

**REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR
A LOS EFECTOS DE LA COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN CONTRATOS CELEBRADOS
CON CONSUMIDORES. REFLEXIONES AL HILO DE
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2020
(C-774/2019)**

**REQUIREMENTS TO BE CONSIDERED CONSUMER
FOR THE PURPOSE OF THE DECISION ON JURISDICTION OVER
AGREEMENTS ENTERED INTO WITH CONSUMERS. REFLECTIONS
ABOUT THE EUROPEAN UNION COURT JUDGMENT
OF 10 DECEMBER 2020 (C-774/2019)**

Miguel García Casas*

RESUMEN: Este artículo está dirigido al análisis y comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2020 (A.B., B.B. Vs. Personal Exchange International Limited) y, a la vista de dicha resolución, al estudio de ciertas cuestiones sobre la consideración de consumidor a los efectos de la aplicación del foro especial de protección de consumidores previsto en el Reglamento 44/2001 el Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la com-

* Profesor Asociado de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Abogado, Asociado Senior, Herbert Smith Freehills Spain LLP. Correo-e: miguel.garcia-casas@hsf.com.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Hacia una justicia civil eficiente: desafíos actuales y próximos desde la perspectiva europea» (ref. PID2019-103909GB- I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

petencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

PALABRAS CLAVE: Consumidores; comerciantes; competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores; Foro especial de protección.

ABSTRACT: This paper is focused on the analysis and comments of the judgment of the European Court of Justice dated on 10 December 2020 (A.B., B.B. Vs. Personal Exchange International Limited) and on the review of certain issues arising from the treatment as consumer for the purposes of the special protection forum included on the Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

KEYWORDS: Consumers. Professionals; Jurisdiction over consumers contracts; Special protection forum.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN: 1.1. Hechos del caso. 1.2. Circunstancias relevantes para determinar la condición de B.B. como consumidor. 1.3. Normativa relevante. 1.4. Decisión del TJUE.—2. CONSIDERACIONES DEL TJUE SOBRE LOS REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR: 2.1. Planteamiento inicial. 2.2. Sobre la cuantía de las ganancias obtenidas por el demandante. 2.3. Sobre el nivel de conocimientos del demandante. 2.4. Sobre la evolución de la relación contractual. 2.5. Sobre la regularidad de la actuación del demandante: 2.5.1. Requisitos de las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/CE para ser considerado como consumidor. 2.5.2. Aplicación de los anteriores requisitos al caso objeto de la resolución.—3. VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LA RESOLUCIÓN: 3.1. Planteamiento contradictorio con las premisas de partida. 3.2. Dicotomía entre “comerciante” y “consumidor”. 3.3. Supuesta incompatibilidad entre la condición de “consumidor” y actividades que no dan lugar a la venta de bienes o prestación de servicios.—CONCLUSIONES.—FUENTES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo está centrado en el análisis de ciertas cuestiones problemáticas que surgen en relación con la interpretación del art. 15 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El Reglamento 44/2001 ha quedado derogado posteriormente por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que contiene —en

su art. 17— una disposición análoga a la recogida en el art. 15 del Reglamento 44/2001.

La aplicación del foro de competencia judicial internacional recogida en las anteriores disposiciones es analizada al hilo de lo señalado por el TJUE en la Sentencia dictada en el asunto *Personal Exchange International* (2020) y de otras resoluciones del TJUE que se han pronunciado expresamente sobre el reconocimiento de la condición de “consumidor”.

En concreto, y a la vista del contenido de la resolución, nos planteamos, entre otras cosas, qué circunstancias deben concurrir en una persona física para ser considerada como “consumidor” a los efectos de la aplicación del foro especial de protección de consumidores previsto en el art. 15 del Reglamento 44/2001 y en el art. 17 del Reglamento 1215/2012 y cuál debe ser el criterio para delimitar qué persona puede ser considerada efectivamente como “consumidor” a los efectos de aquellos preceptos.

1. RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN

La resolución objeto de comentario es, como se ha indicado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto *Personal Exchange International Limited* y que se pronuncia sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Eslovenia (*Vrhovno sodišče*) en el procedimiento iniciado por B.B., demandante y ciudadano con domicilio en la República de Eslovenia, contra Personal Exchange International Limited (PEI), sociedad mercantil domiciliada en la República de Malta.

