumirse que el bien se utiliza prevalentemente para fines empresariales o profesionales, y en caso opuesto la presunción debiera ser la contraria.» En el mateix sentit, vegeu J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 219.

De les adquisicions per a doble ús, només se'n fa ressò l'art. 2.2 de la Llei 1/2006, de 7 de març, del Parlament de Cantàbria, de defensa dels consumidors i usuaris. S'hi estableix: «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren *principalmente* los bienes o servicios en un proceso [...] dirigido al mercado [...]» En el preàmbul es justifica d'aquesta manera aquesta redacció: «[...] La novedad estriba en que, a diferencia de la Ley estatal, la nueva Ley de Cantabria elimina la clásica técnica de exclusión negativa —“sin constituirse en destinatarios finales”— sustituyéndola por la fijación de un parámetro positivo consistente en haber integrado los bienes en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado. Así se ensancha sustancialmente el ámbito protector de la Ley. [...] Por otro lado, la inclusión del adverbio “principalmente” permite —*contrario sensu*— extender la protección legal a todos aquellos que adquieran un bien para su uso personal o familiar aunque también lo utilicen —pero sólo esporádicamente— en su negocio o empresa. Naturalmente, continuará excluido de la protección legal el empresario que haga exactamente lo contrario [...]» Les adquisicions per a doble ús semblen expressament excloses en l'art. 3.2 de la Llei 16/2006, de 28 de desembre, de protecció i defensa dels consumidors i usuaris d'Aragó: «Se entiende que actúan a título de destinatarios finales: a) las personas físicas que adquieren [...] bienes, productos o servicios [...] cuya *exclusiva* finalidad es el uso o disfrute personal, familiar o doméstico.»

64. Per raó del caràcter excepcional de la regla prevista en l'art. 2a CISG, s'exigeix que l'adquisició que s'hi preveu obeeixi *només* a fins personals o familiars, a J. CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al art. 2», p. 61. Per la seva banda i a propòsit de l'art. 13 del Conveni de Brussel·les (avui, art. 15 del Reglament CE núm. 44/2001, del Consell, de 22 de desembre de 2000, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil), en la ja citada STJCE de 20 de gener de 2001 (assumpte C-464/01), el Tribunal resol: «Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 de dicho Convenio, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional.»

La revisió del concepte de *professional* s'encara, en part, des d'una perspectiva semblant,⁶⁵ però amb menys força.⁶⁶

4. EL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA I «LA CONTRACTACIÓ QUE AFECTA ELS CONSUMIDORS»

La referència expressa que fa l'article 3f de la Llei 29/2002 a la contractació que afecta els consumidors reflecteix una opció sistemàtica del tot allunyada de la que ha utilitzat fins ara el legislador estatal en aquest àmbit. A Catalunya, és una matèria que es porta al Codi civil. En el dret estatal, en resta al marge, amb la qual cosa es consolida una situació de dispersió normativa, que només s'ha vist lleugerament corregida amb el RDL 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de defensa dels consumidors i usuaris.^{67,68} Però més enllà d'allò que és estrictament sistemàtic, l'article 3f de la

65. Vegeu l'ap. 4.1 de l'annex I del *Libro verde sobre la revisión del acquis en materia de consumo*. La qüestió de la contractació per a una doble finalitat atrapa també el professional («Pregunta B1: ¿Cómo deberían definirse los conceptos de “profesional” y “consumidor”? [...] Opción 2: Se ampliarían los conceptos de [...] “profesional” de modo que abarcasen a las personas físicas que actúan con fines básicamente [...] relacionados con su negocio, empresa o profesión»). També se'n feien ressò J. HERRE, E. HONDIUS i G. ALPA, «The notions», p. 9 (i p. 8, a propòsit de les conseqüències d'una definició positiva o negativa del terme *professional*).

66. Vegeu el capítol «Business» a C. von BAR *et al.* (ed.), *Principles*, p. 328: «“Business” means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person's self employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity.» Quant a aquest darrer aclariment, vegeu M. EBERS, «Business», a ACQUIS GROUP, *Principles of the existing EC Contract Law*, p. 32: «Several reasons support the view that profit relates to an internal business factor, which in some circumstances can be proven only with difficulty and which businesses can manipulate (for example by transferring profits within a corporate group). Second, the Unfair Terms D. and the Financial Services Distance Selling D. also support the view that a profit motive is immaterial, since this directive relates to public bodies.»

