

1.5. Obligaciones y contratos

Condición legal de consumidor: contratos de doble finalidad y garantías accesorias

Legal condition of consumer: contracts of double purpose and accessory guarantees

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Adjunta de Derecho civil. Doctora en Derecho
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: En este trabajo se analiza la evolución del concepto de consumidor en la normativa y jurisprudencia española y comunitaria europea. Se presta especial atención a los supuestos controvertidos de los contratos de doble finalidad y la situación de los garantes fiadores e hipotecantes no deudores. Tras este análisis se observa la tendencia a acudir a un criterio funcional en la valoración de la concurrencia o no de la condición de consumidor en un sujeto.

ABSTRACT: This paper analyzes the evolution of the concept of consumer in European and Spanish legislation and jurisprudence. Special attention is paid to the controversial cases of dual-purpose contracts and the situation of non-debtor guarantors and mortgaging guarantors. After this analysis, we observe the tendency to resort to a functional criterion in the assessment of the concurrence or not of the condition of consumer.

PALABRAS CLAVE: Préstamo. Consumidor. Contratos de doble finalidad. Garantías accesorias. Predominio. Marginalidad. Vínculo funcional.

KEY WORDS: Loan. Consumer. Dual-purpose contracts. Accessory guarantees. Predominance. Marginality. Functional link.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR.—III. CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD O «MIXTOS»: EL CRITERIO DEL FIN PREDOMINANTE O MARGINAL.—IV. POSICIÓN DE LOS GARANTES PERSONALES E HIPOTECARIOS: EL CRITERIO DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años, y especialmente en el marco de las resoluciones sobre cláusulas abusivas y los controles de incorporación, contenido y transparencia

aplicables según construcción jurisprudencial, nuestros tribunales han tenido que dar respuesta también a una premisa previa y necesaria para la resolución de los litigios de una u otra forma: ¿tiene la parte (en la mayoría de los casos es la demandante) la condición legal de consumidor? Si la tiene, entonces se le podrán aplicar las reglas tuitivas propias de estos sujetos, fundamentalmente el 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 (en adelante TRLCU) y la aplicación del control de transparencia acuñado por el Tribunal Supremo, con la posible apreciación de la cláusula como abusiva; pero si se considera que en el conflicto ninguna de las partes es consumidor, entonces las reglas de aplicación serán distintas y no son tan protecciónistas como con los consumidores.

Entre los distintos supuestos que han sido controvertidos en relación a la determinación de la condición legal de consumidor cabe destacar los casos de: a) los contratos de doble finalidad, es decir, aquellos en los que el préstamo en el que se incluía la alegada cláusula abusiva se destinaba no solo a fines personales sino también a fines profesionales, empresariales o comerciales; y b) la situación de los avalistas e hipotecantes personas físicas garantes del préstamo, especialmente cuando el deudor principal de ese préstamo no tiene la condición de consumidor y ese préstamo tenía la finalidad de atender necesidades empresariales o profesionales.

Sobre estos supuestos el Tribunal Supremo ha fijado ya una doctrina concreta, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). Sobre esa doctrina versa este trabajo, con el fin de aclarar la situación existente en relación con estos casos controvertidos de cara a la determinación de la condición de consumidor.

II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico español ha ido evolucionando con el tiempo. Pero es que además nos encontramos en general con que cada Ley que en alguna medida tiene como destinatario a los consumidores acoge un precepto concreto que viene a definir lo que, a efectos de esa Ley, es consumidor; en muchos casos esa noción se asemeja mucho a la prevista en la norma general tuitiva de los consumidores (el TRLCU), o bien se remite a ella, o incorpora pequeños matices.

