

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR
COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO DE LOS
SERVICIOS DIGITALES Y DE LAS PLATAFORMAS DE
INTERMEDIACIÓN

*THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF CONSUMER AS A
CONSEQUENCE OF THE DEVELOPMENT OF DIGITAL SERVICES
AND INTERMEDIATION PLATFORMS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 564-581



María Teresa
ALONSO
PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de junio de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: En este trabajo se estudia en qué medida el desarrollo de la prestación de servicios digitales, incluyendo los de las plataformas de intermediación contractual, está incidiendo en la configuración del concepto de consumidor. Se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permite observar cómo algunas de las características habituales de dicha noción de consumidor se desdibujan en estos casos.

PALABRAS CLAVE: Concepto de consumidor; servicios digitales; plataformas de intermediación contractual; competencia judicial en materia civil.

ABSTRACT: *This paper studies the extent to which the increase in the provision of digital services, including those of contractual intermediation platforms, affects the configuration of the concept of consumer. The jurisprudence of the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union is analyzed, allowing us to observe how some of the usual characteristics of said notion of consumer are blurred in these cases.*

KEY WORDS: Consumer concept; platforms for contractual intermediation; digital services; judicial jurisdiction in civil matters.

SUMARIO.- I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PASADO.- II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2020 (ASUNTO C-774/19).- 1. Exposición del caso.- 2. Doctrina de la sentencia.- III. LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR.- 1. Ánimo de lucro.- 2. La profesionalidad del usuario.

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PASADO.

El concepto de consumidor en el Derecho de la Unión Europea ha tomado siempre en consideración al sujeto que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional. Partiendo de esta idea que aparece reflejada en numerosas Directivas, la noción se ha ido decantando poco a poco a golpe de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han ido resolviendo supuestos controvertidos. Así, han tenido que pronunciarse sobre los supuestos híbridos en los que el bien tiene un destino tanto profesional como personal, siendo el caso más paradigmático el que resuelve la STJU de las Comunidades de 20 de enero de 2005¹; esta sentencia establece como criterio dirimente el de la preponderancia del uso que se vaya a dar al bien o producto adquirido, de modo que sólo si el uso principal que se va a hacer del bien es personal, la relación debe ser calificada de consumo. También se ha tenido que pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre casos en los que no estaba claro el destino -personal o profesional- del préstamo solicitado, aunque el bien que servía como garantía fuera el despacho profesional del abogado: en este caso, la STJUE de 3 de septiembre de 2015², entendió que el prestatario debía ser considerado consumidor. Otra sentencia relevante es la STJ de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1997 que resuelve el caso Benincasa contra Dentalkit³, en la que se entiende que la adquisición de los bienes tiene un destino profesional, aunque

1 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 20 de enero de 2005 (Caso Johan Gruber contra Bay WA AG) - ECLI:EU:C:2005:32-.

2 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:538 Asunto C-110/14)

3 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1997, caso Benincasa contra Dentalkit (ECLI:EU:C:1997: 337. Asunto C-269/95),

• María Teresa Alonso Pérez

Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza. Labor investigadora reconocida con 4 sexenios de investigación y 1 sexenio de transferencia. Las líneas de investigación se centran en el Derecho patrimonial: contratos de servicios, Derecho de consumo, responsabilidad civil, propiedad inmobiliaria y vivienda. Investigadora principal de numerosos proyectos de investigación. Docente en Másteres oficiales de Universidades españolas y francesas. Estancias de investigación efectuadas en centros europeos de referencia para el Derecho civil: Université Paris XII, Sorbonne y Paris-Pantheon, Institut de Droit comparé (Lausana, Suiza), Centre de Droit de la Consommation (Université Louvain-La-Neuve, Bélgica). Sus resultados de investigación se han publicado en revistas españolas y francesas de prestigio, así como en editoriales de gran relevancia en el panorama jurídico español.

dicha actividad no hubiera comenzado; en el caso enjuiciado por esta sentencia, los productos se adquirieron con vistas a la futura apertura de una clínica dental que, finalmente, no llegó a abrir sus puertas al público.

Creo que también es relevante otra sentencia que ayudó a delimitar los imprecisos contornos del contrato de consumo es la STJUE de 4 de octubre de 2018 (caso Kamenova)⁴, en la que se precisa que una señora que puso a la venta varios objetos en una plataforma de venta de objetos de segunda mano no debía ser calificada de comerciante, de modo que no se le podían imponer sanciones administrativas por incumplir normas sobre protección de consumidores.