67. El RDL 1/2007 refon en un únic text i, per tant, deroga la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris; la Llei 26/1991, de 21 de novembre, sobre contractes celebrats fora dels establiments mercantils; la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos; la Llei 21/1995, de 6 de juliol, reguladora dels viatges combinats, i la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de garanties en la venda de béns de consum. N'han quedat al marge altres lleis que també obeeixen a la incorporació al dret espanyol de directives comunitàries i que també disciplinen determinades modalitats de contractació o la contractació de determinats serveis o productes: per exemple, la Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum, la Llei 22/2007, d'11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, i la Llei 42/1998, de 15 de desembre, sobre drets d'aprofitament per torns de béns immobles d'ús turístic (vegeu la justificació de l'exclusió a l'exposició de motius del RDL 1/2007, ap. 1).

Llei 29/2002 suggereix altres comentaris: el primer seria que el precepte constata la civilitat de la matèria; el segon, conseqüència d'aquesta mateixa civilitat, és que fa indubtable la competència legislativa autonòmica en matèria de contractació amb consumidors.

De la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista (LOCM) només se'n deroguen l'art. 65, lletres *n* i *ñ* (aplicable en cas d'infracció de la Llei 26/1991), l'art. 48 i la disposició addicional primera, que s'hi havien incorporat mitjançant la Llei 47/2002, de 19 de desembre, de reforma de la Llei 7/1996, d'ordenació del comerç minorista per a la transposició a l'ordenament jurídic espanyol de la Directiva 97/7, en matèria de contractes a distància i per a l'adaptació de la Llei a diverses directives comunitàries. El legislador estatal, conscient que la derogació en matèria de contractes a distància només ha estat parcial, afegeix en l'exposició de motius del RDL 1/2007: «Como consecuencia de esta refundición, la regulación sobre contratos a distancia contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales» (EM, ap. 11, par. 26). Malgrat aquesta referència, la determinació de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LOCM continua essent complexa. A l'empara del text originari del 1996, ja es va plantejar si a fi d'aplicar-se el règim previst en matèria de contractes a distància calia que el comprador fos, al mateix temps, un consumidor en els termes dels apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU. De la resposta depenia, per exemple, reconèixer a uns o altres subjectes la facultat de desistiment prevista aleshores en l'art. 44 LOCM. Donava suport a aquesta interpretació el mateix art. 1.2 LOCM, que feia ús de la noció de *destinatari final* a fi de descriure l'àmbit d'aplicació de la llei: «A los efectos de la presente Ley, se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento.» L'art. 48, en la redacció donada per la Llei 47/2002, encara va enterbolir més el debat. S'hi deia: «Cuando el comprador sea un consumidor, entendiendo por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables [...]» Una senzilla interpretació *a contrario sensu* permetia deduir que el comprador *podia no ser consumidor*, de manera que, només en el cas que ho fos, els drets que se li atorgaven esdevien irrenunciables. La tècnica legislativa, en aquest punt, era realment deficient, atès que aquella irrenunciabilitat ja s'anticipava en l'art. 44.3, aplicable a *tot comprador*. Vegeu, defensant que la referència al «destinatari final» de l'art. 1.2 LOCM s'ha d'entendre feta «al público comprador», A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de ordenación del comercio minorista», a G. ALCOVER GARAU *et al.*, *Estudios de derecho mercantil: Homenaje al prof. Justino F. Duque*, vol. II, Valladolid, Universitat de Valladolid, 1998, p. 948; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El concepto de consumidor», a A. AZPARREN LUCAS (dir.), *Hacia un Código del consumidor*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, col·l. «Manuales de Formación Continuada», núm. 35, p. 30. Vegeu, també, J. MASSAGUER FUENTES, «Comentario al art. 1», a F. J. ALONSO ESPINOSA (coord.), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 13, que defensava una lectura de l'art. 1.2 LOCM a l'empara dels apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU, per bé que admetent que «también tendrá la condición de comercio minorista la oferta de venta de artículos que se dirija por igual a destinatarios finales en el sentido indicado y a empresarios y profesionales, y sólo quedará al margen de este sector aquella oferta dirigida exclusivamente a empresarios o profesionales o, por mejor decir, aquella oferta que únicamente pueda ser aceptada por empresarios o profesionales». Per la seva banda, entenia que el client del comerç minorista són tots aquells que adquireixen béns «sin ánimo de reofrecerlos de nuevo al mercado», P. ESCRIBANO

4.1. DE LA «CIVILITAT» DE LES NORMES EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ AMB CONSUMIDORS A LA «CIVILITAT» DEL CONTRACTE AMB CONSUMIDORS

Les normes juridicoprivades en matèria de contractació amb consumidors tenen naturalesa civil. És una constatació que es desprèn de l'article 3f de la Llei 29/2002 i que contrasta amb la indefinició de l'article 59.2 RDL 1/2007. Aquest darrer, en establir que «[l]os contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones que regulan los *contratos civiles y mercantiles*», ajuda a perpetuar l'etern debat sobre la naturalesa civil o mercantil d'aquestes normes. Aquest debat, a Catalunya, es tanca a favor de la civilitat de les normes i el tanca l'article 3f de la Llei 29/2002.^{69,70}