En el artículo 1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 el concepto de consumidor venía vinculado al de destinatario final, sea persona física o jurídica; no considerándose consumidores o usuarios «quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Con el TRLCU el ordenamiento jurídico español trató de acomodarse más al criterio acogido en el seno del Derecho comunitario y sus Directivas (que se transponían en las leyes que se refundieron en este texto refundido¹), de modo que en su artículo 3 vinculó la noción de consumidor al ámbito en el que actuaba el sujeto: «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Posteriormente con la reforma del TRLCU por Ley 3/2014, de 27 de marzo, este artículo 3 se modificó ampliándose el ámbito subjetivo a personas jurídicas o entes sin

personalidad que actúen sin ánimo de lucro, aunque manteniendo el criterio de atención al ámbito de actuación en el que actúen: «...son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

En el ámbito del Derecho comunitario el concepto de consumidor no se extiende a las personas jurídicas. En las Directivas comunitarias ese concepto recae solo en personas físicas, pero dado su carácter de mínimos no existe ninguna vulneración por parte del Derecho español al ampliar el ámbito subjetivo de protección a las personas jurídicas.

Sí que comparten el Derecho español y el comunitario el criterio de delimitación negativo de atender al hecho de que esa persona no actúe dentro del ámbito de una actividad empresarial, comercial o profesional².

Pero dentro de este criterio, el TJUE en su sentencia de 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*, C-110/14) fue más allá y diferenció claramente entre la calificación como profesional del prestatario y el efectivo ámbito de actuación del prestatario en ese concreto contrato. De este modo concluyó que la noción de consumidor debe atender a criterios objetivos y al concreto contrato respecto del que se valore la concurrencia de esta condición.

Así, recuerda el TJUE en esta sentencia de 3 de septiembre de 2015 que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional. Asimismo, incide en el hecho de que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 30, y *Šiba*, C-537/13, apartado 21) y que tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencias *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 31, y *Šiba*, C-537/13, apartado 22). Y a este respecto, advierte que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga.

Insiste el TJUE en que a la hora de determinar la condición o no de consumidor en el sentido previsto en la Directiva 93/13/CEE, el juez nacional debe valorar el conjunto de todas las pruebas y los concretos términos del contrato y atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso «susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio».

Por tanto, concluye el TJUE en esta sentencia de 3 de septiembre de 2015 que un abogado puede calificarse de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional (véase, por analogía, la sentencia *Di Pinto*, C-361/89, apartado 15), pues con respecto a él también puede apreciarse esa situación de inferioridad respecto al profesional con el que contrata y que, como se ha indicado antes, es el criterio que fundamenta esa protección prevista en la Directiva 93/13/CEE.

En definitiva, la noción de consumidor vendría marcada por su carácter funcional y objetivo, con respecto al caso y contrato concretos y atendiendo al fin con el que se actúa, sin que los conocimientos técnicos específicos que tenga ese sujeto por razón de su profesión sean determinantes del reconocimiento o no de la condición de consumidor.

Trasladada esta conclusión a nuestro ordenamiento jurídico y a lo previsto en el artículo 3 TRLCU, vendría a concretarse en que la redacción del artículo 3 TRLCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente: así lo advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de enero de 2017.

Esta última STS citada de 16 de enero de 2017 (de Pleno) aborda asimismo otra cuestión relevante en relación con la noción de consumidor recogida en ese artículo 3 TRLCU: el ánimo de lucro. El Tribunal Supremo en esta Sentencia se pregunta si es posible acoger un concepto de consumidor en relación a una actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro; y a este respecto advierte de que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. Para tal conclusión se apoya en jurisprudencia comunitaria que ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor (así, STJCE de 10 de abril de 2008, asunto *Hamilton*, y STJCE de 25 de octubre de 2005, asunto *Schulte*); pero también en el artículo 3 TRLCU. Además de resaltar lo indicado sobre que este precepto se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente, advierte de que el tenor literal de esta norma (tras la reforma de la Ley 3/2014) se refiere al ánimo de lucro como circunstancia excluyente de la condición de consumidor solo para el caso de las personas jurídicas, pero no de las personas físicas. Por ello, el Tribunal Supremo concluye que cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

Ahora bien, tras concluir esto, también hace el Tribunal Supremo una advertencia: la conclusión y apreciación como consumidor de esa persona física pese a concurrir en ella ánimo de lucro será así siempre con referencia a una operación concreta, pues si se realiza esa actividad de modo regular y habitual en un periodo corto de tiempo, entonces ya podría considerarse que está realizando una actividad empresarial o profesional (así, el artículo 1 CCom se refiere a esta característica de habitualidad para configurar la cualidad de empresario). El problema es concretar cuándo se considerará que concurre esa habitualidad, qué periodo de tiempo se considera suficiente a este respecto para entender que esa actuación reiterada con ánimo de lucro excluye ya la condición de consumidor: el Tribunal Supremo no lo concreta de modo que por ahora y hasta que no se siente o consolide un criterio específico, queda a la valoración del juez del caso concreto esa apreciación.

III. CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD O «MIXTOS»: EL CRITERIO DEL FIN PREDOMINANTE O MARGINAL

Los supuestos de contratos de préstamo celebrados por una persona destinando el mismo a fines mixtos (es decir, a adquirir un bien o bienes para

satisfacer necesidades tanto personales como profesionales o empresariales) y la consideración de ese sujeto como consumidor o no ha sido una cuestión durante mucho tiempo controvertida.

El TRLCU no prevé este supuesto, como tampoco lo preveía la LGDCU de 1984, de modo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido aportando posibles soluciones: i) considerarlo en todo caso como consumidor; ii) nunca considerarlo como consumidor; iii) una opción intermedia de que será consumidor si el uso predominante es de consumo o como destinatario final para satisfacer necesidades ajena a la actividad empresarial o profesional; iv) en relación con la anterior, la solución de considerar como consumidor a esa persona solo si el fin profesional o empresarial es marginal (no solo no predominante) con respecto al uso personal.

Y es precisamente esa solución de atender al criterio del fin predominante la que ha sido acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de abril de 2017, aunque con unas alusiones al criterio de la marginalidad que hacen en cierto modo criticable por ambigüedad el fundamento de esta resolución.

El punto de partida de la fundamentación del Tribunal Supremo es esa ausencia de regulación expresa de esta situación en el ordenamiento jurídico español. Como consecuencia atiende al ordenamiento comunitario europeo, y en este ámbito, concretamente a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores que modificó la Directiva 93/13/CEE y que en su Considerando 17 alude a estos contratos de doble finalidad: «La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor».

Como puede observarse, en esta Directiva se atiende a un criterio de predominio del fin personal o profesional dentro del contexto general del contrato para calificar o no a esa persona como consumidor. Criterio que se repite en el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Asimismo, junto con esta Directiva cabe tener en cuenta la postura del TJUE sobre esta cuestión.

En un primer momento en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto *Gruber*, C-464/01) se entendió que cabía considerar consumidor a esa persona que celebra un contrato con doble finalidad si el destino comercial es marginal en relación al destino personal; si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional. En este caso, cabe afirmar que la postura del TJCE fue muy restrictiva: no es que simplemente predomine el carácter personal o privado del uso o finalidad pretendida con el contrato, sino que el aspecto profesional debe ser insignificante e irrelevante en comparación con aquel (marginal). Cierto es que en ningún momento se establecen porcentajes de predominio, pero al menos cabe afirmar que cuando hablamos de «marginal» o «insignificante» quiere decirse que se trata de un fin con un peso mínimo, muy pequeño, en el marco del contrato u operación realizada.

Por su parte, cabe recordar también al hilo de esta cuestión que en la ya mencionada STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*) se advertía de que el fin de la normativa tuitiva comunitaria encabezada por la Directiva 93/13/UE es proteger de las situaciones de inferioridad de una persona que no actúa en el ámbito de una actividad empresarial frente al profesional con el que contrata. Y a estos efectos, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio.

Posteriormente el TJUE en auto de 19 de noviembre de 2015 (asunto *Tarcău*, C-74/15) advirtió del carácter objetivo y funcional del concepto de consumidor, debiendo evaluarse si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, correspondiendo al juez nacional verificar la concurrencia o no de esa cualidad de consumidor, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas.

Con todo ello, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 2017 concluye que para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De modo que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.

Con el criterio del predominio podemos hablar de una solución de mayoría simple (si el uso personal supera al profesional, ya es predominante ese uso personal, y por lo tanto cabe considerarlo como consumidor); pero que un uso sea predominante no implica automáticamente que el otro uso sea marginal; si el uso profesional es de un 25-40% no podemos decir que sea el predominante, pero tampoco podemos afirmar que sea marginal.

