

DEL CONSUMIDOR DESTINATARI FINAL AL CONSUMIDOR NO EXPERT EN LA CONTRACTACIÓ EN MASSA¹

Immaculada Barral

*Professora titular de dret civil
Universitat de Barcelona*

1. PLANTEJAMENT

Tothom sol estar d'acord que l'ordenament jurídic té un conjunt de normes l'objectiu clar de les quals és protegir una de les parts del contracte o de la relació jurídica *de facto*, que anomenen *consumidor*. A partir d'aquesta idea inicial, les qüestions al voltant de quines són aquestes normes, quins principis serveixen, quan s'apliquen i a qui, és a dir, qui pot ser qualificat jurídicament com a *consumidor*, poden generar intensos debats. Si, a més, aquesta qüestió es vincula a la creació d'un dret europeu comú en àmbits com el contracte, es pot arribar a complicar fins a límits insospitables. Però, en tot cas, no es pot posar en dubte la utilitat, en el nostre entramat legal actual, d'esbrinar l'aplicació pràctica d'aquest conjunt normatiu que, de moment, està clar que té un perfil propi i que depèn de la noció jurídica de *consumidor*, interpretada de manera més o menys ampla. En aquest context, l'article que el lector té entre les mans pretén oferir algunes idees per a una anàlisi d'aquest concepte basada en la noció que forneixen la legislació i jurisprudència. Aquesta contribució no és, però, una mostra exhaustiva en cap sentit, sinó més aviat una selecció d'elements que apunten cap a la necessària ampliació del concepte de *consumidor*, per tal que, com a categoria jurídica, continuï tenint l'eficàcia que se li pressuposa i que cenyeix el seu abast al que anomenem *contractació en massa* o *massificada*, perquè és en aquest camp on la legislació finalista de protecció al *consumidor* té un abast més evident.

1. Aquest treball s'emmarca dins dels estudis finançats pel projecte de recerca «Codificación del derecho de consumo y arbitraje» (BJU 2003-0314).

2. LES BASES CONCEPTUALS DE LA NOCIÓ DE *CONSUMIDOR*: CONTRACTACIÓ EN MASSA I PROTECCIÓ DEL CONTRACTANT MÉS DÈBIL

La noció de *consumidor* és, d'entrada, una noció jurídica, en la mesura que determina l'aplicació d'un conjunt de normes, però també es mou sovint en un àmbit poc jurídic, especialment premsada entre els estudis econòmics al voltant del mercat i els estudis sociològics, que atenen només el comportament de les masses en aquest àmbit. Això fa que la noció de *consumidor* sovint sigui jurídicament massa indeterminada, com també segurament ho és el mateix conjunt normatiu anomenat *dret de consum*. Nogensmenys, sembla clar que la protecció del consumidor ve imposada per una nova manera de contractar provocada per canvis socioeconòmics importants que demanen noves eines jurídiques.²

2.1. LA CONTRACTACIÓ EN MASSA

La noció de *consumidor*, més o menys indeterminada, es presenta sovint unida a un context d'anàlisi econòmica del dret, en qualsevol de les seves vessants, sorgida als Estats Units d'Amèrica als anys quaranta i que es va desenvolupar constantment fins al punt àlgid dels anys seixanta i setanta,³ i se sol relacionar amb una famosa al·locució de J. F. Kennedy al Congrés en la qual va afirmar que «tots som consumidors».⁴ No cal dir que l'expressió és afortunada i que va arribar al nostre país una mica més tard, però amb prou intensitat per a ser inclosa en l'article 51 CE sota la idea de «protecció als consumidors» erigida en principi rector de l'economia.⁵ Més concretament i en referència al dret privat, va arribar als anys vuitanta, accelerada per l'anomenat *cas de l'oli de colza desnaturalitzat*, i es va convertir en expressió legal, que va recollir l'article 1.2 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa de consumidors i usuaris —en endavant LGDCU.⁶

2. Vegeu Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, 1988, p. 21 i seg.

3. La data dels seixanta i els setanta la fixa l'OCDE en el seu *Consumer policy during the past ten years*, París, Comitè de Política del Consumidor, 1983, cap. 1.

4. Extret del missatge especial al Congrés americà de 15 de març de 1962; per això el Dia Mundial del Consumidor és el 15 de març.

5. Sobre aquest fet, vegeu J. GUILLÉN CARAMÉS, *El estatuto jurídico del consumidor*, Madrid, 2002, p. 71 i seg.

6. Que aquesta llei general que defineix el consumidor i posa les bases del dret de consum sigui anterior a l'entrada d'Espanya a l'aleshores CEE i a la recepció de l'anomenat *acquis communautaire* pot explicar algunes col·lisions entre totes dues visions dels consumidors.

Aquesta noció legal és el reflex de canvis socioeconòmics de gran magnitud. Com exposa Díez-Picazo,⁷ va néixer de la constatació de dues realitats socials: la massificació de les relacions contractuals i el canvi tecnològic. La massificació de les relacions contractuals té dues conseqüències clares: l'estandardització de les relacions contractuals i l'anonimat de les parts en les relacions jurídiques, de manera que s'explora la fungibilitat de la part contractant en els anomenats *contractes automatitzats* o en l'ús eficaç de bons i tiquets com a títols de legitimitat anònima. Per la seva banda, el canvi tecnològic crea una nova categoria d'experts —perits— que coneixen el funcionament de les relacions contractuals, davant d'una massa indiscriminada que no les coneix. En una primera aproximació, la idea de protegir el consumidor és el remei legal a la constatació dels canvis socioeconòmics esmentats que busca remeis adequats a les noves necessitats. De fet, no sembla agosarat centrar el debat en l'anomenada *contractació en massa*, que té en les nostres societats un marcat perfil que accentua la desigualtat entre els contractants i justifica una intervenció legal.⁸

Les relacions encara es poden considerar més estretes si tenim en compte que el dret de consum incorpora a l'àmbit de les relacions entre particulars la noció econòmica de *destinatari final* com a element bàsic de la noció jurídica de *consumidor*: la LGDCU defineix el consumidor de manera negativa, ja que entén per consumidor aquell que no és productor i que només percep un valor d'ús dels béns i serveis de utilitza. I aquesta presa de postura, que legítimament pot ser l'única viable, fa que, en la protecció al consumidor, aquestes bases socioeconòmiques enterboleixin de vegades l'anàlisi jurídica i n'esbiaixin el resultat. En tot cas, aquesta noció de *consumidor* s'ha d'emplenar de contingut jurídic en l'actual marc normatiu. Aquesta és la tasca que ens proposem, si no acabar, almenys, apuntar.

2.2. LA PROTECCIÓ DE LA PART CONTRACTANT MÉS DÈBIL

La voluntat de protegir una de les parts en les relacions jurídiques, especialment en les contractuals, ha generat un conjunt normatiu en el qual es poden detectar una sèrie de principis d'actuació. És el que convencionalment s'entén per *dret de consum*, o que pot anomenar-se també *dret dels consumidors* o bé *protecció dels consumidors*, en un sentit menys estricte. Així, cenyint-nos a la nor-

7. L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho y masificación social, tecnología y derecho* (Dos esbozos), Madrid, 1987, p. 42 i seg., 50 i seg., i 95 i seg.

8. H. COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford, 1999, p. 229 i seg.

mativa de protecció al consumidor de caire eminentment privat,⁹ podem dir que la normativa es dirigeix a complementar l'economia de mercat (art. 38 LGDCU), és a dir, a temperar el joc entre l'oferta i la demanda a favor d'aquesta última, restablint un cert equilibri entre els recursos i els poders respectius. Bé que apriorística, aquesta idea sembla l'únic punt possible de partida, com veurem en el desenvolupament de les qüestions per tractar. En efecte, no es pretén aquí defensar la independència del dret de consum com a disciplina, que possiblement no existeix, ni d'establir les bases per a la seva sistematització teòrica; la qüestió és més senzilla i més pràctica: hi ha un conjunt normatiu que genera una lògica pròpia en la regulació de la fase precontractual, l'organització i el compliment del contracte i la responsabilitat amb normes diferents de les generals, entenent per aquestes les de la contractació del Codi civil, que s'aplica només quan una de les parts pot ser jurídicament qualificada com a consumidor. En aquest sentit, allò que justifica aquest tractament diferenciat és la constatació del desequilibri entre les dues parts que porta a crear remeis específics en favor només de la part que és considerada «dèbil».¹⁰

Per això, el denominador comú de les normes de consum és que es tracta d'una legislació finalista, en el sentit que intenta restablir l'equilibri entre les parts d'un contracte o d'una relació jurídica en general. És per això que aquest conjunt normatiu al qual fem referència gira al voltant de la noció de *consumidor*, de manera que, més enllà de qüestions exclusivament dogmàtiques, saber quan una persona física o jurídica¹¹ es considera *consumidor* té un important interès pràctic, perquè determina l'aplicació o no d'un conjunt de normes determinades.¹²

9. Pel que fa a la pluridisciplinarietat del dret de consum, que va més enllà de les disciplines merament jurídiques i la seva relació amb diverses polítiques, vegeu G. BOTANA GARCÍA, «Comentario al artículo 1 LGDCU», a E. LLAMAS POMBO (coord.), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005, p. 42 i 43. Amb caràcter general, vegeu J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1986, p. 21.

10. L'expressió no és encertada, segons la nostra opinió. Prové de la idea de la *weaker party* dels anglosaxons, que de vegades és difícil de dotar de contingut. Sobre aquest concepte, vegeu E. HONDIUS, «The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A synthesis», *Journal of Consumer Policy*, núm. 27 (2004), p. 245-251.