COLLADO, «Comentario al art. 1», a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO i J. LEGUINA VILLA (coord.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista: Ley orgánica 2/1996, de 13 de enero, complementaria de la Ley de ordenación del comercio minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 40. Constataven que l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LOCM no es limitava al «consumidor» de la LGDCU, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 660 (2000), p. 2359; M. E. CLEMENTE MEORO, «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1 (2006), p. 166. A propòsit de la situació generada pel RDL 1/2007, es mostra especialment crític M. A. PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los Negocios*, núm. 209 (febrer 2008), p. 5 i seg.

68. Vegeu, a propòsit de la codificació de l'anomenat *dret de consum*, A. CARRASCO PERERA (dir.), *El derecho de consumo*, p. 38 i seg.

69. Vegeu F. BADOSA COLL, «Les fonts del dret civil català», a F. BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 77. Pel que fa al dret estatal, vegeu J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 203, que defensa la irrellevància de la qualificació civil o mercantil del contracte amb consumidors.

70. De tots és coneguda la generalitzada tendència de la doctrina mercantilista a qualificar també com a *contracte mercantil* aquell que realitza el professional amb el seu client o consumidor. Així ho justifica R. Uría a propòsit de l'acte de revenda de les mercaderies comprades pel professional: «Ahora bien, ni el artículo 325 ni el número 1 del artículo 326 pueden ser interpretados en forma tan restrictiva que excluyan del campo mercantil a todas aquellas operaciones en las que el comprador no actúe con intención de revender, sino con propósito de usar o consumir lo comprado. Hay que hacer excepciones: a) Una, a favor de las operaciones de reventa de aquellas cosas compradas precisamente para ser vendidas, aunque sea normal que la persona que compra al revendedor tenga ánimo de consumo. De no ser así, precisamente quedarían fuera del campo jurídico mercantil aquellas operaciones que históricamente constituyeron el fundamento de la profesión de mercader y, concretamente, todo el comercio realizado en almacenes o tiendas abiertas al público, que consiste en puras operaciones de reventa al consumidor. Aunque el Código vigente, al contrario de lo

La rellevància de la qüestió no es redueix a un tema competencial. Té altres implicacions. Incideix directament en el règim jurídic aplicable al contracte *mixt*. I, això, perquè si qui contracta amb el professional és un consumidor, el contracte esdevindrà necessàriament civil.⁷¹ El criteri legal fa prevaldre la condició del no-professional, i és per això que el comerciant resta sotmès a la llei civil.⁷²

Aquesta declaració expressa de civilitat pot ajudar a resoldre algun supòsit dubtós. Ho és, per exemple, el de les vendes immobiliàries atorgades per no-professionals a favor d'empreses dedicades a la revenda de l'immoble o d'allò que es construirà en el lloc d'aquest. La identificació d'una «intención de reventa con ánimo de lucro» en el comprador pot justificar la qualificació mercantil del contracte, a l'empara de l'article 325 del Codi de comerç (Cco). Les conseqüències d'aquesta mercantilitat són immediates. L'article 344 Cco exclou la rescindibilitat del contracte, de manera que el venedor no professional no pot, si es tracta d'un immoble situat a Catalunya, rescindir la venda per lesió (art. 321 CDCC). La situació, certament, torba, atès que és la intenció del comprador la que determina el règim jurídic aplicable al contracte, amb la qual cosa es priva el venedor d'una mesura establerta en defensa seva.⁷³ El TSJC es fa ressò

que ocurría en el anterior, no reconozca expresamente el carácter mercantil de la reventa, la doctrina no pone en duda ese carácter, e incluso del número 4 del citado artículo 326 se desprende claramente el carácter mercantil de las reventas hechas por los comerciantes, pues de no ser así no tendría sentido que esa disposición legal diga que no se reputará mercantil “la reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo”.» Vegeu R. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 579. Vegeu, també, J. I. PEINADO GRACIA, «El pretendido derecho de consumo como nueva rama del derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil* (abril-juny 1997), p. 797 i seg.

71. A propòsit de la qualificació i el règim jurídic aplicables als contractes mixtos, vegeu, des d'una perspectiva històrica i del dret comparat, F. GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, traducció de J. Bisbal, Barcelona, Laia, 1987, p. 108 i 109.

72. Fins i tot ens atreviríem a veure-hi l'aplicació d'un criteri general en matèria d'actes o de contractes mixtos, que regiria, fos o no consumidor, qui contractés amb el professional. A l'empara d'aquest criteri, també seria un contracte civil l'atorgat entre un professional i aquell qui, sense actuar al seu torn també com a professional, tampoc no encaixés en la definició vigent en aquell moment de *consumidor* (i sí, per exemple, en la de *destinatari final* dels apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU).