Los últimos años encontramos varias sentencias que analizan relaciones concertadas electrónicamente ya sea por prestación de servicios digitales ya sea por tratarse de relaciones intermediadas a través de plataformas virtuales. Se está planteando algunos problemas de delimitación del concepto de consumidor que puede influir en la configuración del mismo y creo que es importante su análisis.

De entre todas las sentencias referidas a esta cuestión, que iré refiriendo a lo largo de este trabajo, cabe destacar una porque pone en cuestión varios -sino todos- de los elementos que hasta ahora hemos entendido que perfilaban la noción de consumidor. Se trata de la STJUE de 10 de diciembre de 2020⁵, que paso a analizar y que nos va a servir de hilo conductor para el discurso que pretendo realizar.

II. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 10 DE DICIEMBRE DE 2020 (ASUNTO C-774/19).

I. Exposición del caso.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2020 resuelve una decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Eslovenia. El litigio versa sobre un caso en el que un jugador de póquer -A.B.- se había incorporado a una plataforma de juego on-line domiciliada en la República de Malta. Esta empresa ofrece servicios de juegos de azar en línea por medio del sitio de Internet www.mybet.com. El usuario al incorporarse a la misma tuvo que aceptar las condiciones generales establecidas unilateralmente por la empresa titular de la plataforma -PEI-. Una de las condiciones generales establecía que los litigios que pudieran surgir en relación al contrato debían someterse a los tribunales de la República de Malta.

4 La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018 (ECLI:EU:C:2018:808 Asunto C-105/17), caso Kamenova.

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, A. B. y B. B. c. Personal Exchange International Limited (Asunto C-774/19), 10 de diciembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:1015).

Entre el 31 de marzo de 2010 y el 10 de mayo de 2011, A.B. ganó aproximadamente 227 000 euros jugando al póquer en dicho sitio web. Precisamente el 10 de mayo fue cuando la plataforma bloqueó la cuenta del usuario y retuvo toda la cantidad que este había ganado basándose en que el usuario había accedido a la plataforma con dos cuentas de usuario, lo cual estaba prohibido por las normas de juego. El jugador, en mayo de 2013, presenta ante los Tribunales de su país, Eslovenia, una demanda de reclamación de la cantidad que había ganado jugando al póquer en la plataforma, invocando la aplicación del art. 16, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 que le permite, como consumidor, litigar en su país. Actualmente ese artículo se corresponde con los arts. 17 y ss. del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La empresa titular de la plataforma alega que el ciudadano esloveno no puede ser considerado consumidor porque es jugador de póquer profesional, por lo que debe darse eficacia a la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de la República de Malta que aparecía recogida en las condiciones generales de la contratación.

El Tribunal esloveno de primera instancia considera al jugador como un consumidor y, en consecuencia, se entiende competente para conocer del litigio, que, además se solventa estimando de la demanda interpuesta por el jugador. El recurso de apelación se resuelve ratificando la sentencia de primera instancia en todos sus extremos. Sin embargo, cuando la empresa titular de la plataforma recurre en casación ante el Tribunal Supremo de Eslovenia, este se plantea la duda de si es competente habida cuenta de que no tiene claro si el jugador puede ser considerado consumidor a efectos de aplicación del art. 15, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001.

La sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2020 resuelve entendiendo que, efectivamente, el jugador on-line debe considerarse consumidor a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia judicial. Y ello pese a que en el jugador de póquer concurren dos circunstancias que, *a priori*, llevarían a descartar su identificación como consumidor: la primera de ellas es su ánimo de lucro y la segunda es su profesionalidad. Si bien la primera resulta menos controvertida porque veremos que hay jurisprudencia -europea y española- que no considera el ánimo de lucro un óbice para la existencia de una relación de consumo, la profesionalidad o pericia del usuario de la plataforma es la primera vez que de modo tan contundente se considera que no representa un obstáculo a la calificación de un sujeto como consumidor, lo que abre un terreno pantanoso y puede plantear grandes incertidumbres sobre una cuestión como la del concepto

de consumidor que, al menos, en eso, parecía estar clara. Veamos cómo el TJUE logra compatibilizar el concepto de consumidor o de relación de consumo con la circunstancia de que éste tenga un alto nivel de conocimientos en relación al objeto del contrato de juego, pues, de entrada, se antoja un objetivo complicado.