1.1. Hechos del caso

Según se desprende de la propia resolución la acción formulada por B.B. contra PEI tiene su origen en la relación contractual surgida de la apertura de una cuenta de usuario por parte de B.B. en la página web *www.mybet.com*, dominio titularidad de PEI que ofrece servicios de juegos de azar en línea.

Para poder abrir su cuenta de usuario, B.B. suscribió unas condiciones generales de contratación que, entre otras cosas, incluían una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de la República de Malta.

En el contexto de su actividad como usuario, el demandante obtuvo —entre el 31 de marzo de 2010 y el 10 de mayo de 2011— la cantidad de 227.000 euros a través de su participación en partidas de póker *online*. El 10 de mayo de 2011 PEI bloqueó la cuenta del demandante y retuvo el citado importe sobre la base de que B.B. había infringido las reglas establecidas por PEI.

B.B. formuló demanda reclamando la devolución de las cantidades retenidas. Aquella demanda se presentó ante los tribunales eslovenos de conformidad con el art. 16 del Reglamento 44/2001 (en conexión con el art. 15 del

Reglamento 44/2001) por entender que aquellos eran competentes al ser los tribunales del lugar en que estaba domiciliado el demandante y tener esta la condición de consumidor.

PEI impugnó la competencia de los tribunales de Eslovenia sobre la base de que el demandante no era un consumidor toda vez que B.B. era un jugador profesional de póker y no podía acogerse al foro especial de protección de los consumidores recogido en el Reglamento 44/2001.

El tribunal esloveno de primera instancia confirmó su competencia para resolver la demanda por entender que el demandante tenía la condición de consumidor y estimó la acción formulada por B.B. Esta decisión fue confirmada por el órgano jurisdiccional esloveno de apelación.

Contra la sentencia de segunda instancia PEI formuló recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Eslovenia que —al tener dudas sobre la competencia de los tribunales eslovenos con base en el Reglamento 44/2001— planteó la siguiente cuestión prejudicial en relación con la interpretación del art. 15, apartado 1, del Reglamento 44/2001:

a) Que se determine si “puede ser calificado de contrato celebrado por un consumidor para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional un contrato de juego de póker en Internet, celebrado a distancia por un particular con un operador extranjero de juegos en Internet y sujeto a las condiciones generales determinadas por este”; y

b) Teniendo en cuenta la circunstancia de que “el particular ha vivido durante varios años de los ingresos percibidos y de las ganancias obtenidas en las partidas de póker, aunque no haya declarado oficialmente tal actividad y tampoco ofrezca a terceros esa actividad en el mercado como servicio de pago”.

1.2. Circunstancias relevantes para determinar la consideración de B.B. como consumidor

A la vista de los hechos del caso han de valorarse las siguientes circunstancias tanto a favor como en contra de considerar al demandante como un “consumidor” a los efectos del Reglamento 44/2001:

a) *Circunstancias a favor de reconocer a B.B. como consumidor*: (i) tuvo que aceptar las Condiciones Generales de Contratación planteadas por PEI; (ii) no declaró que su actividad tuviera carácter profesional; (iii) no propuso esa actividad profesional a terceros; y (iv) carecía de patrocinadores.

b) *Circunstancias en contra de reconocer a B.B. como consumidor*: (i) las ganancias obtenidas en el póker *online* le permitían tener considerables ganancias; (ii) jugaba al póker *online* una media de nueve horas por día laborable; y (iii) tenía amplios conocimientos en esta materia que impedían considerarlo como un mero “aficionado” al póker *online*.

1.3. Normativa relevante

Sin perjuicio de otros preceptos que pueden resultar de aplicación, hemos de destacar (por su relevancia) las siguientes normas:

Art. 15.1 del Reglamento 44/2001:

En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4 y en el punto 5 del art. 5:

- a) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías;
- b) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes;
- c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

Art. 16.1 del Reglamento 44/2001:

La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor.

Si bien es cierto que la Sentencia del TJUE se pronuncia expresamente sobre los preceptos indicados anteriormente del Reglamento 44/2001, entendemos que dicha interpretación resulta plenamente aplicable a lo dispuesto en los artículos correspondientes del Reglamento 1215/2012 que, en términos muy similares a los incluidos en el Reglamento 44/2001, incluyen un régimen especial de protección para los consumidores.

Así pues, también citamos como relevantes las siguientes disposiciones:

Art. 17.1 del Reglamento 1215/2012:

En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 6 y en el art. 7, punto 5:

- a) cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías;
- b) cuando se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, o
- c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.

Art. 18.1 del Reglamento 1215/2012:

La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor.