73. I encara desconcerta més si es té en compte que l'empresari, en revendre l'immoble a particulars, sí que pot rescindir la venda per lesió, ateses la manca d'intenció de revenda dels compradors i, per tant, la naturalesa civil d'aquest segon contracte. Vegeu, sobre aquesta qüestió, M. MARTÍN CASALS, «Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur del dret patrimonial*, p. 184; J. M. ABRIL CAMPOY, «Una incògnita no resolta: rescissió per lesió i vendes mercantils (Comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 22 de novembre de 2004)», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 6 (2006), p. 211 i seg.

de la qüestió però no s'acaba de pronunciar, en bona part dels casos perquè queda descartada la intenció de revenda del comprador i, per tant, la possible naturalesa mercantil del negoci (vegeu les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya [TSJC] de 7 de juny de 1990 [RJ 1992/2576], 7 de novembre de 1995 [RJ 1995/9976], 22 de novembre de 2004 [RJ 2005/93]⁷⁴ i 10 d'octubre de 2005 [RJ 2006/1009]).⁷⁵

Els arguments adduïts per a desestimar aquella mercantilitat o, com a mínim, per a defensar la rescindibilitat del contracte han estat més d'un. Sobresurt el de la literalitat de l'article 325 Cco, que només tracta de la compravenda de «cosas muebles». Però, evidentment, no esdevé un argument amb prou força per a descartar el caràcter mercantil del contracte de venda immobiliària, el qual, per raó de l'objecte, podria perfectament configurar-se com a negoci mercantil atípic.⁷⁶ Una altra cosa ben diferent és si, per analogia, li haurien de ser aplicables les normes previstes en matèria de compravenda mobiliària i, especialment,

74. El seu precedent, la SAP de Girona de 24 de desembre de 2003, interessa perquè s'hi declarava el caràcter mercantil de la venda immobiliària i no es permetia al venedor rescindir-la per lesió.

75. En la Sentència del TSJC de 22 de gener de 2004 també es plantejava la rescindibilitat per lesió de la venda d'una finca que es va transmetre per a urbanitzar-se. Però ni tan sols es va arribar a suggerir la qüestió de la seva possible naturalesa mercantil i la rescissió es va admetre (RJ 2004/1790). Això mateix va succeir en la SAP de Barcelona de 29 de novembre de 2004 (JUR 2005/13759). En la STSJC de 31 de gener de 2005 (RJ 2005/1140) es va descartar la rescissió per manca de lesió en més de la meitat del preu just. La demandada era una constructora, però tampoc no va recórrer a l'argument del possible caràcter mercantil del contracte.

76. Vegeu l'art. 360 del Codi de comerç (Cco) de 1829, que expressament declarava no mercantils «las compras de bienes raíces y efectos accesorios», i l'exposició de motius del Codi de comerç de 1885, que feia referència al mateix supòsit: «A la Ilustración de las Cortes no se oculta la importancia que han tomado en nuestro tiempo las empresas acometidas por particulares, o por grandes sociedades mercantiles para la compra de terrenos, con objeto de revenderlos en pequeños lotes, o después de construir en ellos edificios destinados a habitaciones, o para el laboreo de minas, o para la construcción y explotación de los ferrocarriles y demás obras públicas. Todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino una de sus operaciones sociales. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporeales.»

Vegeu F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, València, Tirant lo Blanc, 2003, p. 822. L'autor defensa que la compravenda d'immobles sempre és civil. En declara la mercantilitat (en les condicions de l'art. 325 Cco) R. URÍ, *Derecho mercantil*, p. 581. És d'aquesta mateixa opinió R. MORRAL SOLDEVILA, «La compraventa de inmuebles para uso o consumo empresarial (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 1995)», *Revista de Derecho Mercantil* (abril-juny 1997), p. 784. Les SAP de Barcelona de 14 de juliol de 2004 (JUR 2004/218228) (FJ 2n, par. 3) i 16 d'octubre de 2007 (*Revista Jurídica de Catalunya* [RJC], vol. I [2008]) (FJ 3r) admeten expressament que, si concorren la resta de requisits prevists en l'art. 325 Cco, la compravenda immobiliària és mercantil.

l'article 344 Cco. La jurisprudència, com a mínim, nega tot automatisme en aquest punt.⁷⁷