2. Doctrina de la sentencia.

La STJUE de 10 de diciembre de 2020 versa sobre la aplicación del art. 15 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial en materia civil que es el que permite a los consumidores de un Estado de la Unión Europea litigar en su país cuando han contratado con una empresa ubicada en otro país miembro como es el caso.

Entiende la sentencia que dicho precepto es una excepción no sólo a la regla general de competencia que contiene el art. 2 del Reglamento que atribuye la competencia atendiendo al criterio del domicilio del demandado, sino también a la norma contenida en el art. 5 conforme a la cual, en materia de contratos, son competentes los Tribunales del lugar en el que debía cumplirse la obligación. Al tratarse, por tanto, de una excepción, el art. 15 del Reglamento debe ser interpretado de manera restrictiva.

De modo que, para la aplicación de dicho precepto, se entiende que deben reunirse cumulativamente tres requisitos: que una de las partes sea un consumidor que actúa en un contexto que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, que se haya celebrado efectivamente el contrato y, por último, que el contrato sea de los contemplados en las letras a, b y c de dicho precepto. En este caso la controversia se cifra en determinar si el jugador de póquer on-line puede ser considerado como un consumidor que actúa en un contexto que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional.

Dice el Tribunal que dicho concepto debe interpretarse restrictivamente, atendiendo a la posición de esa persona en un contrato determinado y con la naturaleza y finalidad de éste y no con la situación subjetiva de esta persona. En esta línea el TJUE ha considerado que sólo puede entender que se da ese requisito cuando se trata de un contrato celebrado al margen de cualquier actividad o finalidad profesional y cuyo objetivo sea satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. Sólo en esos casos cabe la aplicación del art. 15 del Reglamento 44/2001 para proteger al consumidor, en cuanto parte considerada económicamente más débil.

Así las cosas, la sentencia plantea que de lo que se trata es de precisar si se puede negar a una persona la condición de consumidor por haber obtenido unas ganancias elevadas que le permiten vivir de las mismas, o por tener unos

conocimientos sobre el objeto de contrato o por desarrollar esta actividad de manera regular.

Dice el Tribunal que el alcance de los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001 no viene delimitado por las cuantías obtenidas, de modo que el hecho de que el ciudadano esloveno gane cantidades que le permiten vivir del juego desde 2008 no representa un obstáculo a su calificación como consumidor. Si se tuviera en cuenta dicho criterio, el particular no sabría hasta que se precisara el importe obtenido si puede invocar en su favor el Reglamento 44/2001, lo que contraviene el alto grado de previsibilidad que deben tener las normas sobre competencia judicial; dato que tiene especial relevancia cuando se trata de contratos de juego o azar.

Otra cuestión que se analiza en la sentencia es la de los elevados conocimientos del jugador que le permitieron ganar tan enormes cantidades. Se cita la STJUE de 25 de enero de 2018 ⁶para aseverar que la noción de consumidor presenta un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente. Y como la noción de consumidor debe ser objetiva si tomamos en consideración los conocimientos y no si ha celebrado el contrato para satisfacer necesidades personales, estaríamos calificando a un consumidor en base a circunstancias subjetivas, cuando debemos calificarlo únicamente en función de la posición que ocupa en un contrato determinado. Y aquí es donde la sentencia contiene la afirmación, a mi modo de ver, más relevante de todas: “Por consiguiente, los conocimientos de un particular en el ámbito en el que se inscribe el contrato celebrado no le privan de su condición de consumidor a efectos del artículo 15.1 del Reglamento nº 44/2001)”.

A continuación, la sentencia considera que es el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial el que debe tener en cuenta la posible evolución posterior de la relación contractual entablada, para comprobar si lo que inicialmente se contrató como consumidor adquiere posteriormente un carácter esencialmente profesional.

El último elemento sobre el que se pronuncia la sentencia es el de la regularidad con la que el ciudadano esloveno jugaba al póquer online, tomando en consideración que dedicaba al juego una media de nueve horas por día laborable. Dicha regularidad que podría ser tomada en consideración para entender que alguien es un profesional, entiende la sentencia que no determina, por sí misma, la calificación que debe hacerse de una persona física con respecto al concepto

6 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, Scherms C- 498/16 -EU:C:2018:37-.

de profesional. La sentencia profundiza esta argumentación diciendo que no es un contrato en el que se vendan bienes o se presten servicios.