1.4. Decisión del TJUE

A la vista de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia, el TJUE se centra en determinar la concurrencia del primero de los tres requisitos exigidos por el art. 15, apartado 1 del Reglamento 44/2001 para determinar la procedencia del foro especial de protección de los consumidores que se recoge en aquel precepto¹. En concreto, “la cuestión prejudicial planteada [...] tiene por objeto saber si B.B. tiene la condición de “consumidor” que actúa en un contexto que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”.

La conclusión a la que llega el TJUE es la siguiente:

El art. 15, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una persona física domiciliada en un Estado miembro que, por una parte, ha celebrado con una sociedad establecida en otro Estado miembro un contrato para jugar al póker en Internet que contiene condiciones generales determinadas por esta última y, por otra parte, no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago no pierde la condición de «consumidor» a efectos de esta disposición aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias.

Así pues, y sin perjuicio de lo que se indicará a continuación, el TJUE entiende que el demandante debe gozar del foro especial de protección recogido en los arts. 15 y 16 del Reglamento 44/2001 de manera que las circunstancias indicadas por PEI no son suficientes para privar a este de la protección que el Reglamento 44/2001 reconoce a los consumidores.

Esta conclusión resulta coherente con lo señalado por el TJUE en otra reciente Sentencia en el asunto *Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala București* (2020), que —al aplicar el art. 17 del Reglamento 1215/2012— concluyó que:

¹ Los otros requisitos que serían necesarios para la aplicación de este foro especial serían (i) que se hubiera producido una celebración efectiva del contrato; y (ii) que el contrato pertenezca a alguna de las categorías previstas en el art. 15 (venta a plazo de mercaderías, de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes o en cualquier otro caso en el que la parte contratante ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembro).

El art. 17, apartado 1, del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, en virtud de un contrato como un contrato financiero por diferencias celebrado con una sociedad financiera, efectúa operaciones financieras a través de la referida sociedad puede ser calificada de «consumidor», en el sentido de dicha disposición, si la celebración del citado contrato no forma parte de la actividad profesional de esa persona, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. A efectos de esta calificación, por un lado, factores como el hecho de que esa persona haya realizado un elevado volumen de operaciones en un plazo de tiempo relativamente breve o que haya invertido cuantiosas sumas en ellas carecen, como tales, en principio, de pertinencia y, por otro lado, la circunstancia de que esa misma persona sea un «cliente minorista», en el sentido del art. 4, apartado 1, punto 12, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, carece, como tal, en principio, de pertinencia.

El criterio reciente del TJUE apunta a la irrelevancia de ciertas circunstancias (tales como la cuantía de las transacciones o la recurrencia de estas) para determinar si las partes del litigio deben o no ser consideradas como consumidores a los efectos del foro de protección recogido en los arts. 15 y 16 del Reglamento 44/2001 y en los arts. 17 y 18 del Reglamento 1215/2012.

2. CONSIDERACIONES DEL TJUE SOBRE LOS REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR

Como se ha expuesto previamente el TJUE se plantea si la existencia de ciertas circunstancias que podrían indiciariamente resultar ajenas a la condición del consumidor tienen consecuencias a los efectos de determinar la procedencia del foro especial de protección de consumidores previsto en el Reglamento 44/2001.

Más allá de las cuestiones lingüísticas sobre el concepto de “*actividad profesional*”, la aproximación del TJUE se hace desde dos premisas:

a) Que la interpretación que se haga del art. 15, apartado 1 del Reglamento 44/2001 debe ser estricta, “en el sentido de que no puede dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados por el citado Reglamento”; y

b) Que la protección que brinda el foro especial de consumidores solo resultará de aplicación para aquellos “contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo”.

Este criterio restrictivo ha sido también aplicado por el TJUE en otras sentencias: así, por ejemplo, en el asunto *Česká spořitelna* (2013) se indicó lo siguiente:

El Tribunal de Justicia ha concluido al respecto que solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Convenio para la protección del consumidor, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

En otras palabras, el régimen específico establecido por el Reglamento 44/2001 solo se justifica en aquellos casos en los que el uso del bien o servicio sea no profesional.

2.1. Planteamiento inicial

Partiendo de las anteriores consideraciones, el TJUE examina individualmente cada una de las objeciones para considerar que el demandante no reúne la condición de consumidor. Esto es, el planteamiento es si resulta posible negar a una persona la condición de consumidor por ciertos factores.