És en el context d'aquest debat que es proposa identificar el venedor no professional com a «consumidor» i, a l'empara d'aquesta identificació, defensar la naturalesa civil del contracte i, en conseqüència, la seva rescindibilitat. Aquesta qualificació s'ajustaria a la definició que proporciona avui l'article 3 RDL 1/2007 i a la que, per exigències de conformitat amb el dret comunitari, hauria d'incorporar el llibre sisè del CCCat. Aquell precepte exigeix una «actuació» amb fins aliens a la pròpia activitat professional,⁷⁸ i és precisament així com «actua» el no professional que es proposa vendre un bé immoble a un empresari o una em-

77. Cal citar la Sentència del TSJC de 10 d'octubre de 2005 (RJ 2006/1009), que no descarta la rescindibilitat de la venda immobiliària mercantil. L'argument seria que el règim previst en els art. 325 Cco i següents es redueix a la venda de mercaderies, règim que no es podria aplicar automàticament a la venda d'immobles. Si se n'excloués l'aplicació, l'entrada del «dret comú» (art. 2 i 50 Cco) permetria la rescissió de les vendes de béns immobles situats a Catalunya. Vegeu, sobretot, el FJ 11è: «[...] No consta si la seva intenció [la del comprador] era especulativa o simplement la de fer per guardar patrimoni i, en aquestes condicions, la compravenda no pot qualificar-se de mercantil; a banda que tampoc pot proclamar-se sense més ni més que la compravenda immobiliària mercantil tingui vetada l'acció rescissòria dels art. 321 i seg. CDCC per mor d'allò que disposa l'art. 344 del Codi de comerç, referit únicament als béns mobles (art. 325 i els següents dels mateixos secció i títol) tots els quals preceptes es refereixen sempre a béns mobles i en cap moment inclouen els immobles, cosa per la qual bé podria aplicar-se als immobles la màxima "inclusio unius exclusio alterius" adduïda des d'antic per la jurisprudència [...]; a part que les explicables raons de celeritat del tràfic mercantil on l'art. 344 del Codi mercantil troba el seu principal fonament i la seva raó essencial per excloure la rescissió en les compravendes mercantils de béns mobles, difícilment poden ser traslladades als immobles.» Aquest darrer argument es reproduïx en la més recent SAP de Barcelona de 16 d'octubre de 2007 (RJC, vol. 1 [2008], p. 23). Vegeu-ne el FJ 3r, par. 6: «[...] I d'altra banda, és del tot coherent que la norma imperativa de l'art. 344 del Ccom, que prohibeix la rescissió per lesió de les vendes mercantils, es consideri només operativa en la mesura que s'apliqui sobre les operacions (intercanvi de mercaderies, béns mobles) a les quals al·ludeix expressament el mateix títol en què s'insereix la prohibició (règim de la compravenda i permuta mercantils), puix que són precisament les peculiaritats del tràfic d'aquests béns —bàsicament la seva immediatesa i la variabilitat de l'oferta i la demanda i, en conseqüència, del seu valor d'intercanvi— les que exigeixen una norma prohibitiva com aquella [...].»

78. Aquesta definició suggereix, en aquest punt, un altre comentari. Atès que la qualificació com a consumidor actua amb total independència de la reintroducció del producte al mercat, també serà un cas de contractació amb consumidors i de contracte civil l'atorgat entre un professional i un no-professional «con ánimo de lucrarse en la reventa». El propòsit especulatiu del comprador no professional no torba la seva consideració com a consumidor i la civilitat del negoci. La doctrina mercantilista arriba a la mateixa conclusió però per la via d'exigir que el comprador sigui comerciant; és per això, a més, que la seva condició permet presumir l'ànim lucratiu de revenda, de difícil acreditació en altres casos (vegeu, com a precursor, A. POLO DíEZ, «El concepto y los problemas del derecho mercantil en la legislación y en la jurisprudencia española», estudi preliminar a A. POLO DíEZ, *Leyes mercantiles y económicas*, tom I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 52). En

presa immobiliària. Aquesta interpretació, certament molt literal, implica un gir conceptual important: comporta superar la concepció tradicional del consumidor com a destinatari o adquirent dels béns o serveis. En el cas que aquí s'exposa, el consumidor és el venedor, fet que evidentment no exclou ni que la iniciativa de contractar hagi estat del comprador, ni que se l'hagi de protegir de la mateixa manera que se'l protegeix quan és ell qui compra. La necessitat d'una tutela especial obeeix al fet de contractar *amb* un professional i amb un propòsit *aliè* a la pròpia professió o empresa. Hauria de ser indiferent actuar com a *venedor* o com a *comprador*.^{79, 80} És indiferent en l'article 3 RDL 1/2007.^{81, 82}

aquest context, cal fer notar que l'opinió exposada, per bé que és generalitzada, no és pas unànime (vegeu, per exemple, F. VICENT CHULIÀ, *Introducción*, p. 831, que reconeix que l'art. 325 Cco demana que el comprador, «sea o no comerciante», vulgui lucrar-se en la revenda). La nova formulació del concepte de *consumidor* necessàriament obliga a modificar aquest darrer discurs. Si la compravenda, encara que sigui feta amb ànim d'enriquir-se en la revenda, obeeix a un propòsit aliè a l'activitat professional del comprador, el negoci serà civil. I no podrà encabir-se en l'art. 325 Cco.