La sentencia remite al órgano jurisdiccional remitente que compruebe si, a la luz de todos estos elementos cabe calificar de consumidor al jugador de póquer on-line y responde a la cuestión prejudicial afirmando que el jugador no pierde su condición de consumidor a efectos del art 15.1 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (actualmente derogado y que ha venido a ser sustituido por los arts. 17 y ss del Reglamento 1215/2020).

III. LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR

La sentencia que nos ocupa va a engrosar esa lista de referencias jurisprudenciales necesarias para perfilar el concepto de consumidor o, lo que es lo mismo, de relación de consumo. Concretamente este pronunciamiento analiza varios aspectos que guardan relación con dicha noción y que ponen en solfa algunas de las características que siempre se han considerado propias del concepto de consumidor. Veámoslas.

I. Ánimo de lucro.

El hecho de que el usuario tenga ánimo de lucro podría poner en entredicho que el contrato celebrado pueda ser calificado como relación de consumo, pues se trata de una característica que, en principio, debería entenderse concurrente en el operador económico que contrata con el consumidor. Sin embargo y pese a lo que comúnmente podría parecer, se entiende que los profesionales, comerciantes o empresarios no se definen por la concurrencia de dicha característica, lo que permite dar cabida en la noción de empresario a entidades tales como las empresas públicas⁷. De modo que la presencia de ánimo de lucro, curiosamente, no es relevante para la consideración de uno de los sujetos como comerciante, profesional o empresario. Tampoco parece ser necesaria la ausencia de dicho ánimo para calificar a la otra parte del contrato como consumidor⁸. No obstante, parece que requiere ser justificada con más énfasis la idea de que la presencia de ánimo de lucro no obstaculiza que se considere a un contratante

7 La doctrina considera que no es menester que concurra ánimo de lucro para que un sujeto sea considerado comerciante. Así lo explica detalladamente CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario a los artículos 3 y 4 del TRLGDCU", en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid 2011, pp. 166 y 167. Por lo tanto, si el ánimo de lucro no es una característica definitoria de la noción de comerciante o de operador económico parece normal que no la recoja tampoco el art. 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), de modo que tampoco debe determinar que un sujeto sea consumidor o deje de serlo, en opinión de MARÍN LÓPEZ, M. J.: "¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016/20, accesible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259/1038>, p. 207.

8 En sentido similar *vid.* MATO PACÍN, N.: "Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019.

como consumidor, probablemente porque, pese a todo, ese ánimo de ganancia es más propio de quien se coloca en el mercado en el lado opuesto, el de la oferta. No en vano, precisamente, esa es una de las diferencias entre la compraventa civil y la mercantil a la vista del art. 325 del Código de Comercio, que configura como mercantil las compraventas de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa.

Ahora bien, no se trata en este estudio de precisar los contornos del concepto de comerciante y, por tanto, partimos de la consideración comúnmente aceptada de que el comerciante no se define por su ánimo de lucro, aunque convendremos en que es habitual que lo tenga. Así las cosas, como dice esta sentencia objeto de comentario, recogiendo una doctrina presente en otros pronunciamientos, el hecho de que una persona celebre una relación contractual con la finalidad de lucrarse no excluye necesariamente su consideración como consumidor; es decir, no son incompatibles las ideas de ánimo de lucro y de consumidor⁹.

En Derecho español disponemos, además, de un argumento de Derecho positivo que permite apoyar esta consideración en la medida en que el art. 3 TRLGDCU¹⁰ establece que el ánimo de lucro es un parámetro excluyente de la caracterización de un sujeto como consumidor cuando nos encontramos en contratación realizada por personas jurídicas, de modo que no opera respecto a las personas físicas.

La línea jurisprudencial que compatibiliza la concurrencia de ánimo de lucro en uno de los sujetos de la relación y su consideración como consumidor, confirmada en la sentencia de referencia, se ha trabado en torno a relaciones contractuales en las que normalmente concurre en el particular que contrata con un operador económico -profesional, comerciante o empresario- la voluntad de obtener ganancias.