2.2. Sobre la cuantía de las ganancias obtenidas por el demandante

El primer elemento que se plantea el TJUE para decidir sobre el impacto de dicha circunstancia en la condición de consumidor es la cuantía de las ganancias obtenidas por el demandante y, en concreto, el “hecho mencionado por el órgano jurisdiccional remitente de que las ganancias obtenidas en las partidas de póker permiten, en el caso de autos, a B.B. vivir de estas desde el año 2008”.

Con independencia del análisis que hace el TJUE, hemos de llamar la atención sobre la peculiaridad de los contratos de juegos de azar consistente en que —en determinados casos— el consumidor no “consume” (en el sentido de empobrecimiento patrimonial), sino que el consumidor puede obtener ciertos beneficios económicos como consecuencia de los servicios prestados por el proveedor. Si bien —en el esquema habitual de los contratos de consumo— el consumidor obtiene unos servicios a cambio de una retribución económica, en este caso encontramos consumidores que obtienen esos servicios y, además, perciben una retribución económica.

La anomalía descrita anteriormente hace que el TJUE tenga que plantearse si en los escenarios de ganancias significativas obtenidas por el usuario, se pueda mantener el reconocimiento al usuario de su consideración de consumidor o si, por el contrario, esa protección debe desaparecer. Sobre este

punto, el TJUE concluye que la cuantía de las ganancias “no es, en sí, un elemento determinante para su calificación o no de ‘consumidor’ en el sentido del Reglamento núm. 44/2001”.

Esta conclusión está fundamentada en dos argumentos que, a nuestro juicio, resultan irreprochables:

a) No se establece en el Reglamento 44/2001 (ni tampoco en el Reglamento 1215/2012) ningún requisito relativo a un importe mínimo o máximo “por encima del cual se considere que una operación es importante en atención a su cuantía”.

Sobre este punto ya se había pronunciado el TJUE en otras ocasiones. En concreto, en el asunto *Petruchová* (2019) el TJUE afirmó que:

Si los arts. 17 a 19 del Reglamento núm. 1215/2012 se interpretaran en el sentido de que no son aplicables a las inversiones financieras importantes, el inversor no tendría manera de saber si podría acogerse a la protección conferida por esas disposiciones, al no haber fijado el citado Reglamento ningún importe por encima del cual se considere que una operación es importante en atención a su cuantía, lo que sería contrario a la voluntad del legislador de la Unión expresada en el considerando 15 de dicho Reglamento, según el cual las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad.

En otras palabras, si el Reglamento 44/2001 no fija un requisito de cuantía aplicable al contrato, no cabe que ese requisito sea impuesto *a posteriori* y ello porque el consumidor ha generado la expectativa de que —sea cual sea el resultado económico de esa operación— gozará de la protección que se recoge en el propio Reglamento. Este planteamiento es coherente con el Considerando 11 del Reglamento según el cual —y en palabras del TJUE— “las reglas de competencia deberían presentar un alto grado de previsibilidad”.

b) Por otra parte, no tendría sentido que —en los juegos de azar— se entendiese que el usuario de aquellos debe ser inequívocamente considerado como consumidor cuando el resultado le es negativo (cuando pierde) y, sin embargo, deba ser privado de esa condición si obtiene un beneficio positivo (cuando gana).

El riesgo es un elemento inherente a los juegos de azar (como sucede con el póker *online*) por lo que la consideración del usuario como consumidor es independiente de si gana o si pierde y es también independiente de cuál sea la magnitud de las ganancias o de las pérdidas.

En palabras de la Sentencia,

la necesidad de garantizar la previsibilidad de las reglas de competencia adquiere una importancia particular en el marco del juego de póker, que es un juego de azar que implica tanto el riesgo de perder las cantidades invertidas como la posibilidad de ganar importes considerables. Así pues, resultaría incompatible con este objetivo perseguido por el Reglamento núm. 44/2001 determinar la competencia jurisdiccional en función del importe ganado o perdido.

En definitiva, sobre esta primera cuestión (la cuantía de las ganancias obtenidas por el usuario de los juegos de azar), el TJUE concluye en que no debe tener impacto sobre la determinación del demandante como “consumidor” a los efectos del foro de protección previsto en el Reglamento núm. 44/2001.

2.3. Sobre el nivel de conocimientos del demandante

El segundo elemento que se plantea el TJUE para decidir si se puede negar la condición de consumidor al demandante es el relativo al nivel de conocimientos de B.B. Según PEI estos conocimientos (superiores a los de un aficionado medio al póker *online*) son los que permitieron al demandante “ganar considerables cantidades en las partidas de póker”.