79. Per bé que emparant-se en la literalitat dels ja derogats apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU (que delimitava el concepte de *consumidor* a «quienes adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios»), negava la qualificació de *consumidor* al venedor no professional que contractava amb qui sí que ho era, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación», p. 133. Amb tot, l'autor entenia que la solució era poc adequada (vegeu, també, p. 119 i 120). També rebutjava la condició de «consumidor» del transmissor no especialista, J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 209. A fi d'estendre a aquest la protecció dispensada al consumidor, proposava aplicar per analogia els apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU (vegeu la nota 259).

80. La SAP de Barcelona de 16 d'octubre de 2007 nega la mercantilitat del contracte emparant-se no tant en la condició de «consumidor» del venedor, sinó, simplement, en la de «no-professional». Aquestes categories, òbviament, no necessàriament han de coincidir sempre (així, per exemple, segons els apartats 2 i 3 de l'art. 1 LGDCU, el destinatari medial no especialista no actuava com a professional, però tampoc no era considerat «consumidor»). La definició continguda en l'art. 3 RDL 1/2007 ajuda a reforçar la tendència a l'equiparació: així, o bé s'actua per una raó professional o bé s'actua per un propòsit aliè i com a «consumidor». Vegeu-ne el FJ 3r, par. 5 i 7: «[...] Des d'aquesta perspectiva cal posar l'èmfasi [...] en el propòsit que mou al comprador, de tal manera que només s'ha de considerar mercantil la compravenda, sigui de mobles o d'immobles, quan l'adquirent actua «con ánimo de lucrarse en la reventa», per emprar les paraules de l'art. 325 Ccom. Bo i entenent que, segons es desprèn dels art. 325 i 326 del Ccom i 1967.4 del Codi civil, *a sensu contrario*, la configuració típica de les compravendes mercantils ve donada per la presència en les dues posicions de la relació contractual de comerciants que actuen en qualitat de tals, de tal manera que la compravenda de mercaderies —mobles o immobles— que fa un particular a un empresari per a consum propi, sense ànim de revendre, és civil, no mercantil. [...] En el nostre cas, tot i que la compradora [...] afirmés en contestar la demanda que el seu únic propòsit en el moment de la compra era el de revendre la finca, dintre del termini màxim de tres anys, amb l'obtenció d'uns determinats marges comercials [...], el fet que l'operació que estem analitzant recaigui sobre un immoble i que la seva transmissió sigui una persona física no comerciant, determina la no-aplicació de la norma prohibitiva

4.2. LA COMPETÈNCIA PER A LEGISLAR EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ AMB CONSUMIDORS

L'article 3f de la Llei 29/2002 també permet rellegir els articles 121 i 123 EAC. El primer, en matèria de *comerç i fires*, atribueix competència exclusiva a la Generalitat de Catalunya pel que fa a l'ordenació administrativa de l'activitat comercial, que inclou «la regulació administrativa de totes les modalitats de venda». El segon, relatiu al *consum*, no inclou la regulació jurídicoprivada dels contractes de consum. Pel fet que no s'esmenten en l'article 123 EAC ni es preveuen en el 121 EAC, hom podria pensar que queden exclosos de la competència legislativa autonòmica els aspectes civils o privats de la contractació amb consumidors. La conclusió seria del tot errònia. També és possible legislar en aquest àmbit. La prova és el mateix article 3f de la Llei 29/2002, que pressuposa aquella competència quan estableix, precisament, que les normes que es dictin en el seu exercici s'han d'incloure en el llibre sisè del CCCat. La competència per a fer-ho s'encabeix en l'article 129 EAC, que, ja sense la tríada «conservació, modificació i desenvolupament», atorga a la Generalitat de Catalunya competència exclusiva en matèria civil.⁸³ A tot plegat, cal sumar-hi la competència per a incor-

ja esmentada de l'art. 344 del Ccom, i per contra, per raó del territori, l'aplicació del règim específic dels art. 321 i ss de la CDCC.»

81. En l'art. 4 RDL 1/2007 i a l'efecte de considerar algú com a «empresari», també és indiferent la posició jurídica contractual ocupada (la de venedor o la de comprador). Només cal «actuar» en el marc de la pròpia activitat empresarial o professional.