11. Al voltant de la qüestió de si la persona jurídica pot ésser considerada o no consumidor, vegeu l'epígraf 3 i les posicions divergents entre la legislació espanyola i la comunitària.

12. El concepte de *consumidor*, com a qüestió pràctica transcendent, ha preocupat especialment en matèria d'arbitratge de consum. En efecte, el Reial decret 636/1993, de 3 de maig, que regula l'arbitratge de consum, no ofereix un concepte de *consumidor*, però aquest aspecte és important perquè, si l'arbitratge és de consum, saber en cada sol·licitud d'arbitratge si el reclamant és consumidor es converteix en un tema cabdal pel que fa a la legitimació activa, és a dir, qui pot ser

I aquesta precisió és important perquè l'aplicació d'aquest conjunt normatiu propi de la protecció al consumidor trenca els principis fonamentals de la contractació clàssica (doctrina econòmica liberalista), en concret la igualtat entre les parts contractants (art. 1254 i 1256 CC) i l'autonomia de la voluntat. En efecte, en el model de la contractació clàssica, l'autonomia de la voluntat era la pedra angular (art. 1255 CC) que donava a l'individu la possibilitat de negociar fins a l'infinit, de manera que el subjecte era absolutament lliure de decidir si contractava o no i; si ho feia, quin era el contingut exacte de la seva declaració de voluntat, com a mínim deixant de banda els anomenats *contractes normats*.¹³ En canvi, en el dret del consum, el contracte deixa de ser sovint un acte d'autonomia de la voluntat, tal com s'entenia: és veritat que el dret del consum ha de partir necessàriament del principi de l'autonomia de la voluntat, és a dir, de l'essència del pacte, però es dirigeix a fornir les cauteles que permetin assegurar al màxim la llibertat en la decisió mateixa de contractar i en el contingut del contracte.

D'altra banda, el dogma liberalista de la igualtat entre les parts suposa una contractació a un nivell d'igualtat que no es produeix avui en dia: el contingut està prefixat i imposat per una de les parts mitjançant els instruments de les condicions generals o el contracte d'adhesió;¹⁴ l'oferta contractual està mediatitzada

reclamant. I això, per dos motius derivats del que se sol anomenar *unidireccionalitat de l'arbitratge de consum* (S. DÍAZ-ALABART, «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo», a E. FLORENZA TOMÁS [ed.], *El arbitraje de consumo*, València, 2004, p. 59): d'una banda, l'arbitratge de consum només resol les controvèrsies del consumidor davant d'un empresari —encara que s'admeti la reconvençió d'aquest, però només en relació amb allò que directament s'ha sotmès a arbitratge—; de l'altra, només el consumidor pot iniciar un procés d'arbitratge de consum (article 2.1 i 5).

13. Solen considerar-se un límit a aquesta apreciació els contractes en els quals la llibertat perquè ambdós contractants configurin el contingut contractual queda limitada pel fet que la llei imposi cert contingut. És el que es denomina *contracte normat*, en el qual la llei imposa determinades regles sobre el tipus contractual que han d'ésser respectades. Les parts tenen llibertat per a decidir si contracten o no, però si decideixen fer-ho han de complir els requisits legals. Els contractes normats atempten directament contra el principi d'autonomia de la voluntat (art. 1255 CC), però s'admeten perquè aquest sistema permet que el particular obtingui més garanties d'aquesta manera que no pas deixant la fixació del contingut a la mera llibertat d'estipulació. És un exemple de contracte normat el contracte d'assegurança que pren la seva configuració legal de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del contracte d'assegurança, les normes de la qual són imperatives, d'acord amb el que determina l'article 2 d'aquesta llei.

14. La segona limitació a la llibertat en la fixació del contingut es produeix en aquells casos en els quals una de les parts predispone el contingut contractual, de manera que l'altra es limita a consentir sense que pugui existir negociació. Aquest tipus de contractes es denominen *contractes d'adhesió* i perquè l'acceptant es limita a adherir-se a l'oferta realitzada sense poder modificar-ne el contingut i se suprimeix l'opció d'una contraoferta, i es relacionen amb el problema de les condicions generals, que tractarem més endavant.

per la publicitat i fins i tot el contingut de la publicitat es pot vincular al contingut contractual; per altra banda, existeixen contractes en els quals el consumidor pot exercitar un dret de desistiment *ad nutum*, pel qual pot deslligar-se de l'acord contractual previ sense al·legar cap mena de justificació.

En definitiva, la protecció al consumidor neix de la constatació de l'existència d'una part més dèbil, el consumidor, a la qual es presta protecció com a contractant. Per aquest motiu, la LGDCU fa una enumeració dels drets bàsics irrenunciables dels consumidors que respon a aquesta idea (art. 2, esp. *d, f*), de la mateixa manera en què ho fa l'article 51 CE.

El nostre sistema legal en aquest àmbit ha optat, d'entre les alternatives possibles, pel sistema de dissenyar una llei especial que defineixi el consumidor i que reguli les normes més evidents de la seva protecció: estem parlant de l'article 1.2 de l'Estatut del consumidor (EC) de Catalunya i, en allò que pugui aplicar-se, de l'article 1.2 LGDCU. D'aquests, en relació amb altres preceptes de lleis especials que també apunten o matisen aquesta idea general, i de l'aplicació jurisprudencial d'aquests preceptes, en volem extreure la noció de *consumidor*.

3. QUI ÉS CONSUMIDOR? DIFERENTS MANERES D'ENFOCAR EL PROBLEMA

D'entrada, cal distingir dos grans conceptes de *consumidor*,¹⁵ que de mica en mica sembla que s'acosten. D'una banda, trobem el que podríem anomenar *concepte ampli o abstracte de consumidor*, basat en una idea genèrica que engloba qualsevol persona del tràfic econòmic que actua davant d'una empresa organitzada; és a dir, tota persona que adquireix béns o serveis i que aspira a tenir un nivell adequat de qualitat de vida. Sol tenir caràcter programàtic i va ser utilitzat per primer cop per J. F. Kennedy, com ja hem vist,¹⁶ quan va dir «tots som consumidors»; aquesta va ser la primera vegada que es va donar algun tipus de contingut, possiblement metajurídic, a la noció de *consumidor*. Aquest concepte es mou més enllà de les nocions concretes de *consumidor* que comporten l'atribució de drets concrets i la generació de normativa especial; és una noció abstracta que no es refereix a la noció de *destinatari final* que es relaciona amb la qualitat de vida i engloba a tots els ciutadans. D'entrada, i com afirma Berco-

15. Vegeu R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 1», a *Comentarios a la ley general para la defensa de consumidores y usuarios*, Madrid, 1982, p. 15, que ha estat presa com a referent.

16. Vegeu l'epígraf 1.

vitz,¹⁷ sembla poc útil des del punt de vista jurídic perquè és excessivament programàtic. De fet, recull aquest concepte de manera clara l'article 51 CE, i en trobem un altre exemple en l'Estatut base del consum, que considera consumidors a «todos aquellos a los que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que puedan afectarle directa o indirectamente como tal consumidor», que el TC va reconèixer com a vàlid en la Sentència de 30 de desembre de 1982. Però, de fet, pot ser la perspectiva més interessant en un futur, si la noció de *consumidor* avança cap a la modificació de les normes contractuals tradicionals.¹⁸

En un punt d'anàlisi bastant diferent —per bé que no antitètic—, existeix el que s'anomena *concepte estricte de consumidor*, que és el que solen acollir les lleis que determinen el sostre legal de la protecció als consumidors. Aquest concepte estricte pren en consideració dues nocions: d'una banda, l'anomenat *consumidor client*, concepte ampli que tendeix a ser omnicomprensiu i que no totes les lleis recullen.¹⁹ D'una altra banda, trobem la noció de *consumidor destinatari final*, que és la més estricta de totes. De fet, representa una concreció de la idea de teoria econòmica quan es refereix, en contra del subjecte productor, a aquell que adquireix béns o serveis per a ús propi, és a dir, per a no tornar-los a integrar en un procés productiu.²⁰ És un concepte que prové de la ciència econòmica i que individualitza el destinatari final de la cadena de producció com aquell que adquireix la cosa pel seu valor d'ús, en contra de qui ho fa pel seu valor de canvi, és a dir, per a integrar-la en un procés productiu. D'aquesta manera, la noció de *consumidor destinatari final* és merament descriptiva i negativa: és consumidor aquell que no torna a integrar els béns en un procés productiu. D'entrada, aquest és el concepte que recull la LGDCU i el concepte al qual ens haurém de referir en primer lloc.

D'altra banda, avui cal parlar també de l'anomenat *usuari*, entès com a consumidor de serveis. En aquest cas, la doble terminologia està determinada més pel tipus de contracte o de relació jurídica al qual es refereixen ambdues formes, que per la possibilitat de trobar diferències possibles entre les nocions de *consumidor* o d'*usuari*, que cal considerar sinònimes a l'efecte que ara ens interessa.

17. E. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 1», p. 16.

18. Vegeu els epígrafs 6 i 7 d'aquest treball.

19. Sobre aquest concepte, vegeu J. BERMEJO VERA, «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», RAP, 1978, p. 258.

20. Sobre aquest concepte i la seva utilitat, vegeu G. BOTANA GARCÍA, «Comentario al artículo 1 LGEDCU», a E. LLAMAS POMBO (coord.), *Ley general para la defensa*, p. 64 i seg. i, esp., 68 i seg., que analitza el concepte concret de *consumidor* que ofereix l'LGDCU, enfront d'altres definicions més obertes, com la noció d'*acte de consum*.

Vistos aquests conceptes generals, ara ens toca esbrinar com actuen en el nostre ordenament.