El TJUE se apoya —en este punto— en su propia doctrina jurisprudencial (asunto *Schrems*, 2018²) para indicar que la consideración de consumidor debe adoptarse desde un punto de vista objetivo (y no subjetivo). Esto es, que “la condición de “consumidor” de una persona debe ser examinada atendiendo únicamente a la posición que ocupa en un contrato determinado, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de este”.

Así pues, las cualidades subjetivas propias del operador económico (i.e. conocimientos sobre la materia) no deben influir en la determinación del operador económico como consumidor. O, como señala la resolución, “los conocimientos de un particular en el ámbito en el que se inscribe el contrato celebrado no le privan de la condición de «consumidor»”. Lo determinante será, por tanto, valorar si la parte del litigio —en el contrato específico suscrita por esta— actuaba como consumidor.

A la misma conclusión llegó el TJUE en el asunto *Petruchová* (2019) en la que se afirmó que:

El hecho de considerar que la calidad de consumidor de un cocontratante puede depender de los conocimientos y de la información que posea en un terreno dado y no de la circunstancia de que el contrato que ha celebrado tenga por objeto satisfacer o no sus necesidades personales valdría tanto como referirse a la situación subjetiva de ese cocontratante.

El TJUE también reiteró esta consideración en el asunto *Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala București* (2020):

² Párr. 29:

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que el concepto de «consumidor» en el sentido de los arts. 15 y 16 del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 16, y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36).

Factores como el valor de las operaciones efectuadas en virtud de contratos CFD, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que conlleva suscribir tales contratos, los eventuales conocimientos o experiencia de una persona en el sector de los instrumentos financieros o incluso su comportamiento activo en la realización de tales operaciones carecen, en principio, de pertinencia.

Lo anterior, de hecho, no genera ninguna controversia en abundantes situaciones cotidianas. Así, por ejemplo, un profesional del sector automovilístico (con amplios conocimientos en la materia) será considerado como consumidor si suscribe un contrato de compraventa con un concesionario para la adquisición de un coche para uso personal. O, en otro sentido, no será considerado como consumidor la persona que —con nulos conocimientos sobre hostelería— desarrolla una actividad empresarial en el sector de la restauración.

En resumen, y en palabras del TJUE en el asunto *Schrems* (2018), “ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de estos le privan de la condición de «consumidor» en el sentido del art. 15 del Reglamento núm. 44/2001” (párr. 39). Resulta, por tanto, irrelevante a estos efectos que B.B. tuviera amplios conocimientos o especialización en el póker *online*.

2.4. Sobre la evolución de la relación contractual

El tercer elemento sobre el que se pregunta el TJUE es el relativo a la “evolución de la relación contractual existente entre B.B. y PEI, [...] la posición que dicha persona ocupa en un contrato determinado, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de este”.

Lo que se plantea en la resolución es si el demandante pudo ser considerado como consumidor al inicio de la relación contractual y, posteriormente, evolucionar hacia un “carácter esencialmente profesional”.

Considera la Sentencia que esta decisión debe ser adoptada por el tribunal que adoptó la decisión en el país de origen de manera que no cabe entender que la posición del demandante es la de un profesional en el caso de que (como sucede) no se hubiera advertido previamente por el tribunal nacional que este actuó —en algún momento de la relación contractual— con un carácter esencialmente profesional.

En definitiva, no puede ser considerado como profesional quien nunca ha actuado —a juicio del órgano jurisdiccional de origen— como un profesional (en contraposición a un consumidor).

2.5. Sobre la regularidad de la actuación del demandante

Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que las circunstancias descritas anteriormente no privan al demandante de la condición de consumidor, reflexiona sobre un tema que, a nuestro juicio, resulta el punto esencial de la Sentencia y que, además, constituye la cuestión más controvertida de aquella.

A partir de una circunstancia aparentemente sencilla (el tiempo que el demandante dedicaba a la actividad objeto del contrato), la Sentencia se centra en determinar qué condiciones tienen que concurrir en un sujeto para entender que este es consumidor.

Sobre esta cuestión, la Sentencia parte de un postulado previo: la consideración como consumidor a los efectos del Reglamento de Bruselas debe hacerse en coherencia con el concepto de consumidor contenido en otros textos normativos del Derecho de la Unión Europea. En concreto, la Sentencia indica que esta decisión debe hacerse al amparo de los criterios expuestos en (i) la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; y (ii) la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

Esta consideración es coherente con lo señalado por el TJUE en el asunto *Kamenova* (2018) en el que la decisión acerca de si la demandada actuaba como comerciante o consumidora en la relación contractual también se adoptó sobre la base de los criterios de aquellas Directivas.