Así, en la jurisprudencia española el cuerpo de sentencias que engrosan esta línea está conformado por pronunciamientos referidos a adquisiciones inmobiliarias, en las que es habitual que la operación se efectúe como una inversión de futuro habida cuenta de la revalorización constante de este tipo de bienes. En las transacciones que tienen como objeto los bienes inmuebles el ánimo de lucro se da incluso cuando el inmueble se va a destinar a vivienda habitual, pero también en caso de adquisición de segundas viviendas con fines vacacionales y es evidente

9 La doctrina tampoco considera que la presencia de ánimo de lucro impida la calificación de un sujeto como consumidor. Vid. por todos CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al artículo 3 ...", cit., p. 134.

10 TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

dicha intención cuando el inmueble se va a destinar al alquiler¹¹. En estos casos, la concurrencia de ánimo de lucro, por sí sola, no ha excluido la consideración del adquirente como consumidor: En esta línea, es muy significativa la STS 16 de enero de 2017¹², referida a la adquisición como un producto vacacional de un derecho de aprovechamiento por turno sobre un inmueble¹³.

Centrándonos ya en la prestación de servicios digitales, se percibe esta línea en relación a dos clases de contrato a los que es consustancial el ánimo de ganancia por parte del particular que contrata con un empresario o profesional: los que versan sobre productos de inversión y los contratos de juego on-line.

Así, por ejemplo, en la reciente STS de 11 de marzo de 2021¹⁴ que trata, precisamente de un caso de apuestas on-line en la que -aunque se desestima la pretensión del jugador que reclamaba una cantidad superior a los 2 millones de euros porque había sobrepasado los límites normales del ejercicio del derecho infringiendo el art. 7.2 del Código civil por el volumen de apuestas efectuado-, en ningún momento se pone en entredicho la cualidad de consumidor del jugador que demandaba la nulidad de una serie de cláusulas del contrato por abusivas.

En relación a los productos de inversión contratados a través de plataformas, puede percibirse esta línea de pensamiento en sentencias tan significativas como la STJUE de 3 de octubre de 2019 (caso Petruchova)¹⁵. Esta sentencia se refiere a un caso en el que una estudiante invierte una cantidad de dinero a través de una plataforma de inversión online que opera teniendo en cuenta el cambio de valor de las divisas. La plataforma trasmite su orden con 17 segundos de retraso y la ganancia se reduce hasta un tercio de lo que cabía esperar. El Tribunal, sin tener en cuenta ni la enorme cantidad invertida, ni los conocimientos de la estudiante, ni el ánimo de lucro, la considera consumidora a efectos de aplicación del Reglamento sobre competencia judicial, entendiéndolo competentes a los tribunales del país de la inversora.

11 La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2193) resuelve un caso en el que un ciudadano había concertado un contrato de préstamo para adquirir una vivienda destinada al alquiler y se le considera consumidor, entre otras razones porque no era una actividad que realizara con habitualidad.

12 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:17).

13 Sobre este tipo de productos vacacionales y en sentido similar pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español: Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2475) o la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2807).

14 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1036).

15 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2019 (caso Petruchova. Asunto C 208/18 (ECLI:EU:C: 2019:825).

Esta misma doctrina aparece recogida en la STJUE 2 de abril de 2020¹⁶ en la que se analiza un caso en el que una señora rumana realiza una inversión a través de una plataforma online y pierde la cantidad aplicada. La señora demanda a la plataforma por responsabilidad extracontractual al imputarle responsabilidad por la pérdida de la inversión. En las condiciones generales de acceso a la plataforma aparece una cláusula conforme a la cual el contrato se rige por el Derecho chipriota y por la que cualquier litigio debería someterse a los tribunales de dicho país. El litigio se cifra en saber si la señora rumana puede ser consumidora y litigar en su país por aplicación de los vigentes arts. 17 y ss. del Reglamento 1215/2012. También en este caso se la califica de consumidora, obviando, al igual que en el pronunciamiento anterior, el elevado valor de las operaciones que efectúa en un corto período de tiempo a través de la plataforma, el conocimiento de los riesgos que asumía y su experiencia (n° 53).