4. EL CONCEPTE LEGAL: LA QUALIFICACIÓ D'UNA PART COM A CONSUMIDOR I LA NOCIÓ DE *DESTINATARI FINAL*

L'opció legal al voltant de la legislació de consum comporta una clara presa de posició a l'hora d'abastar la noció de *consumidor*, i és per això que correspon en aquest moment analitzar la sistemàtica de la legislació de consum i la influència que aquesta pugui tenir a fixar la noció de *consumidor*; així, en el nostre sistema de llei general, caldrà determinar l'abast de la noció de *consumidor* que utilitza tal com s'ha entès de manera majoritària. És el primer punt de partida per a arribar a nous conceptes més amplis o més útils.

4.1. EL CONCEPTE LEGAL I LA SISTEMÀTICA DE LA LEGISLACIÓ DE CONSUM

No es pot afirmar que existeixi una única noció de *consumidor*, perquè diferent és també la voluntat protectora de cada llei, de manera que, com ja hem dit, el dret de consum ha de ser qualificat de *legislació finalista*, que agrupa qualsevol normativa tendent a l'objectiu que hem descrit en començar: evitar o endolcir la desigualtat entre les parts quan una d'aquestes pot ser qualificada de *consumidor*. En aquest sentit, qualsevol anàlisi ha de partir, necessàriament, de la noció legal de *consumidor*, allà on es trobi, ja que serà aquesta noció la que dictarà l'àmbit d'aplicació de les diferents normes. Aquesta qüestió comporta un evident biaix, perquè, segons com s'estructuri la normativa de protecció al consumidor, el concepte que haguem d'aplicar pot tenir més o menys importància.

Podem parlar de tres models d'ordenació de la legislació de consum:²¹ l'existència d'una llei general amb un concepte de *consumidor*, la codificació total del dret de consum i la inclusió de normes de consum en els codis civils tradicionals. Finalment, es pot optar per un no-sistema, incloent normes sobre protecció al consumidor en lleis especials disperses que continguin o no una definició de *consumidor*. Aquest últim model, de fet, fuig de la noció de *consumidor* i es limita a aplicar normes concretes a subjectes que en un determinat moment

21. Sobre aquest tema, vegeu A. CARRASCO PERERA, *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, p. 36 i seg.

puguin necessitar protecció, de manera que la importància de les definicions legals és menor, ja que no sembla necessària una noció unitària de *consumidor*.

En aquest context, tant la legislació estatal com la catalana han optat per un sistema de llei general sobre consumidors que està envoltada de lleis sectorials més específiques, i en aquestes lleis generals, és a dir, l'LGDCU i la Llei 3/1993, de 5 de març, de l'Estatut del consumidor —d'ara en endavant ECC—, s'hi inclou un definició de *consumidor*. Això vol dir que en aquestes lleis es defineix amb caràcter general qui és consumidor o no. De fet, però, aquesta via de la llei general que inclou una definició de *consumidor* és una opció còmoda; l'opció més compromesa és la de bastir un codi de dret de consum,²² ja que les implicacions sistemàtiques d'un edifici legal codificat demanen un concepte únic i clar de *consumidor*, en la línia del Code de la Consommation francès. De la mateixa manera, la inclusió de normes de consum en el Codi civil exigeix distingir sense marge d'error quan s'aplica cada conjunt normatiu. En aquest sentit, l'opció menys compromesa és la de la llei general que conté un concepte que s'ha d'aplicar d'entrada, però també permet que existeixin altres lleis que, en el seu àmbit d'aplicació, optin per una noció concreta de *consumidor*, que pot diferir de la noció general. Aquesta organització sol crear sinèrgies, com podem veure, que es concreten a detectar tendències legislatives noves que actualitzen el concepte general. D'altra banda i arran de la publicació de la Llei de garanties, el legislador espanyol treballa en la línia d'elaborar un text refós de les principals lleis de consum que reforci aquesta idea de marc general de la legislació de consum —disposició final quarta.

De fet, l'existència de diferents conceptes de *consumidor* sol posar de manifest el diferent origen de les normes que tracten el dret de consum. L'LGDCU és una llei nacional anterior a l'entrada d'Espanya a l'aleshores anomenada *Comunitat Econòmica Europea* (CEE) i provocada per un fet d'una gran importància social, econòmica i jurídica com va ser la intoxicació massiva amb oli desnaturalitzat de colza que es venia a doll, i representa un primer intent de regular els drets d'aquest conjunt de consumidors desprotegits. En canvi, moltes de les normes sectorials del dret de consum, i podem posar com a exemple més rellevant l'LRPD, són transposicions de directives comunitàries que miren no tant la protecció del consumidor en sentit estricte, sinó la consecució del mercat interior sense fractures jurídiques, de manera que la legislació nacional aplicable en cada cas no freni o encareixi massa la seva expansió transfronterera; l'últim desig sol ser evitar la fragmentació del mercat i el falsejament de la com-

22. Aquesta havia estat l'aposta de l'Agència Catalana de Consum, que havia començat a redactar un esborrany de Codi de consum.

petència. En aquest sentit, sol afirmar-se que el consumidor és el subjecte més beneficiat de la unificació del mercat interior,²³ o com a mínim el seu referent, però, encara que això es pugui sostenir en el pla del debat d'idees, la seva aplicació pràctica, almenys en el sistema espanyol, sembla no confirmar-ho.

4.2. LA QUALITAT D'UNA DE LES PARTS CONTRACTUALS COM A CONSUMIDORA I LA IDEA DE *DESTINATARI FINAL*

Si entrem ja en el que és l'anàlisi de la noció de *consumidor*, de *lege data*, l'LGDCU (art. 1.2) dóna un concepte concret i subjectiu de *consumidor* com a destinatari final de béns i serveis. Aquesta idea inclou, d'una banda, les relacions entre particular i empresari si aquell és el destinatari final del béns o serveis. En canvi, s'exclouen les relacions entre particulars o entre empresaris i les relacions amb l'Administració pública quan actua sotmesa al dret administratiu.

La definició de l'article 1 LGDCU és una definició en la qual cal precisar dos aspectes:²⁴ es refereix a la persona que es relaciona amb un empresari, de manera que s'exclouen les relacions entre particulars i entre empresaris. A més, aquest consumidor és un destinatari final en el sentit que no pretén tornar a introduir els béns en el mercat, encara que no els conservi materialment, o bé no pretén integrar-los en un procés productiu (encara que els conservi materialment). És a dir, és un consumidor —més aviat es comporta com un consumidor— qui adquireix béns o serveis d'un empresari que es destinen a la satisfacció de necessitats personals o familiars, és a dir, alienes al desenvolupament d'una activitat professional. Aquest doble paràmetre de la definició de *consumidor* fa que haguem d'analitzar dos elements per saber si estem davant d'un consumidor. D'una banda, hem de saber la qualitat amb la que actuen les parts de la relació contractual;²⁵ d'una altra, hem de considerar el tipus d'operació econòmica que duen a terme. De totes dues idees, és possible extreure'n conclusions importants.

De moment i deixant ara de banda els anomenats *conceptes amplis de consumidor*, les normes del dret de consum estan basades en la constatació d'una asimetria en el moment de contractar: només una de les parts ha de poder ser qualificada de *consumidor*; l'altra ha de ser un empresari, o, més aviat, un operador professional del mercat, ja que parlem d'un concepte ampli d'*empresa*. El que no

23. En aquest sentit, G. BOTANA GARCÍA, «Comentario al art. 1», p. 49.

24. J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas: la ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 160 i seg. —Sq1/89—.

25. J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, p. 166 i seg.

queda tan clar és com s'ha d'efectuar aquesta distinció. D'entrada, és possible articular la noció de *consumidor* des d'un doble punt de vista: objectiu i subjectiu. El criteri subjectiu aïlla la noció de *consumidor* en funció de la persona que contracta o realitza l'acte jurídic. Suposa la qualificació d'una de les parts de *consumidor*, és a dir, de *no professional*. El criteri objectiu, en canvi, se centra en l'anomenat *acte de consum*, és a dir, l'acte jurídic que permet obtenir un bé o un servei per tal de satisfer una necessitat personal o familiar. Després tornarem a aquesta idea, que no és la que presideix avui el concepte legal de *consumidor*.²⁶

De fet, la idea de *consumidor destinatari final* llegida des del punt de vista subjectiu, és a dir, com a qualitat que informa una de les parts, és força més restrictiva. I ho és perquè només protegeix el subjecte en situació de desequilibri sempre que pugui ser considerat consumidor. La conseqüència més vistosa és que no pot ser considerat consumidor l'empresari que contracti encara que es produeixi un desequilibri en relació amb l'altre contractant. En aquest àmbit podem trobar els petits productors agraris o els artesans, que, pel fet d'ostentar aquesta qualificació subjectiva en la relació jurídica, no poden protegir-se com una altra qualificació subjectiva, és a dir, com a consumidors. Després analitzarem l'aplicació jurisprudencial d'aquesta, en principi, nítida distinció.²⁷