82. Per les mateixes raons exposades en el text, també serà indubtablement civil el contracte de cessió d'una finca o una edificabilitat a canvi d'una construcció futura en tots aquells casos en què el cedent actui amb un propòsit aliè a la seva activitat professional. De fet, l'àmbit natural d'aplicació de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió d'una finca o una edificabilitat a canvi d'una construcció futura, són els contractes celebrats entre particulars i empreses constructores. No transcendeix el text legal (i per això cap precepte de la Llei exigeix que el cessionari sigui un professional), però es dedueix del preàmbul: «[...] A la persona cessionària, *que normalment és promotora o constructora*, la cessió de finca li permet construir sense haver de fer un desemborsament inicial per a adquirir el sòl o el volum edificable [...]». En aquest context, si s'arribés a fer ús del criteri emprat en matèria de compravenda immobiliària a fi de defensar la naturalesa mercantil de la cessió, les conseqüències serien més greus. Atendre només l'ànim de l'empresa permutant de lucrar-se en la revenda a l'efecte de qualificar el contracte de *mercantil*, no implicaria només negar al particular la possibilitat de rescindir el negoci per lesió, sinó que implicaria també admetre que l'àmbit natural d'aplicació de la llei és matèria mercantil. El legislador català no tindria competència legislativa en aquest àmbit i l'aplicació de la llei a aquells supòsits s'hauria de fonamentar en el caràcter de dret comú que té a Catalunya el dret civil català, o, dit d'una altra manera, en el caràcter d'aquest de dret supletori de la legislació estatal mercantil.

83. Quant a aquesta qüestió, vegeu J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA, «Pròleg», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (ed.), *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, Barcelona, EUB, 2007, p. 23: «[...] Val a dir, però, que probablement per una manca de visió de conjunt, la for-

porar o transposar a l'ordenament català directives comunitàries en matèria de contractació amb consumidors (art. 113 i 189 EAC). I això últim és així perquè es tracta de dictar normes jurídicoprivades de naturalesa civil, i, a Catalunya, la competència per a fer-ho correspon a la Generalitat de Catalunya.

La transcendència de l'article 3f de la Llei 29/2002 rau, doncs, en el reconeixement de la competència legislativa autonòmica en matèria de contractació amb consumidors. No només se'n podran regular els aspectes administratius, sinó també els privats, encara que sigui en l'extensió permesa pel Tribunal Constitucional en interpretar els límits representats, entre altres, per les «bases de las obligaciones contractuales» (art. 148.1.8 CE).⁸⁴ En qualsevol cas, queda clar que el legislador català no ha de limitar-se, com ha fet quasi sempre fins ara,⁸⁵ a l'establiment dels requisits administratius previs per a la contractació amb consumidors o a l'establiment de determinats deures del professional envers el consumidor *només* considerats, en cas d'incompliment, com a infracció administrativa.^{86, 87} El

mulació emprada per l'Estatut per a la delimitació competencial d'algunes matèries que també tenen alguna vessant civil no resulta del tot coherent amb la nova redacció de l'article 129. L'article 121, per exemple, sembla excloure que la Generalitat pugui legislar sobre aspectes civils de les diferents modalitats de venda de consum, en la mesura que la lletra b) de l'apartat 1 d'aquest precepte només al·ludeix a la regulació administrativa. Això, unit al silenci que l'article 123 del mateix Estatut reformat manté en relació amb els contractes de consum, no s'adiu amb l'especial previsió que fa la lletra f) de l'article 3 de la Primera llei, quan disposa que el Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, comprèn també la contractació que afecta els consumidors. El mateix es pot dir de l'article 137 quan circumscriu la competència exclusiva de la Generalitat a la regulació administrativa del comerç referit als habitatges. En canvi, en relació amb el turisme, l'article 171 d) té una relació molt més complexa i acurada, ja que, a banda d'atribuir a la Generalitat la competència exclusiva sobre la regulació dels drets i els deures específics dels usuaris i dels prestadors de serveis turístics, ho fa també en relació amb els mitjans alternatius de resolució de conflictes [...].»

84. Vegeu una acurada exposició de la qüestió a J. MARCO MOLINA, «La incorporación de directivas», p. 36 i seg.; J. MARCO MOLINA, «Els contractes de consum regulats en lleis especials», a F. BADOSA COLL (dir.), *Manual*, p. 268 i 269 i 296 i seg.

85. En seria una excepció el ja citat Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatges. Per bé que és un exponent de la legitimació de les comunitats autònomes per a incorporar directives comunitàries (en aquest cas, la 90/314/CEE, de 13 de juny, relativa als viatges combinats, les vacances combinades i els circuits combinats), al nostre entendre la seva importància és major perquè constata la capacitat autonòmica per a regular aspectes jurídicoprivats de la relació contractual.