Sin embargo, en España un caso similar a este -aunque no se trata de contratación a través de plataformas- y que se resuelve por la STS de 21 de noviembre de 2018¹⁷ en el que unos particulares realizan un contrato con una entidad bancaria para que gestionaran una cartera de inversión de elevadísimo valor y en base al cual acaban adquiriendo una serie de productos. Los inversores acaban perdiendo importantes sumas de dinero e instan una acción de nulidad de los contratos por concurrir error como vicio del consentimiento pretendiendo hacer valer su cualidad de consumidores y el incumplimiento por parte de su contraparte de las obligaciones de información. Los interesados litigan a través de una asociación de consumidores. En este caso, el Tribunal Supremo no admite que la relación pueda ser calificada como contrato de consumo pronunciándose en los siguientes términos: “Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es uso común, ordinario o generalizado”. No obstante, creo que no es irrelevante el que la sentencia considere un abuso del derecho el que los demandantes litiguen a través de una asociación de consumidores para evitar los riesgos de una posible condena en costas. En relación a esta última sentencia, queda por apuntar que es la única en la que expresamente se menciona el criterio de la elevada cuantía de la operación para excluir la consideración de consumidores de los demandantes, pues, por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresamente menciona que las elevadas cuantías de las operaciones o ganancias obtenidas no excluyen, por sí solas, la consideración de los sujetos como consumidores a efectos de aplicación de las normas sobre

16 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2020 (ECLI: EU:C:2020:264 Asunto c-500/18).

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3909).

competencia judicial en materia civil, por ejemplo, en la STJUE 2 de abril de 2020¹⁸ que hemos referido más arriba y en la STJUE de 10 de diciembre de 2020¹⁹.

De lo dicho hasta aquí, puede inferirse la idea de que, con carácter general, la existencia de ánimo de lucro no se considera una circunstancia que pueda excluir, por sí sola, la consideración del contratante como consumidor. Ahora bien, existe un límite, ya que se entiende que cuando la actividad objeto del contrato y que persigue la obtención de ganancias es habitual o reiterada, no cabe considerar al sujeto que la realiza como consumidor²⁰. Se entiende que la habitualidad en el desarrollo de la actividad es propia de la cualidad legal de empresario; así en la STS de 13 de junio de 2018²¹ se entiende que el adquirente de una vivienda destinada al alquiler puede ser considerado consumidor porque no es una actividad -la de adquisición de casas destinadas al alquiler- que realice habitualmente. Y es que una actividad con ánimo de lucro ejercida con habitualidad nos conduce a la idea de actividad profesional, lo que, en principio, debería excluir la consideración del sujeto que la realiza como consumidor. No en vano, la habitualidad es una noción usada por el art. 1 del Código de comercio para definir al comerciante. En definitiva, creo que puede afirmarse que existe una conexión entre la idea de habitualidad, de repetición, y el concepto de profesionalidad -también con el de comerciante o empresario-²², la cual, en principio, acaso debería impedir la caracterización como consumidor del sujeto que realiza de manera reiterada una actividad con un ánimo de lucro.

Sin embargo, puede afirmarse que, efectivamente, la actividad de juego online del jugador de póquer del que trata la sentencia de referencia o las inversiones a través de plataformas que analizan las sentencias que hemos mencionado *más arriba estudian casos en los que la contratación por parte de los calificados como consumidores no es esporádica o inusual; al contrario, nos encontramos ante conductas que tienden a ser reiteradas por los particulares que buscan ganancias*. En el caso sobre el que versa la sentencia que he tomado de referencia para este trabajo se trata de un jugador de póquer online que pasa unas 9 horas diarias de media realizando esa actividad durante muchos días, de modo que no cabe decir que no haya reiteración ni habitualidad, es la propia sentencia la que lo califica de

18 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020 (ECLI: EU:C:2020:264 Asunto c-500/18).

19 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:1015).

20 En este sentido. Vid. MATO PACIN, N.: "Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia", cit. MARÍN LÓPEZ, M. J.: "¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017", cit., accesible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259/1038>, p. 207. También CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario a los artículos 3 y 4 ...", cit., p. 134.

21 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2193).

22 CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario a los artículos 3 y 4 ...", cit., p. 161.

profesional del póquer; pero, contrariamente a lo que sería esperable, la sentencia lo califica de consumidor.

Nos encontramos, por tanto, ante un pronunciamiento que quiebra uno de los elementos que dibujaban hasta ahora el contorno de la noción de consumidor. En efecto, ese matiz, ese límite que hasta ahora venía representado por la habitualidad en el desarrollo de una actividad con ánimo de lucro, en algunas sentencias aparece difuminado y empieza a ser tan débil que en algunos supuestos se traspasa y se consigue que el Tribunal considere que el sujeto que celebra contratos con ánimo de lucro de manera reiterada y habitual pueda ser considerado consumidor. Y la sentencia de referencia, la del jugador de póquer on-line, no es el único caso, pero quizás sí el más significativo porque habla expresamente de "profesionalidad" del jugador. Analicemos ahora el significado de esta deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales.