En canvi, la noció de *consumidor destinatari final*, àdhuc presidida per la noció subjectiva de *qualificació d'una de les parts enfront de l'altra*, no s'atura en la noció de *persona física* i pot abastar, també, les persones jurídiques. En efecte, pot ser consumidora també una persona jurídica si pot ser qualificada de *destinatària final*. Cal destacar que la legislació espanyola considera que les persones jurídiques poden ser considerades consumidores si compleixen els requisits legals. Això serveix, com a mínim, per a les anomenades *entitats sense afany de lucre*, i àdhuc en línia de principi, en relació amb aquest tipus d'entitats, es compleix la idea de *desequilibri contractual*. En aquest sentit i sense voluntat de ser exhaustius, hi ha exemples de l'aplicació de la categoria de consumidor a les entitats sense afany de lucre; per exemple, la SAP de Guipúscoa de 12 de juny de 2000, en la qual la Creu Roja és considerada consumidora davant d'una companyia telefònica; o bé la SAP de Teruel de 31 d'octubre de 2001, en la qual un sindicat és considerat consumidor en relació amb un servei de publicitat telefònica. En aquest cas, però, el raonament barreja el fet que el sindicat no sigui empresari, segons la definició de l'article 1 de la Llei orgànica 11/1985, de llibertat sindical, cosa que permet considerar-lo consumidor persona jurídica, i la idea que el servei de publicitat no entri dins de les seves activitats normals. D'aques-

26. Vegeu, més endavant, l'epígraf 3.3.

27. Vegeu, més endavant, l'epígraf 4.

ta manera, s'estableix un doble filtre per a considerar si estem o no davant d'un consumidor: la qualitat personal i l'operació econòmica que es duu a terme. Finalment, també hi ha resolucions judicials que apliquen la noció de *consumidor* a col·lectivitats que no tenen personalitat jurídica, com les comunitats de propietaris: aquí el problema és veure si litiguen com a tal o bé ho fa el president en representació de la comunitat. Vegeu, per exemple, la SAP de Còrdova de 26 de febrer de 1996, les SAP de Madrid de 3 de gener i 9 de maig de 1996 i la STSJ de Navarra de 26 de març de 2003.²⁸

Aquesta ampliació del concepte de *consumidor* a algunes persones jurídiques de les quals es puguin predicar les condicions d'un consumidor és un fet aïllat de la legislació espanyola, ja que la legislació comunitària en general se centra en la noció de *consumidor persona física*. En la mateixa línia, el TJCE declara, en la seva Sentència de 22 de novembre de 2001 i en l'àmbit de la Directiva sobre clàusules abusives, que només es poden considerar consumidores les persones físiques. Aquesta idea de persona física és una constant en la legislació comunitària.

Com ja hem destacat abans, la idea de consumidor destinatari final atén, més enllà de la qualificació personal de les parts, un segon element que és el tipus d'operació econòmica que aquestes duen a terme. En efecte, cal plantejar-se l'abast de la integració en el procés productiu dels béns o serveis adquirits, i hi ha un grup de lleis que es remeten a aquest concepte; per exemple, la Llei de contractes celebrats fora d'establiments mercantils (article 1.1), el Reial decret 515/1989, de 21 d'abril, sobre protecció dels consumidors quant a la informació que s'ha de subministrar en la compravenda i l'arrendament d'habitatges (art. 1.1), i la Llei 23/2003, de garantia sobre béns mobles de consum. Aquesta segona noció complementa la idea de consumidor que contracta davant d'un no-consumidor i hi afegeix la idea que ha de ser destinatari final de béns i serveis, és a dir, pren en consideració també el tipus d'operació econòmica que es duu a terme, en el sentit que el consumidor pot gaudir de la protecció només quan no pretengui introduir els béns en el procés productiu. Aquesta ha estat majoritàriament la idea que ha seguit la jurisprudència²⁹ i que ha fet seva el Tribunal Suprem en al-

28. En aquest àmbit, el punt d'inflexió seria el cas de les empreses d'una fundació; en aquest cas, una empresa, encara que estigui dins l'àmbit de compliment d'una finalitat d'interès general que és la de la fundació que posseeix, no hauria de veure's protegida pel dret de consum, encara que la fundació, com a tal i fora de l'àmbit de la seva actuació com a empresa, se'n pogués beneficiar.

29. SAP de Balears, Secció Tercera, de 23 de gener de 1995; SAP de Castelló de la Plana, Secció Primera, de 6 de març de 1993; SAP de Sevilla, de 30 d'octubre de 1996; SAP de Castelló de la Plana, Secció Primera, de 7 de maig de 1992; STS, Sala Civil, de 16 d'octubre de 2000; SAP de La Rioja, de 29 de maig de 2003.

guns casos, indicant clarament que la frontera entre l'aplicació de les normes de consum i les normes generals del dret civil es troba en el fet que no gaudeix de protecció qui reintrodueix el bé en el procés productiu. Seguint aquesta idea, qualsevol producte o servei adquirit per un empresari o professional és susceptible de ser reintroduït en el procés productiu,³⁰ però sembla evident que es podria tractar de manera diferent la maquinària específica de l'activitat de l'empresa emprada en el procés de producció, que la posició d'aquesta mateixa empresa en relació amb el subministrament elèctric davant dels danys generats per una baixada de tensió.³¹

De fet, però, hi ha algunes sentències que indiquen canvis en la manera d'analitzar el concepte de *consumidor*, precisament en la línia de restringir aquest concepte de *reintroducció dels béns en el procés productiu* emparant-se en les nocions de *finalitat aliena a l'activitat professional, ús col·lectiu o destinació a l'ús privat*. Són precisament aquestes limitacions al concepte de *destinatari final* el que ens ocuparà en els epígrafs següents.

4.3. EL DESTINATARI FINAL I LA NOCIÓ D'ÚS COL·LECTIU: EL CONCEPTE DE CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓ CATALANA

És clar que la noció de *consumidor* de l'LGDCU pot quedar curta en molts aspectes, ja que se centra en aquesta noció estricta de *consumidor* i deixa fora casos en els quals la protecció sembla igualment justificada. Per la seva banda, la legislació catalana obre un mica el punt de mira. En efecte, tal com ha afirmat el Tribunal Constitucional en la seva Sentència de 26 de gener de 1989, les comunitats autònomes amb competència per a legislar en matèria de consum també poden establir una noció legal de *consumidor* que pot no estar d'acord amb la que dóna l'LGDCU, de manera que l'article 1.1 no és vinculant, com ja hem vist en relació amb la llei de consum basca, que opta per un criteri absolutament ampli. El concepte genèric de *consumidor* en la legislació catalana es troba en

30. Vegeu la STS de 16 d'octubre de 2000, on s'esmenten diverses sentències anteriors en la mateixa línia; és especialment clara la STS de 18 de juny de 1999, que nega el caràcter de consumidor a un empresari agrícola en relació amb la compra d'unes llavors i en relació amb defectes clars d'informació en el moment de contractar. Contrasta, però, amb la STS, Sala Primera, de 30 de setembre de 1999, en un cas similar on ni es planteja que el reclamant, pel fet d'ésser empresari agrícola, no tingui la qualitat de consumidor. En la mateixa línia, vegeu la SAP de Còrdova, Secció Segona, de 20 de març de 2000.

31. En un cas anàleg, la SAP de Múrcia, Secció Primera, de 14 de març de 2003, considera que l'empresa no pot beneficiar-se del règim especial de responsabilitat.

l'article 1 ECC. Segons aquest text, és consumidor el destinatari final de béns o serveis per al seu consum o ús privat, familiar o col·lectiu. D'entrada, la definició de *consumidor* sembla referir-se a la noció econòmica ja perfilada i genèrica per oposició a aquella persona que intervé en el procediment de fabricació, distribució o venda. En aquest sentit, el consumidor és qui adquireix per al seu ús propi o familiar, sense la finalitat de tornar a introduir el bé en el comerç, i, com que no es fa cap altra precisió, hem d'entendre que la protecció abasta tant persones físiques com persones jurídiques.

Fins aquí, aquesta definició difereix ben poc de la que trobem en l'article 1 LGDCU. Però allò que és important en aquesta definició és que, al costat de l'ús privat o familiar, que fa pensar en un concepte estricte en la línia del que disposa la normativa estatal, la menció de 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'LGDCU. En la línia marcada abans, cal que el consumidor es relacioni amb un proveïdor empresarial o professional, o bé amb l'Administració: si el particular adquireix un bé o servei per al seu ús particular a un altre particular, la protecció específica cau perquè ambdós estan en un pla d'igualtat i no es pot qualificar el comprador —efectiu destinatari final— de part més dèbil. En aquest aspecte, la redacció de l'article 1 LGDCU millora.

Aquesta noció de *consumidor* i l'aplicació de la seva normativa específica es té en compte dins del territori de Catalunya: la norma s'aplica de manera territorial com a regla general, de manera que és irrellevant la nacionalitat o la residència de la part qualificada de *consumidor*. Malgrat que l'article 1.2 declara que la noció de *consumidor* és aplicable a aquesta llei, sembla clar, per l'amplitud de l'article 1.1, que el concepte donat ha de permetre interpretar l'abast de les restants disposicions en matèria de consum en la mesura que materialitzen la protecció esmentada; res no exclou, però, que en puntualitzen el contingut.

5. INTERPRETACIONS ÀMPLIES DE LA NOCIÓ DE *DESTINATARI FINAL*: EL CONSUMIDOR COM A NO EXPERT

La idea de *consumidor destinatari final*, tal com l'hem vist, no és l'única possibilitat de construir el concepte. La normativa comunitària sol adoptar un concepte de *consumidor* definit pel fet que els béns o serveis gaudits o adquirits ho són per a un «propòsit aliè a l'activitat professional» o per a ser destinats a un «ús privat», criteris que, per altra banda, han estat utilitzats també per la normativa i per la jurisprudència interna. De fet, no són mòduls aliens a la noció de

destinatari final, fins al punt que, en algun cas, la jurisprudència comunitària en fa una interpretació encara més estricta. Però, precisament, en fugir de la noció econòmica de *destinatari final*, aquests criteris tenen una capacitat molt superior d'adaptar-se als casos dubtosos, com ara veurem.