2.5.1. *Requisitos de las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/CE para ser considerado como consumidor*

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales dispone que será considerado como “*consumidor*”, “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”. Y, asimismo, se indica que será “*comerciante*”, “cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de este”.

Por otra parte, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, incluye tam-

bién, entre sus definiciones, una regulación muy similar del consumidor y del comerciante. En concreto, se dispone lo siguiente:

a) Se entiende como “*consumidor*”, “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”; y

b) Se define al “*comerciante*” como “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”.

Al interpretar estas definiciones, el TJUE (en el asunto *Kamenova*, 2018) ha destacado que el órgano jurisdiccional debe examinar si la persona respecto a la que se examina su posible condición de “*comerciante*”, “ha actuado «con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión» o en nombre de un comerciante o por cuenta de este”.

Y, en línea con lo señalado por el Abogado General, el Tribunal debe —a juicio del TJUE— comprobar si concurren los siguientes elementos de hecho³:

1 Si la venta (o prestación de servicios) se ha realizado de forma planificada y con fines lucrativos;

2 Si el vendedor (o prestador de servicios) “dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente”;

3 Si el vendedor (o prestador de servicios) “tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio”;

4 Si el vendedor (o prestador de servicios) “está sujeto a IVA”;

5 Si el vendedor (o prestador de servicios) “ha recibido una retribución o participación”;

6 Si el vendedor “compra bienes nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional”; y

7 Si los productos en venta (o los servicios prestados) “son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos”.

Respecto a los anteriores criterios aclara el TJUE indicando que estos “no son taxativos ni exclusivos, de manera que, en principio, el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina, por sí mismo, la calificación que debe hacerse del vendedor en línea con respecto al concepto de ‘comerciante’”.

³ Las consideraciones realizadas respecto al vendedor son, a nuestro juicio, también aplicables al prestador de servicios.

La conclusión del TJUE en la Sentencia *Kamenova* es, por tanto, que una persona solo podrá ser calificada como comerciante —de conformidad con lo dispuesto en las Directivas de referencia— en aquellos casos en que, a la luz de los criterios expuestos previamente, “actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente a la luz de todas las circunstancias pertinentes del caso de autos”.

2.5.2. *Aplicación de los anteriores requisitos al caso objeto de la resolución*

Los criterios interpretativos del asunto *Kamenova* (2018) son traídos a colación por la resolución para valorar si concurrían dichos requisitos en el demandante y si, por tanto, este debería ser considerado como comerciante (y no como consumidor). En este punto, la resolución entiende que efectivamente existe una actuación regular del demandante pero considera, en coherencia con lo dispuesto en *Kamenova*, que “la regularidad [...] no determina, por sí misma, la calificación que debe hacerse de una persona física con respecto al concepto de «profesional»”.

En relación con otros criterios que podrían ser de aplicación, la resolución entiende que la actividad del demandante “no da lugar a la venta de bienes ni a una prestación de servicios, como señala el órgano jurisdiccional remitente. Así pues, de las indicaciones facilitadas por dicho órgano jurisdiccional se desprende que B. B. no ofrece a terceros servicios vinculados a la actividad de juegos de póker ni ha declarado oficialmente dicha actividad”.

El TJUE entiende, por tanto, que no concurren todos los criterios expuestos en *Kamenova* y que se trata de una actividad distinta “de la controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 4 de octubre de 2018, *Kamenova* [...], ya que esta se refería a la venta de bienes”. Así pues, el demandante —a diferencia del demandado en *Kamenova*— no puede ser considerado como comerciante y sí como consumidor.

La valoración que —sobre este punto— plantea el TJUE en la resolución merece, a mi juicio y como señalaremos más adelante, una cierta crítica por apartarse de las premisas de partida y por conducir a una consideración exorbitante de la condición del consumidor.

3. VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LA RESOLUCIÓN

Con carácter general, entiendo que las consideraciones del TJUE son acertadas y responden a la interpretación que la propia jurisprudencia del TJUE viene haciendo respecto del concepto de consumidor y de la aplicación del foro de protección del consumidor recogido tanto en el Reglamento 44/2001 como en el Reglamento 1215/2012.