2. La profesionalidad del usuario.

En el caso de la sentencia que hemos usado como referencia, el sujeto que reclama la consideración de consumidor frente a la empresa titular de la plataforma es un jugador de póquer online que no responde al prototipo de consumidor habitual o más frecuente, entre otras cosas, por su elevado conocimiento sobre el objeto del contrato -juego de póquer-; a ello se suma, que dicha actividad persigue la obtención de ganancias y obtiene tanto dinero que puede satisfacer sus necesidades vitales. Además, el sujeto juega habitualmente. La cuestión prejudicial planteada expone como hechos que el jugador había declarado estar incluido en la categoría de jugadores profesionales de póquer, aunque no está inscrito como tal formalmente en ningún registro.

Si nos atenemos a lo dicho en el epígrafe anterior, este jugador no debería ser considerado consumidor porque se trata de una persona física que realiza habitualmente una actividad con ánimo de lucro; sin embargo, la sentencia sí lo considera consumidor. Es decir, en esta sentencia se matiza aún más la noción de consumidor para permitir que la misma englobe a un profesional del juego que reiteradamente celebra contratos de juego o azar con ánimo de lucro.

Es precisamente, la habitualidad de la acción de jugar online vinculada a la noción de profesionalidad lo que trastoca las características habituales del concepto de consumidor. Y es que siempre se ha entendido que las normas de protección de los consumidores tienen como objetivo atender relaciones en las que se produce una asimetría, fundamentalmente informativa, la cual traería causa de que el operador económico tiene un conocimiento más especializado del objeto del contrato y del contrato en sí mismo, lo cual le coloca en una posición predominante, otorgándole una posición más fuerte desde el punto de vista jurídico, lo que suele manifestarse

con mayor intensidad en el momento previo a la formalización de los contratos, es decir, en la fase precontractual. Esa asimetría informativa que puede generar una desigualdad de fuerzas entre las partes en la fase de negociación siempre se ha entendido que es uno de los fundamentos del Derecho del consumo, una de las razones que hace necesario disponer de un conjunto de normas que proteja a los consumidores y establezca a su favor mecanismos normativos que reequilibren la relación mediante el reconocimiento de una serie de derechos como los de información precontractual o de desistimiento; entre esos derechos está la posibilidad de entablar litigios ante los Tribunales de su país contra empresas con las que ha contratado y que están ubicadas geográficamente en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual y que es reconocido por los arts. 17 y siguientes del Reglamento 1215/2012.

Por otro lado, puede apreciarse como otro dato que podríamos pensar que permite calificar una determinada actividad como “profesional”, tampoco impide en esta sentencia, contra todo pronóstico, que se califique de consumidor a quien la desarrolla; este dato es el de que se trate de una actividad por la que una persona obtiene recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades. Esta persona se gana la vida jugando al póquer, al menos desde 2008; el supuesto que genera el litigio es de 2011. En este tipo de sentencias suele hacerse referencia -para negar la profesionalidad- a la circunstancia de que el particular no está dado de alta en ningún registro oficial como profesional, así, por ejemplo, en la STJUE de 3 de octubre de 2009, expresamente se dice que las entidades que deben ser autorizadas o reguladas para operar en los mercados financieros, como las entidades de crédito o las empresas de inversión (apartado 68).

La cuestión es si todo ese aparato normativo que es el Derecho del Consumo debe paralizarse cuando nos enfrentamos a supuestos, como el que resuelve esta sentencia, en los que el particular dispone de un nivel de pericia tan elevado que permite poner en tela de juicio si su contraparte -la plataforma con la que contrata-, es la que ocupa una posición prevalente en el contrato o si, por el contrario, es el particular quien ostenta tal posición. En esta línea, puede apreciarse cómo, de un tiempo a esta parte esta “profesionalización” de los que operan en el mercado en el lado de la demanda no supone un inconveniente para poder ser considerados consumidores, lo cual se aprecia en mayor medida en la contratación intermediada a través de plataformas digitales, como ocurre también en el renombrado caso Petruchova²³.