86. És la qualificada *administrativització dels contractes civils*, a G. FREIXAS I GUTIÉRREZ, «Abast de les competències», p. 81.

87. En general, a propòsit de la configuració com a infracció administrativa de l'incompliment de normes jurídicoprivades i, sobretot, de les disfuncions que pot generar aquesta doble regulació, vegeu A. CARRASCO PERERA (dir.), *El derecho de consumo*, p. 411: «[...] Esta forma de proceder plantea problemas, que desaconsejan su uso inmoderado. El primero de ellos es la frustración que produce, paradójicamente, en el consumidor. Con las limitaciones actuales del procedimiento administrativo sancionador, el particular que denuncia en vía administrativa la comisión de una infrac-

llibre sisè del CCCat pot encetar una nova tendència a «civilitzar» la norma administrativa.⁸⁸

ción de consumo de este tipo no puede esperar, en cambio, que su interés particular (reparación, indemnización, sustitución, etc.) sea restablecido por la resolución administrativa sancionadora [...]. Existe igualmente un problema potencial de contradicción de soluciones en vía administrativa y en el orden civil. Como no existe litispendencia entre procedimiento civil o administrativo, pueden darse soluciones contradictorias para casos equivalentes, además de conducir a una incongruencia de criterios contraria a la racionalidad y seguridad jurídica. Piénsese en la situación que resultará de la imposición de sanciones administrativas por la utilización de cláusulas predispuestas que los tribunales civiles han declarado válidas, cuando el órgano administrativo, en el ejercicio de su propia competencia de calificación, ha entendido que se trata de una cláusula abusiva [...].»

88. Una altra cosa són els efectes civils que, ara per ara, pugui arribar a generar la norma administrativa. Ja s'ho plantejava R. CASAS VALLÉS, «Defensa de los consumidores y derecho civil», RJC (1992), p. 116-118. Ho feia a propòsit de l'art. 13.2 de l'aleshores Projecte de llei de comerç interior, que prohibia l'enviament de mercaderies o serveis no sol·licitats pel receptor, especialment els que es fessin advertint que la manca de resposta permetria presumir la seva acceptació. I ho feia en els següents termes: «[...] ¿podrá sostenerse que carecen de efectos civiles normas como el art. 13.2 del Proyecto de Ley de Comercio Interior? ¿Acaso la prohibición de ofertas que desplacen al consumidor la carga de rechazarlas puede limitar su alcance al ámbito administrativo? ¿Podría sancionarse a la empresa que ha hecho un envío bajo esas condiciones y, al propio tiempo, sentenciar a su favor en un pleito civil en el que reclama el pago del precio? ¿No sería más lógico deducir de la prohibición la nulidad del contrato?» La norma va arribar a l'art. 13.2 de la Llei 23/1991, de 29 de novembre, de comerç interior, i, més tard, a l'art. 28.2 del DL 1/1993, de 9 de març, de comerç interior, avui vigent. En el context d'ambdós textos, la pretensió legislativa era únicament establir la regulació *administrativa* d'aspectes bàsics del comerç interior a Catalunya. La civilització de la norma, apuntada en el text, podria incidir ara en els aspectes juridicoprivats. Ho podria fer, per exemple, a semblança d'allò que es preveu en l'art. 100 RDL 1/2007, que preveu clarament efectes privats: «1. Queda prohibido suministrar al consumidor o usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. En caso que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, *el consumidor o usuario receptor de tales bienes o servicios no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio.*» Vegeu també l'art. 42 LOCM i l'art. 107 de la Proposició de llei de comerç, presentada pel Grup Parlamentari Convergència i Unió (BOCG, «Congreso de los Diputados», sèrie B, núm. 10-1, de 26 de juliol de 1993, p. 1 i seg.). O, millor encara, ho podria fer millorant el que allà es disposa i aclarint, per exemple, si es vol que el supòsit sigui d'adquisició definitiva del bé pel receptor, de només irreivindicabilitat (vegeu-ne la diferència a F. BADOSA COLL, «Els dos sistemes adquisitius de la propietat», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *La codificació dels drets reals a Catalunya: Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Civil Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitària, 2007, p. 101) o ni tan sols això últim (així, el precepte podria només voler dir que el consumidor no té el deure de prendre la iniciativa en la devolució del bé i que només l'haurà de retornar necessàriament si el professional l'hi reclama; per a altres alternatives, vegeu R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO i Á. CARRASCO PERERA, «Borrador de Anteproyecto de ley de ventas por correo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 21, p. 991). D'altra banda, aquest particular exercici de civilització podria emparar-se també en la incorporació al dret català de l'art. 9 de la Directiva 1997/7, del Parlament i del Consell, de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels consumidors i usuaris en matèria de contractes a distància.