5.1. EL «PROPÒSIT ALIÈ A L'ACTIVITAT PROFESSIONAL PRÒPIA» COM A CRITERI AMPLI I LA JURISPRUDÈNCIA COMUNITÀRIA

La idea de l'activitat professional permet ampliar la noció de *consumidor* i distingir en cada cas si una persona actua o no com a consumidor, amb la qual cosa s'eviten alguns dels problemes de rigidesa que planteja la noció estricta de *destinatari final*. Aquesta és la idea prevalent en el dret comunitari. Així, la Directiva (97/7/CE) sobre contractes celebrats a distància (art. 2.2) utilitza les expressions «persona física» i «propósito ajeno a su actividad profesional», que recull també la recent modificació de la Llei de contracte d'assegurances (art. 6 bis) per tal de regular les assegurances a distància. Amb petites variacions, la Directiva 85/577/CEE, sobre contractes realitzats fora d'establiments mercantils (article 2.2), es fixa en «persona física» i en «uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional». La Directiva 87/102/CEE, sobre crèdit al consum (article 1.2a) utilitza les expressions «persona física» i «fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión», que, en canvi, han estat traduïdes en la llei interna de crèdit al consum per «persona física» i «propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional» (art. 1.2 de la Llei 7/1995, de crèdit al consum). Finalment, la Directiva 94/47/CE, sobre multipropietat, limita el seu àmbit d'aplicació a l'adquirent amb «fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional» (article 2). També és aquesta la noció de *consumidor* que consagra l'article 9.2 del Codi europeu dels contractes, elaborat per l'Acadèmia de Iusprivatistes de Pavia.³²

Podem interpretar aquesta expressió, tal com es fa normalment, com a sinònima del destinatari final l'LGDCU, en el sentit que el propòsit aliè serà tot aquell que no suposi reintroduir els béns en el procés productiu. Però, segons la meua manera de veure, introdueix un matís, ja que no necessàriament el propòsit aliè ha de ser no introduir els béns en el mercat, sinó que el propòsit serà

32. Vegeu *Code européen des contrats*, Milà, 2001. Al voltant de l'excessiva però raonable restricció conceptual de la redacció d'aquest article 9 CEC, vegeu M. R. LLÁCER MATACÁS, «El concepto de consumidor. Notas en torno al artículo 9 del Código europeo de los contratos», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 34 (gener-abril 2003), p. 139 i seg.

aliè quan els béns no es destinen a un ús empresarial, o bé no se n'obtingui una utilitat immediata. Aquesta idea, la veurem després desenvolupada en algunes sentències. A més, cal tenir present que l'Avantprojecte de text refós de la llei de protecció als consumidors substitueix la idea de *consumidor destinatari final* per la de *propòsit aliè a la seva activitat professional*, amb la qual cosa es fa concorde la llei general espanyola amb la definició més estesa en l'àmbit comunitari. De fet, aquesta expressió no és aliena a l'ordenament espanyol, que la recull en l'article 1.2 de la Llei 7/1995, de crèdit al consum, el qual incorpora el mateix concepte que ja determinava la Directiva 87/102/CEE. I la qüestió esdevé encara més clara quan el preàmbul de la Llei 9/1998, de condicions generals de la contractació (LCGC), afirma que han d'incloure's en l'àmbit de protecció de la llei davant les clàusules abusives no només els destinataris finals, sinó també «toda aquella persona que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto del contrato» (paràgraf vuitè). En aquest sentit, i com sabem, l'LCGC atorga una protecció superior als consumidors, la derivada de la nul·litat per tractar-se d'una clàusula abusiva, mentre que dona els requisits de la vinculació de les condicions generals en relació amb qualsevol adherent, sigui o no consumidor. Doncs bé, segons el preàmbul, la noció de *destinatari final* s'ha d'ampliar amb la noció de *propòsit aliè a la seva activitat*, més enllà de la noció de *consumidor destinatari final*. És veritat que, com afirmen els autors,³³ aquesta menció en l'exposició de motius no ha tingut cap mena de reflex legal ni ha portat a la modificació de l'LGDCU, però és un primer pas evident en el camp conceptual.

En canvi, molt sovint la jurisprudència del TJCE ha utilitzat aquesta noció per a restringir l'àmbit d'aplicació del concepte de *consumidor*, i en alguns casos ha servit per a delimitar negativament l'àmbit subjectiu del consumidor, és a dir, per a negar la categoria de consumidor a subjectes que, tot i ser adquirents de béns i serveis en el mercat, no reuneixen la qualitat de professional. En aquest sentit, poden citar-se tres sentències emblemàtiques.

En primer lloc, citarem la STJCE de 14 de març de 1991, dictada en l'assumpte C-361/89, que nega la qualitat de consumidor a la persona comerciant que fa un contracte de publicitat amb una revista en relació amb la venda del seu negoci. En segon lloc, com afirma Expósito,³⁴ més matisada però també més

33. Vegeu G. BOTANA GARCÍA, «Comentario al artículo 10.3», a *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, p. 247, i J. J. MARÍN LÓPEZ, «El ámbito de aplicación de la Ley sobre condiciones generales de la contratación», a L. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, p. 400.

34. E. EXPÓSITO, *Dimensión constitucional y europea de la protección de los consumidores*, Barcelona, 2001, p. 67 [tesi doctoral inèdita].

restrictiva és la interpretació que fa el TJCE en la seva Sentència de 3 de juliol de 1997, dictada en l'assumpte C-269/95, en funció del concepte de *destinació a l'ús privat*. Finalment, la irrellevància de la situació subjectiva de la persona va permetre al mateix tribunal, en la Sentència de 17 de març de 1998, dictada en l'assumpte C-45/96, excloure de l'àmbit de protecció dels consumidors la persona física que, sense actuar en l'àmbit d'una activitat professional, garanteixi, mitjançant un contracte de fiança, el reemborsament d'un deute contret per una altra persona que sí que actua en el marc de la seva activitat professional. De les dues primeres sentències esmentades, en podem extreure criteris de matisació importants de la noció de *consumidor destinatari final* en funció de dos paràmetres: si l'activitat duta a terme entra dins del que podem anomenar *gir normal de l'empresa* i la destinació del bé a un ús privat. Comencem per aquesta segona.

5.2. LA DESTINACIÓ DEL BÉ A UN ÚS PRIVAT

No totes les lleis internes que podem anomenar *de dret de consum* pertanyen de la noció interna de *destinatari final*, ni de la idea comunitària de propòsit aliè a l'activitat professional: la Llei 24/1992, de responsabilitat per productes defectuosos (LRPD) recull la idea de la destinació del bé, com ja ho feia el seu referent, la Directiva 85/374/CEE. En efecte, l'LRPD obeeix a una lògica ben diferent, ja que el seu àmbit subjectiu és, en principi, indiscriminat: està legitimat activament per a demanar aquest sistema de responsabilitat qualsevol persona perjudicada, segons el tenor literal de l'article 5. Aquesta idea, la confirma l'article 1 quan parla en general també del fabricant o l'importador com a subjecte responsable. A primera vista sembla que la relació de consum és prescindible en l'àmbit d'aplicació de l'LRPD. Per aquesta raó, es podria sostenir que aquesta llei és una llei civil, en el sentit d'una llei general, que actua com a norma de responsabilitat quan els danys siguin causats per productes defectuosos, segons la definició de l'article 2. Si acceptem aquest pressupòsit, sembla lògic concloure que l'LRPD només apareix limitada pel seu àmbit objectiu: regula la responsabilitat per productes defectuosos i prescindeix de la característica que la persona perjudicada sigui un consumidor.

Nogensmenys, la qüestió no és tan simple per causa de l'existència de l'article 10.1 LRPD. Aquest article limita l'aplicació del sistema de responsabilitat en funció de la destinació donada al producte que es declara defectuós. Així, es limita l'aplicació de la Llei en funció dels danys coberts: només danys en coses diferents al mateix producte i que, a més, estiguin objectivament destinades a l'ús o el consum privat, i que en aquest concepte hagin estat utilitzades per la

persona perjudicada. Arribats a aquest punt, cal ser cautelosos a entendre l'afirmació de l'exposició de motius de la Llei que afirma que aquesta amplia el seu àmbit d'actuació en relació amb el concepte estricte de *consumidor destinatari final*, ja que, encara que formalment no es refereix a aquest concepte estricte, la limitació és evident perquè només la persona perjudicada que destini el bé a un ús privat podrà al·legar l'aplicació de la norma.³⁵

Segons la nostra opinió, existeix una diferència en l'àmbit d'aplicació d'ambdues normes, ja que la destinació privada és la mateixa noció que la de *consumidor destinatari final* ampliada. Així, seguint aquest criteri, la SAP de Balears de 14 de desembre de 1994 considera que és consumidor i té dret que responguin solidàriament el fabricant i el venedor pels defectes d'un vehicle que originen un incendi, l'empresa que adquireix el vehicle per a ús privatiu del seu conseller delegat, ja que el que decideix l'aplicació de la norma és la destinació del bé a l'ús privat. De fet, aquesta sentència aborda el tema en funció del que podríem anomenar *consumidor mixt*, ja que considera que és consumidora una empresa en relació amb el vehicle que compra per a ús privatiu del seu conseller delegat. El Tribunal afirma:

[...] en todo caso hay la calificación de consumidor en la entidad compradora [...] por ser [...] destinataria final del automóvil y debe ser considerada consumidora, ya que se trata de vehículo representativo para uso de quien era socio mayoritario y no resulta utilizado ni siquiera en el marco territorial del proceso económico de la sociedad.