23 Este fenómeno guarda relación con el hecho de que se dé relevancia -para valorar si la relación es desequilibrada- al mayor poder que en el contrato otorga al comerciante el hecho de su capacidad económica, dejando en un segundo plano el desequilibrio que puede generar un mayor o menor conocimiento del objeto del contrato; es decir se atiende a factores objetivos, intentando relegar a un segundo plano los subjetivos.

Acaso podría percibirse en esta evolución una manifestación más de cómo el Derecho del consumo es un mecanismo de modernización del Derecho de contratos que se va expandiendo para introducir sus principios en relaciones para las que no parece haber sido pensado en sentido estricto, como ocurre con el caso de la sentencia que nos ha servido para discurrir. Y, quizás, podría ser que esa necesidad de evolución sea más preteroria en el ámbito de la contratación con y a través de plataformas on-line; más concretamente, en relación a las plataformas de juego online y de inversión, como puede apreciarse en las SSTJUE ya referidas de 2 de abril de 2020 y 3 de octubre de 2019.

Estos pronunciamientos evidencian que el usuario de servicios digitales y quien contrata a través de plataformas online que intermedian la contratación está reclamando una adaptación del Derecho de contratos, que, en el momento presente, pasa por pedir que se les considere consumidores -aunque encajen difícilmente en dicho concepto como ocurre en el caso referido del jugador de póquer on-line - habida cuenta de que es el único núcleo normativo del Derecho de contratos que atiende algún tipo de desequilibrio entre los sujetos que contratan y del que pueden obtener algún tipo de protección frente a las plataformas con o a través de las que contratan.

Una última reflexión, este tipo de pronunciamientos que no ven ningún obstáculo en la profesionalidad del sujeto para que pueda ser calificado como consumidor, se produce sólo a los efectos de que se apliquen a los usuarios de plataformas los arts. 17 y siguientes del Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial en materia civil. Quizás, sea la única prerrogativa que, por el momento, precisan estos usuarios: poder litigar ante los Tribunales de su país por los problemas que pueden suscitarse en torno al contrato que les vincula con la plataforma. Y ese derecho se me ocurre que quizás podría fundamentarse en estos casos no en el carácter de consumidor del usuario, porque ya hemos visto que no siempre es fácil encajarlos en dicho concepto, sino en el hecho de que, si la plataforma ofrece sus servicios en varios países, acaso sea razonable exigirle que esté dispuesta a litigar en aquellos países en los que ofrece sus servicios y de los que puede obtener beneficio. Aunque sería necesario efectuar los correspondientes ajustes normativos. No obstante, aunque esto sería razonable para grandes compañías, presentaría un obstáculo importante para pequeñas y medianas empresas que operan online²⁴.

En esta línea, la contratación con y a través de plataformas online ha cambiado las circunstancias que rodean la contratación y dichos cambios deben afectar no sólo a la regulación de los contratos, sino también a la de otros aspectos que

24 En el informe del European Law Institut sobre un modelo de reglas para las plataformas on line -Model Rules on Online Platforms- no se contiene ninguna previsión al respecto (Accesible en: [ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf](#)), ISBN: 978-3-9504549-1-8, Viena, 2019.

guardan relación con ellos, como es, en este caso, la regulación de la competencia judicial para resolver las controversias que surgen en torno al contrato cuando el particular y la empresa se ubican en diferentes Estados miembros de la Unión Europea²⁵.

25 En la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, de 15 de diciembre de 2020, se contempla en el art. 18 la posibilidad de los usuarios de plataformas de elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido certificado, lo que le permitiría instar las reclamaciones pertinentes en su propio país de residencia, dejando a salvo, como no puede ser de otro modo, la posibilidad del interesado de reclamar antes los Tribunales conforme a la legislación aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M^a. DEL P.: “Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 32, 2018.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario a los artículos 3 y 4 del TRLGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid 2011.

GILI SALDAÑA, M^a. À.: “Contratos mixtos y el concepto de “consumidor”: Comentario a la STS de 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016/20. Accesible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/11259/1038>.

MATO PACÍN, N.: “Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019.

PERILLA GRANADOS, J. S. A.: “Construcción antiformalista del consumidor medio”, *Revista de Derecho privado*, Universidad de los Andes, núm. 54, 2015.

TORRUBIA CHALMETA, B.: “Mercado único digital y concepto de consumidor”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, junio 2016. Accesible en <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/318358>.