Ahora bien, hay ciertos enfoques que —desde mi punto de vista— no son acertados en tanto que conducen a una consideración demasiado extensiva de la figura del consumidor y pueden llevar a aplicaciones exorbitantes del foro de protección.

3.1. Planteamiento contradictorio con las premisas de partida

En primer lugar, hemos de señalar que el punto de partida expresado por el TJUE consistente en si es posible negar a una persona la condición de consumidor por ciertos factores resulta, a mi juicio, contradictorio con las premisas que han sido señaladas por el propio TJUE.

En lugar de plantearse —siguiendo el criterio restrictivo al que se hace referencia en esta misma Sentencia— si en B.B. concurren las circunstancias mínimas para concluir que debe ser considerado como consumidor, el TJUE invierte los términos: asume que el demandante es consumidor salvo prueba en contrario, esto es, deberá ser considerado como consumidor a menos que alguna de las circunstancias expuestas desvirtúen esa condición.

Un enfoque coherente llevaría a valorar si las circunstancias a favor de entender que el demandante es consumidor confirman dicha consideración o, de otro modo, no son suficientes para otorgarle a este el régimen de protección de los consumidores previsto en el Reglamento 44/2001.

3.2. Dicotomía entre comerciante y consumidor

Al hilo de lo indicado anteriormente el TJUE incurre en un cierto reduccionismo al entender que si no concurren los requisitos para ser considerado comerciante, debe entenderse que el demandante (o el demandado) son necesariamente consumidores.

La consideración de consumidor se hace, como indica el propio asunto *Kamenova* (2018) por la posición de inferioridad del consumidor con respecto al comerciante. Ahora bien, lo anterior no implica que si una persona no se encuentra en una posición de inferioridad y no concurren en ella los requisitos impuestos en las definiciones de las Directivas antes citadas (actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión), deba automáticamente entenderse que es un comerciante.

A sensu contrario, si una persona no es comerciante porque no se encuentra en el ámbito de la definición recogida en las anteriores Directivas (actuación con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva) no implica que deba ser automáticamente considerada como consumidor.

En definitiva, consumidor y comerciante son categorías excluyentes (no se puede ser, a la vez, consumidor y comerciante) pero no son dicotómicas (o se es consumidor o se es comerciante). Puede, de hecho, ocurrir que el adquirente de los bienes o servicios no actúe como consumidor (porque no se encuentra en una posición de inferioridad) y tampoco lo haga como comerciante (porque desempeña una actuación ajena a su actividad profesional). Así, puede haber adquirentes de bienes y servicios que, sin tener un uso profesional de aquellos, actúan perfectamente asesorados y con una posición de superioridad (o, al menos, de igualdad) en la relación contractual derivada de la condición del adquirente o de su posición socioeconómica.

De acuerdo con lo anterior, considero que la determinación de si una persona en una relación contractual concreta es consumidora no debe hacerse por exclusión de la consideración de comerciante (como hace el TJUE en la resolución). Al contrario, entiendo que debe valorarse si en esa persona, en concreto, concurren las circunstancias propias del consumidor y, en concreto, si existe una posición de inferioridad entre aquel y el comerciante.

Obviamente, puede servir como criterio interpretativo valorar si concurren los requisitos para ser considerado como comerciante, pero lo anterior no debe resultar determinante para entender que procede la protección que solo se otorga al consumidor.

En este sentido, entiendo que para determinar si un sujeto es (o no) comerciante no debe hacerse una valoración meramente cuantitativa del número de criterios que concurren en el caso concreto. Esto es, no se trata de determinar si —en el caso concreto— concurren muchos o pocos criterios de los expuestos en *Kamenova*.

Lo relevante será, como apunta el TJUE en *Kamenova*, si la concurrencia de aquellos criterios (algunos o todos) es suficiente para entender que el supuesto comerciante tenía un “propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” y si se producía una situación de “inferioridad” del consumidor hacia el comerciante.

3.3. Supuesta incompatibilidad entre la condición de consumidor y actividades que no dan lugar a la venta de bienes o prestación de servicios

Finalmente, no comparto la consideración de la resolución en virtud de la que el demandante debe ser considerado como consumidor porque su actividad “no da lugar a la venta de bienes ni a una prestación de servicios”.

Entendemos, al hilo de los criterios expuestos anteriormente y de las definiciones contenidas en las mencionadas Directivas, que cabe desarrollar una actividad distinta a la venta de bienes o de servicios con un propósito ajeno a la actividad profesional y que, sin embargo, no se esté en una posición de inferioridad.