Segons la meua manera de veure, podia haver-se arribat a la mateixa conclusió partint de l'article 1.2 LGDCU, és a dir, interpretant que el consumidor final és aquell que destina el bé o servei adquirit a un ús de caràcter personal o domèstic,³⁶ cosa que evita haver de saber si es reintrodueix o no el bé en el procés productiu. I aquesta és precisament la línia que es recull en la STJCE de 3 de juliol de 1997, dictada en l'assumpte C-269/95, en la qual el Tribunal es refereix a l'argumentació de la Sentència de 14 de març de 1991, però introduint

35. S. DÍAZ-ALABART, «El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo», a C. FLORENSA TOMÁS (ed.), *El arbitraje de consumo*, València, 2004, p. 55.

36. Precisament aquest és l'argument utilitzat per la SAP de Lleida de 4 de maig de 1994 —observeu que és una sentència d'una altra audiència però del mateix any—, en la qual es nega el caràcter de consumidor a una empresa en relació amb un contracte de lasing d'un vehicle que l'arrendador pretén com a contracte d'adhesió i mitjançant el qual intenta evitar l'aplicació d'una de les clàusules —els fets tenen lloc abans de l'entrada en vigor de la LCGC. El tribunal considera que l'ús al qual es destina el bé no és personal, familiar o domèstic, sinó que s'usa dins del procés productiu.

algunes matisacions. Segons Expósito,³⁷ si bé se segueix identificant el consumidor com la persona que no participa en activitats comercials o professionals, delimita molt més aquest camp subjectiu en concebre'l directament com un consumidor final privat (FJ 15), en el sentit que utilitza el bé adquirit per a les seves necessitats de consum privat (FJ 17). Per tant, per al Tribunal no és rellevant, a l'efecte de la identificació del consumidor, la «situació subjectiva d'aquesta persona», sinó la posició d'aquesta mateixa persona «en un contracte determinat, en relació amb la naturalesa i la finalitat d'aquest», de manera que «una mateixa persona pot ser considerada consumidor respecte a certes operacions i operador econòmic respecte a altres» (FJ 16).

Per aquest motiu, el que fa la matisació és ampliar el concepte de *consumidor*, perquè considera possible analitzar la qualitat de consumidor de cada subjecte, no en funció de la qualificació general com a destinatari final, sinó en funció de les circumstàncies de cada acte, emparada en la noció d'*ús privat* com a criteri de distinció, que s'apropa a la idea de l'acte de comerç com a criteri objectiu per a determinar l'aplicació de les normes de consum.

En efecte, com ja hem dit al principi, a la noció de *consumidor* com a qualificació de la part contractual s'oposa l'anomenat *criteri objectiu*, que se centra en l'anomenat *acte de consum*, és a dir, l'acte jurídic que permet obtenir un bé o servei per tal de satisfer una necessitat personal o familiar.³⁸ Com es pot observar, la noció objectiva està construïda amb el mateix raonament amb què es fa la distinció entre dret civil i dret mercantil en funció de l'anomenat *acte de comerç*, encara que no considera la noció d'*habitualitat* típica de l'acte de comerç, de manera que és consumidor àdhuc qui esporàdicament realitza actes de consum. Aquesta idea és útil perquè és més àmplia i evita el problema d'analitzar la qualitat professional o no del subjecte que realitza l'acte de consum, però manté el problema de la destinació a finalitats privades, la qüestió dels anomenats *actes mixtos*, és a dir, duts a terme per un professional però per a necessitats privades, i la complexitat inherent a un sistema en el qual el concepte de *consumidor* pot variar en funció de la relació jurídica a la qual s'aplica.³⁹ Si bé aquesta no ha estat la idea mantinguda en la legislació espanyola, amb caràcter general el seu valor és que posa de manifest que una mateixa persona pot ser consumidor o no en funció de l'acte concret que es dugui a terme.

37. E. EXPÓSITO, *Dimensión constitucional*, p. 70.

38. Vegeu J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1996, p. 1 i seg.

39. En defensa de la claredat d'aquest criteri, vegeu G. BOTANA GARCÍA, «Comentario al artículo 1 LGDCU», p. 66, 67 i seg.

6. UN NOU PLANTEJAMENT: EL CONSUMIDOR COM A NO EXPERT

En els epígrafs anteriors hem destacat els avantatges i les limitacions de la noció de *consumidor destinatari final* i de la noció d'*acte de consum*. En aquest context, els límits evidents del concepte de *consumidor destinatari final* fan urgent que es replantegi aquest tema per tal d'evitar que les normes de protecció del consumidor no actuïn en situacions en les quals objectivament aquestes tenen cabuda. Recordem que la legislació de consum és una legislació finalista i que, en qualsevol de les seves versions, el criteri d'aplicació d'aquesta normativa ha d'afavorir allò que pretén: la protecció d'una part que es considera més dèbil en la contractació, per tal de restablir l'equilibri contractual mitjançant les eines pròpies d'aquesta disciplina.

La conclusió és, doncs, que la protecció de les normes del dret de consum s'ha de plantejar en els casos en els quals existeix un contractant que es pugui considerar més dèbil, de manera que es justifiqui l'aplicació de remeis com la necessitat d'informació prèvia, el dret de desistiment o bé un règim estricte de responsabilitat, per posar alguns exemples, però que no passi necessàriament per ser una qualificació personal d'un dels subjectes de la relació jurídica, en el sentit que un mateix subjecte pugui ser consumidor o no en funció de les circumstàncies. És en aquesta cruïlla on pren força la noció de *consumidor no expert* com a tipus general de part dèbil en el contracte, que no es limita a l'àmbit del destinatari final. El que fa falta en aquest cas és trobar mòduls d'aquesta expertesa, que podem trobar partint de la noció ja exposada d'*ús privat* entès com a ús extern a l'activitat professional i en la noció d'*acte relacionat amb el «tràfic normal de l'empresa»*. Aquesta és la línia que apunta alguna jurisprudència i que confirma la legislació en matèria de noves tecnologies i contractació, com exposarem a continuació.

6.1. EL CONSUMIDOR NO EXPERT O LA DETERMINACIÓ DEL CONTRACTANT DÈBIL

La interpretació jurisprudencial del concepte legal de *consumidor* ha estat sovint restrictiva, negant l'aplicació de les normes tuitives a casos en el límit de la noció de *consumidor destinatari final*.⁴⁰ Però també cal assenyalar alguns ca-

40. En aquest sentit, vegeu la SAP de Madrid, Secció Vuitena, de 14 de maig de 2004, que no considera consumidor una societat en relació amb l'ús fraudulent d'una targeta de crèdit fet per

sos en els quals els tribunals han anat més enllà de la noció legal per a acostar-se al que ara podem presentar com a consumidor-no expert, que és el veritable subjecte de la protecció d'aquestes normes tuitives.

Es tracta de casos de jurisprudència de les audiències que han anat més enllà del Tribunal Suprem. Aquest tribunal ha mantingut una línia més estricta i ha insistit en la idea que un empresa no pot ser mai protegida com a consumidora, per exemple una empresa agrícola que adquireix herbicides (STS, Sala Primera, de 18 de juny de 1999). Però no es pot parlar d'uniformitat perquè en un cas anàleg —empresa agrícola que compra herbicides— fonamenta la impossibilitat d'aplicar un sistema de responsabilitat estricta en l'article 25 *in fine* LGDCU, que fa referència a la culpa exclusiva de la víctima (STS, Sala Primera, de 30 de setembre de 1999).⁴¹ En aquestes dues sentències esmentades el TS voreja, i en realitat no es pronuncia, el concepte de *consumidor no expert* en relació amb un tipus de professional que, malgrat ser-ho, entra perfectament dins del concepte de *contractant més dèbil* a qui perjudica l'aplicació de les normes contractuals i de responsabilitat general, precisament perquè el grau d'expertesa davant de l'altra part contractual és molt menor. Al meu entendre, la qüestió dels subjectes que han de considerar-se consumidors o usuaris depèn del fet que el perjudicat pugui ser considerat o no expert en la matèria. En canvi, la noció econòmica de *destinatari final* és immune a aquests matisos.

Encara més evident sembla el cas d'una altra sentència del TS en la qual pot observar-se aquesta interpretació àmplia —STS, Sala Primera, de 29 de novembre de 1996, ponent: Gil de la Cuesta. En aquest cas, es reclama contra el venedor per la compra d'un nombre elevat de rellotges que pel seu aspecte semblaven d'una marca coneguda i de prestigi internacional, mentre que en realitat es tractava de rellotges transformats perquè semblessin de la marca en qüestió i que, en no ser-ho, mancaven de la garantia internacional que aquella prestava als seus clients. La Sentència no esmenta el fet que la compradora sigui una societat anònima ni es planteja això en les instàncies: en realitat, tampoc no queda acreditat que s'integressin els rellotges en un procés productiu. En tot cas, el TS aplica l'article 1166 CC per a argumentar la claredat de l'incompliment contractual

un tercer. És interessant la SAP de València, Secció Sisena, de 27 d'abril de 2002, perquè fa un recull de la jurisprudència de les audiències que considera que en el cas d'empresaris no és possible atorgar protecció com a consumidor. Vegeu també la SAP d'Astúries, Secció Primera, de 17 de maig de 2000.

41. Vam tenir ocasió d'analitzar aquestes sentències en un treball anterior: I. BARRAL VINALS, «Comentario a los arts. 25 a 29 LGDCU», a E. LLAMAS POMBO, *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: Comentarios y jurisprudencia veinte años después*, Madrid, 2005, p. 687 i seg.

en haver lliurat una cosa per una altra, en el sentit que no pot obligar-se el creditor a rebre una prestació distinta a la pactada, i es concedeix el dret de resolució del contracte que la part actora demanava. És en aquest context en el qual el TS afirma:

[E]s necesario proclamar, que una vez más, se debe insistir en que todas las relaciones contractuales que surjan en el ámbito socioeconómico, deben estar impregnadas de una seriedad, cuando no de veracidad, sobre todo cuando hay un soporte legal suficiente y directo como es el establecido por la Ley del Consumidor [sic] y usuarios de 19 de julio de 1984 [...] cuando en el artículo 27.1.a de la misma, se establece pragmáticamente que todo vendedor, responderá del origen, identidad e idoneidad de los productos que suministre o venda. (FJ 1)

En els casos presentats és evident que les condicions del professional —empresari agrícola o societat anònima— davant de l'altra part no difereixen de les de l'anomenat *consumidor destinatari final* i que, per tant, la necessitat de restablir l'equilibri contractual té les mateixes bases conceptuais i idèntica finalitat, i allò que unifica el tractament de tots dos casos és que l'adquirent dels béns o serveis és un no-expert davant de l'altra part contractual. És precisament aquesta dada la que permet, en els dos casos exposats, aplicar un règim de responsabilitat superior al derivat del règim normal. En aquesta línia, la noció de *contractant no expert* ja ha estat dissenyada en relació amb les condicions generals de la contractació, en les quals els autors estan d'acord que l'adherent pot estar en situació d'inferioritat malgrat no ser un consumidor,⁴² situació que ha generat la protecció general a tot adherent, diferent de l'específica del consumidor per clàusules abusives. I és el camí marcat per aquest àmbit el que sembla que cal recórrer.

6.2. EL CONSUMIDOR NO EXPERT I L'ACTUACIÓ DINS DEL «GIR NORMAL DE L'EMPRESA»: ALGUNA INTERPRETACIÓ JURISPRUDENCIAL

La idea és encara més vistent quan es parla de jurisprudència menor, en la qual a la noció de *consumidor no expert* s'afegeix la idea de tràfic normal de

42. Vegeu BADEANS CARPIO, comentari a l'article 2, a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Pamplona, 1999, p. 57, i la bibliografia anterior a la Llei que destaca en aquest mateix sentit.

l'empresa, de manera que es considera que àdhuc les empreses es podrien considerar consumidores en aquelles relacions que no entren dins del tràfic i el gir normal de l'empresa, precisament perquè en aquests casos sorgeix amb força la idea que no són experts i no estan en les mateixes condicions en el moment de contractar.

Cal dir que la idea de consumidor com a no expert i el fet que l'expertesa vagi unida al coneixement de l'activitat normal de l'empresa apareixen en la citada STJCE de 14 de març de 1991, dictada en l'assumpte C-361/89,⁴³ que nega la qualitat de consumidor a la persona comerciant que fa un contracte de publicitat amb una revista en relació amb la venda del seu negoci. El problema d'interpretació se centrava a discernir si el «propòsit aliè a l'activitat professional» havia d'entendre's com el conjunt d'activitats que realitza el comerciant en el desenvolupament de la seva activitat de manera no quotidiana, per la qual cosa necessita una protecció especial —vendre el seu propi negoci—, o si havia d'entendre's que l'activitat professional és un concepte que engloba totes i cadascuna de les relacions jurídiques del tràfic de l'empresa, prescindint de la seva habitualitat.

En aquest cas, una persona oferia per telèfon o a domicili la inserció d'anuncis sobre la venda de negocis, sense que en el contracte s'esmentés la facultat de desistir en el termini de set dies prevista en la Directiva 85/577, sobre contractes fora d'establiment mercantil. El problema és si aquests comerciants que publicaven els anuncis de venda del negoci podien ser considerats en aquest contracte consumidors. Segons el TJCE, l'article 2 de la Directiva no permet distingir l'àmbit de protecció en funció de l'ocasionalitat de la relació jurídica, i argumentava que els actes previs a la venda d'una empresa o un negoci s'enquadren dintre de l'activitat normal d'un comerciant, i que aquest tipus d'actes mai no es dirigeixen a interessos personals o familiars. Per aquest motiu, en el moment de vendre el negoci el comerciant no necessita la mateixa protecció que un consumidor i no pot ser considerat consumidor. L'altra part, al contrari, sosté que la categoria de comerciant exigeix la concurrència de tres elements: activitat professional habitual del contractant, relació entre el negoci jurídic i l'activitat habitual del comerciant, i finalitat de la transacció. Segons aquest criteri, la publicitat dels seus serveis és una activitat comercial, però no la del tancament de la seva activitat.

Aquesta línia ha estat seguida per algunes sentències esparses de la jurisprudència menor, les quals posen de manifest el cul-de-sac al qual pot abocar l'aplicació estricta del concepte de *consumidor destinatari final*. Així, tenim la

43. *Recueil*, 1991, p. 1206.

SAP de Barcelona, Secció Catorzena, de 22 de març de 2000, que es refereix a un despatx d'advocats que contracta una publicitat en una revista especialitzada. El tribunal afirma que «la cuestión básica es su situación de último eslabón de la cadena y por eso se llama consumidor a quien agota la utilidad del producto», i que, per tant, «no es relevante la cualificación profesional del consumidor si el bien o servicio no forma parte de su actuación profesional». A continuació, el tribunal fa una distinció molt interessant entre el consumidor que compra un bé en relació amb el qual pot tenir un coneixement tècnic —el mecànic que adquireix un cotxe per al seu ús privat— i el professional que en principi ha de suposar-se expert però que adquireix un servei que no té res a veure amb la feina derivada de la seva capacitació professional: només en aquest segon cas sembla possible la protecció del no-expert.

Un cas semblant és el de la SAP de Burgos, Secció Segona, de 15 de febrer de 2001, en la qual es considera consumidor un hospital en relació amb un servei de manteniment d'ascensors per declarar una clàusula del contracte abusiva: «Lo [...] 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 [...] en el giro o tráfico normal de su actividad, y que, precisamente por ser su actividad normal, puede conocer y estar atenta a los posibles defectos del bien o servicio que se le presta.» És interessant destacar la idea de «gir normal de l'empresa», que és on es posa l'èmfasi en l'expertesa. Finalment, podem esmentar la SAP de Las Palmas, Secció Cinquena, de 16 de juny de 2002, en la qual una companyia telefònica impugna un laude en considerar que un professional no és consumidor «con independencia de su cualidad de empresario, con relación a la concreta actividad a la que se dedique, a los efectos de la utilización del servicio telefónico es un consumidor final, puesto que la utilidad que dicho servicio le presta es la misma que pueda conllevar a quien usa el teléfono de manera particular».

En els tres casos presentats es parla d'empresaris que, per l'objecte material de la contractació, no són experts, encara que el seu qualificatiu legal sigui el d'*empresari*, i precisament per aquesta idea té sentit tractar-los com a consumidors en aquest aspecte concret. La solució s'acosta a la idea de l'acte de consum, ja que distingeix en funció de cada tipus d'acte jurídic per a determinar si estem davant d'un acte de consum o no, i decidir la legislació aplicable en funció del resultat. Però introdueix un matís innovador que la fa especialment interessant: els possibles actes de consum d'un empresari només poden produir-se en aquelles relacions que excedeixen el tràfic normal de la seva empresa, perquè

només en aquestes demostra que no és expert i es fa mereixedor de la protecció com a contractant més dèbil.⁴⁴

S'ha afirmat que aquest mòdul introdueix una important inseguretat jurídica, ja que no existeix un mòdul clar que separi l'aplicació dels conjunts normatius.⁴⁵ És possible que sigui així com a criteri general partint de la noció de *consumidor destinatari final*, però és l'única eina que permet anar més enllà d'un criteri d'aplicació per a determinar la finalitat de la norma i els seus principis d'actuació.

7. EL PLANTEJAMENT EN L'ÀMBIT DE LES NOVES TECNOLOGIES: DEL CONSUMIDOR AL «PROFESSIONAL NO EXPERT»

El plantejament al voltant de la categoria d'expert i del gir normal de l'empresa podria resultar superflu si ens baséssim només en algunes decisions judicials aïllades, que són valuoses com a índex i marquen una clara tendència, però que no tenen un suport legal exprés. Nogensmenys, podem detectar aquest mateix rerefons en alguns texts legals que regulen la protecció al consumidor en l'àmbit de les noves tecnologies, que aplica a qualsevol contractant dos dels principis més clars de la protecció al consumidor: el de la informació prèvia i el del dret al desistiment.⁴⁶ Aquesta regulació és un clar intent de suplir els problemes que la complexitat del mitjà comporta. I, com veurem, sembla que en aquest cas la tutela és per al consumidor, que per definició és un no expert, i per al professional, que per primer cop es qualifica de *no expert*.

En efecte, el sector normatiu de les noves tecnologies ha aportat una diferència significativa en relació amb el seu àmbit d'aplicació, perquè suposen una regulació unitària amb independència de si el contractant és un professional o un consumidor, si bé utilitzant eines que fins ara es consideraven comunes i

44. Aquest és el criteri de la STS, Secció Primera, de 16 d'octubre de 2000, en relació amb una impressora adquirida per una empresa dedicada a la impressió. En aquest cas, la idea que s'escapa del gir normal de l'empresa es fa ben palesa.

45. J. P. FERNÁNDEZ GIMENO, «Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica», a M. J. REYES LÓPEZ, *Derecho privado de consumo*, València, 2005, p. 107 i seg.