Así sucede, por ejemplo, en la relación contractual entre el *trader* (profesional de los mercados financieros) que gestiona el patrimonio familiar y las plataformas virtuales desde las que opera. Obviamente, la actividad del *trader* no da lugar a la venta de bienes o prestación de servicios pero, sin embargo, es inequívoco que no se encuentra en posición de inferioridad con el proveedor de aquellos servicios y que, por tanto, es difícil considerar que necesite la protección especial propia del consumidor.

CONCLUSIONES

La resolución del TJUE analizada en este artículo lleva a cabo un análisis de la consideración del consumidor a los efectos del Reglamento 44/2001 (y a los efectos del Reglamento 1215/2012) asumiendo que esta valoración no debe hacerse de modo autónomo e independiente de la interpretación del concepto de consumidor que se recoge en la normativa de la Unión Europea sobre consumidores.

Asimismo, indica que el criterio esencial para determinar la condición de consumidor y aplicar el foro especial de protección será que este ocupe una posición de inferioridad en una determinada relación contractual y, en este sentido, concluye señalando que no procede determinar a un consumidor (como oposición al comerciante) sobre la base de la no concurrencia de todas las circunstancias que la jurisprudencia del TJUE considera que son propias de un comerciante.

Se aprecia en la resolución así como en el resto de jurisprudencia reciente del TJUE (véase, asunto *Reliantco Investment* y *Reliantco Investment Limasol Sucursala București*, 2020) una postura dirigida a aceptar la condición de consumidor al margen de circunstancias que, tradicionalmente, se asocian a operaciones ajenas a los consumidores (recurrencia de operaciones, alta cuantía de aquellas o especiales conocimientos de los intervinientes).

El anterior criterio (que comparto) debe conciliarse, a mi juicio, con la jurisprudencia del TJUE que indica que la consideración de consumidor debe hacerse de un modo restrictivo.

De acuerdo con lo anterior, y sobre la base de esa aplicación restrictiva, no estoy de acuerdo aceptar una suerte de presunción *iuris tantum* de que cualquier persona física es consumidora a menos que se demuestre lo contrario. En otras palabras, yerra el TJUE al valorar las circunstancias concurrentes para determinar si es posible negar al demandante la consideración de consumidor. El enfoque correcto, a mi juicio, debe ser el de determinar si —en el caso concreto— concurrían las circunstancias necesarias para considerar que una determinada persona es (o no) consumidor, asumiendo, en todo caso que —como se ha explicado— ciertas circunstancias no deben ser tenidas en cuenta para negar la condición de consumidor.

En este sentido, no comparto el carácter dicotómico de las consideraciones de consumidor y comerciante que sigue el TJUE. Entiendo que existe un género distinto de comerciante y consumidor de manera que es teóricamente posible que en una relación contractual alguno de los intervinientes no tenga que ser necesariamente considerado como comerciante o consumidor.

En resumen, y con carácter general, pienso que —de acuerdo con la propia jurisprudencia del TJUE— el concepto de consumidor a los efectos de la aplicación del foro de protección previsto en el Reglamento 44/2001 y del Reglamento 1215/2012 debe hacerse sobre la base de la posición concreta que ocupa una determinada persona en una relación contractual y si existe una efectiva inferioridad en aquella relación. Así pues, para determinar si procede o no esta consideración no basta con valorar una serie de circunstancias objetivas, sino que debe atenderse al carácter de la relación contractual, a las condiciones subjetivas de las partes y a la causa de aquella relación.

FUENTES CITADAS

A. Legislación y jurisprudencia

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). «DOUE» L 149 (11 jun. 2005).

Reglamento (CE) no. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. «DOUE» L 12 (16 ene. 2001).

Reglamento (UE) no. 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. «DOUE» L 351 (20 dic. 2012).

Sentencia TJUE (2013). *Česká spořitelna*, C-419/2011. ECLI:EU:C:2013:165

Sentencia TJUE (2018). *Kamenova*, C-105/2017. ECLI:EU:C:2018:808

Sentencia TJUE (2018). *Schrems*, C-498/16. ECLI:EU:C:2018:37

Sentencia TJUE (2019). *Petruchová*, C-208/2018. ECLI:EU:C:2019:825

Sentencia TJUE (2020). *Personal Exchange International Limited*, C-774/19. ECLI:EU:C:2020:1015

Sentencia TJUE (2020). *Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursală București*, C-500/2018. ECLI:EU:C:2020:264