46. En efecte, la informació prèvia s'ha convertit en un dels principis tuitius més clars del dret de consum com a element per a restablir l'equilibri contractual donant al consumidor la possibilitat de conèixer certes dades que li permetin formar-se una idea correcta del bé o servei que contractarà. La raó d'aquest principi és destacar que el desequilibri contractual normal que es presenta entre el professional i el consumidor pugui ser en part corregit per la informació que sobre el contracte que es realitzarà s'ofereixi al consumidor en el moment de l'acord de voluntats.

pròpies de la protecció al consumidor. Així, en la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i el comerç electrònic (LSSICE), els requisits d'informació prèvia no pretenen únicament ser una eina de protecció del consumidor, ja que es plantegen amb caràcter general i abasten qualsevol contractant, però responen a la seva mateixa base. En els contractes electrònics, les normes d'informació prèvia contingudes en la normativa de protecció al consumidor són aplicables quan existeixi el supòsit de fet; i, de manera especial, aquelles que regulen els contractes a distància (art. 4 i 5 DCAD, i 40 i 39.2 LOCM). Però, a més, la normativa específica sobre contractació electrònica també conté requisits d'informació prèvia a càrrec del prestador de serveis i amb caràcter previ a la contractació (art. 27 LSSICE), els quals s'apliquen indistintament a tot contractant. És per això que la regulació d'aquesta llei parteix de la consideració que el contractant no és un expert en el maneig del mitjà tècnic a través del qual realitza la seva declaració de voluntat, per això necessita certes dades abans de contractar i el seu abast és tuitiu: restableixen l'equilibri contractual. En aquest sentit, la informació prèvia té més relació amb la novetat del suport en el qual s'emeten les declaracions de voluntat, és a dir, del mitjà electrònic, que amb les característiques concretes del contracte que s'ha de celebrar. És per aquest motiu que pot afirmar-se que, en aquest terreny, s'avança des de la noció apuntada de *consumidor no expert* a la de *professional no expert*, a causa de la novetat del mitjà, que fa necessàries certes cauteles més enllà de l'anomenat consumidor típic.

És veritat, però, que el tracte no és igual en tots els casos: si el contractant no és un consumidor, és possible un pacte en contra dels tràmits d'informació prèvia, mentre que aquests requisits són irrenunciables quan es tracta d'un consumidor. Així, el consumidor es presumeix inexpert, mentre el no-consumidor decideix el seu nivell exacte de protecció en funció de la seva expertesa. Per aquesta mateixa raó, aquestes normes s'apliquen únicament a la contractació en massa, de manera que queden exclosos els contractes realitzats per mitjà d'un intercanvi de correu electrònic o qualsevol altre tipus de comunicació individual equivalent, per la senzilla raó que no es tracta de contractes en massa.

D'aquesta manera s'està creant un doble règim segons si la contractació es fa amb un consumidor o no. En el primer cas, l'obligació prèvia d'informació s'amplia als aspectes previstos en l'article 27 LSSICE, desenvolupant en l'àmbit de la contractació electrònica el principi d'informació prèvia al contracte per a restablir l'equilibri contractual, i en aquest cas, el concepte de *consumidor* és el de l'article 1 LGDCU, d'acord amb el que estableix l'apartat 1 de l'annex de l'LSSICE. En el segon cas, és a dir, en la contractació electrònica amb qui no posseeixi la qualitat de consumidor, la informació prèvia és exigible sempre que no s'hagi pactat que no es facilitarà. Així, en l'àmbit genèric de les noves tecno-

logies coexisteixen els dos enfocaments vistos fins ara: la idea de contractant no expert, que s'amplia i enclou qualsevol contractant, i la protecció específica per als consumidors, que reforça l'aplicació dels principis del dret de consum en aquest àmbit amb requisits especials.

Aquesta és també la línia marcada per la Llei general de telecomunicacions, que distingeix entre abonat i consumidor en l'article 1 de l'annex II, on diu que és consumidor «cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales». La solució, en aquest cas, no és reformular la noció de *consumidor*, sinó reafirmar un doble sostre de protecció nascuda del fet de constatar que, en l'entorn d'aquest tipus de normativa sobre telecomunicacions i noves tecnologies, la idea de cocontractant no expert és molt evident i el desequilibri se sol produir en la major part de contractes, amb independència que ens trobem davant d'un consumidor destinatari final o d'un empresari. En aquest sentit, s'arbitra un doble nivell de protecció que distingeix entre l'usuari en general —idea de contractant no expert com a noció àmplia que enclou qualsevol contractant— i l'usuari que pot ser qualificat com a consumidor en sentit estricte. De la mateixa manera, el Reial decret pel qual s'aprova el Reglament sobre les condicions per a la prestació de serveis de comunicacions electròniques, el servei universal i la protecció dels usuaris, dóna un doble nivell de protecció en distingir entre l'usuari final, que té un àmbit propi de delimitació de les seves relacions amb l'empresa, i l'usuari final consumidor en sentit estricte, que té la protecció addicional que aquest conjunt normatiu li comporta.⁴⁷

És veritat que els texts analitzats comporten una regulació específica per a l'anomenat *consumidor destinatari final* i un règim diferent per al que anomenem *no expert*. Però allò que es vol destacar ara és que la base de qualsevol dels dos règims és la mateixa: el restabliment de l'equilibri entre les parts i els mecanismes d'informació prèvia i de desistiment. És d'aquest substrat comú que sorgeix la noció de *consumidor no expert necessitat de protecció específica*, almenys en l'àmbit de la contractació en massa.

47. Aquesta idea també ha estat recollida per altres normes, per exemple la Llei 34/2003, de 4 de novembre, de modificació i adaptació a la normativa comunitària de la legislació d'assegurances privades, que trenca la unitat del tipus contractual: hi ha un contracte d'assegurança estàndard i un contracte d'assegurança amb una regulació diferent si es fa a distància i una de les parts pot ésser qualificada com a consumidor i contracta amb un propòsit aliè al de la seva activitat professional: article 8, que afegeix l'article 6-bis a la LCS, que incorpora els drets de desistiment i els requisits d'informació prèvia.

8. PER A NO CONCLOURE: UN NOU DRET DE LA CONTRACTACIÓ EN MASSA?

Potser és que allò que caldria canviar són els principis del dret contractual, perquè possiblement el contracte tipus propi dels codis del segle XIX ja no tinguí existència real més que en comptades ocasions i ens trobem en un moment en el qual allò que realment cal és definir aquests nous principis que dominen la contractació en massa. De fet, aquesta polarització tan clara entre la teoria contractual clàssica, basada en la més ampla autonomia de la voluntat, i el dret de consum com a estructura legal tuitiva per a protegir la part més dèbil, ha estat darrerament afavorida per l'intent de crear uns principis de dret contractual europeu partint de l'*acquis* comunitari en matèria de consum, bàsicament.⁴⁸ En aquest sentit i com afirma Reich,⁴⁹ potser els principis no són fungibles i cal analitzar què és pròpiament la protecció al consumidor i què són les normes purament contractuals. O bé cal arribar a la conclusió contrària, en el sentit que ha sorgit un nou dret contractual que modifica alguns postulats tradicionals en aquesta matèria.⁵⁰ En tot cas, potser el punt d'anàlisi no és ni tan sols el concepte de *consumidor*, sinó el principi que inspira cada norma del dret contractual quan aquesta es fa de manera massificada. En posarem un exemple: potser el lector haurà trobat a faltar alguna frase sobre l'aplicació subjectiva de la Llei 21/1995, de 6 de juny, reguladora dels viatges combinats (LCV), i és veritat, perquè, segons la meua opinió, aquesta llei és un exemple clar de la regulació d'un sector de la contractació en massa. Aquesta norma se sol considerar una norma de consum, però el seu camp d'aplicació no deriva de la noció de *consumidor de viatges combinats*, sinó d'una noció genèrica de *contractant* o *beneficiari de viatges combinats*. En efecte, tant la Directiva com l'LVC (article 2.7) protegeixen tant el «contractant principal», és a dir, tota persona que contracta un viatge combi-

48. En aquest sentit, vegeu E. HONDIUS, «The protection of the Weak Party», p. 248, que planteja la idea que el dret contractual ha evolucionat cap a un model tuitiu més enllà de la protecció al consumidor. En contra, T. HARTLIEF, «Freedom and Protection in Contemporary Contract Law», *Journal of Consumer Policy*, núm. 27 (2004), p. 253-267, defensa la idea més tradicional de la llibertat contractual. L'anàlisi és afavorida per la recerca de principis contractuals que s'albira com l'eina de futur.

49. N. REICH, «A european contract law, or an EU contract law regulation for consumers?», *Journal of Consumer Policy*, (2005), p. 384 i seg.

50. En aquest sentit, vegeu H. COLLINS, «The alchemy of deriving general principles of Contract law from european legislation: in search of the philosopher stone», *European Review of Contract Law*, núm. 2 (2006), p. 213 i seg., al voltant de la idea de si el dret contractual que es deriva de l'*acquis communautaire* obeeix a la lògica d'un nou dret privat que el separa de les propostes normatives i generals del codis antiquats, i que replanteja l'anàlisi de l'*acquis* en el dret de consum.

nat, sigui física o jurídica, com el «beneficiari», és a dir, aquella persona física que no és part en el contracte però per a la qual s'ha contractat el servei, i fins i tot el «cessionari» d'un viatge contractat pel contractant principal. En aquest cas concret, la noció de *consumidor* perd força a favor de la tipificació contractual: allò que interessa és definir les obligacions i els drets de cada part, independentment de si una de les parts és consumidora en sentit tècnic o no, o de si es pot considerar que duu a terme un acte de consum. Allò que interessa és que, indiscutiblement, qui necessita la protecció de la llei és qualsevol adquirent o beneficiari en qui es presumeix la no-expertesa per les condicions de la contractació.

Arribats a aquest punt, la pregunta difícil de respondre és si estem preparats per a aquest gir conceptual de les normes en l'àmbit de la contractació en massa.