El Tribunal Supremo en esta sentencia de 5 de abril de 2017 consideró acreditado que «el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante», de ahí que no considere que concurra la condición de consumidor en el prestatario. En la fundamentación como hemos visto mezcla en cierta medida ambos criterios de predominio y marginalidad, sin dejar bien claro cuál es el asumido y sin distinguir los matices de ambos. Parte de la STJCE de 20 de enero de 2005 que acoge el criterio de marginalidad, y a ese carácter residual alude en el fundamento jurídico quinto de aplicación de la teoría o doctrina general al caso concreto; pero en la conclusión del fundamento jurídico cuarto (apartado 3) alude reiteradamente al predominio como criterio a tener en cuenta.

Cierto es que para el resultado final del caso no tiene ninguna incidencia uno u otro criterio: si el fin profesional es predominante, quiere decir que no es marginal, por lo que el carácter de consumidor quedaba rechazado de cualquier modo. Pero con esta ambigüedad en cuanto a acoger el criterio de predominio o

el de marginalidad en estos casos de contratos de doble finalidad, queda la duda de si en el supuesto de que el fin predominante sea el privativo o personal, ¿en qué grado debería concurrir el fin profesional para no excluir la condición de consumidor del prestatario?: ¿un peso insignificante irrelevante o marginal? ¿o cualquiera siempre que se mantenga el predominio del fin personal?

A la vista de la fundamentación de esta STS de 5 de abril de 2017 considero que cabría entender que la intención del Tribunal Supremo es la de acoger esa primera opción, y que se tratase de un fin profesional residual o marginal para poder hablar de consumidor en estos casos de contratos mixtos. Aunque eso supone una postura restrictiva en el ámbito de la protección del consumidor y de la determinación de su ámbito subjetivo.

IV. POSICIÓN DE LOS GARANTES PERSONALES E HIPOTECARIOS: EL CRITERIO DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL

Por último, cabe hacer referencia a otro supuesto controvertido en el marco de la determinación de la condición legal de consumidor: ¿cuál es la situación del fiador e hipotecante no deudor persona física respecto del préstamo o crédito garantizado con esa garantía accesoria? ¿Puede ser considerado consumidor aunque el deudor principal del crédito garantizado no lo sea?

Para resolver esta cuestión debe partirse de una premisa que ya se ha indicado anteriormente en este trabajo y que se ha consolidado como doctrina del Tribunal Supremo en relación con el concepto de consumidor: para la determinación de la condición de consumidor se debe atender no a la personalidad del prestatario o contratante sino al ámbito objetivo de la operación (que no sea un ámbito profesional o empresarial, o al menos que no sea predominante o sea marginal). Así, este es el criterio acogido en las SSTS de 10 de marzo de 2014, de 7 de abril de 2014, de 15 de diciembre de 2015, de 3 de junio de 2016, de 16 de enero de 2017, de 5 de abril de 2017, de 7 de noviembre de 2017, y en la STJCE de 20 de enero de 2005, STJUE de 3 de septiembre de 2015, ATJUE de 19 de noviembre de 2015 y ATJUE de 14 de septiembre de 2016.

Tradicionalmente y en virtud del carácter accesorio de la fianza y de la hipoteca, se ha venido entendiendo que el garante fiador o hipotecante no deudor asumía en todo caso la misma condición que el deudor principal: de modo que si este no tenía la condición de consumidor el garante tampoco (así, entre otras, la SAP Pontevedra de 1 de septiembre de 2015, el AAP Valencia de 16 de septiembre de 2015, el AAP Tarragona de 2 de noviembre de 2015, la SAP Madrid de 6 de octubre de 2015, el AAP Las Palmas de 22 de enero de 2016, el AAP Madrid de 12 de febrero de 2016, el AAP Córdoba de 17 de febrero de 2016 y el AAP Barcelona de 25 de febrero de 2016). Pero a raíz de la doctrina del TJUE esta apreciación está cambiando.

En la ya citada STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*, C-110/14) se vino a diferenciar entre contrato principal y contrato accesorio, afirmando que «en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito». Considera el TJUE que el hecho de que el propio deudor principal hipotecase como representante de un bufete de abogados bienes dedicados a su profesión, no es relevante de cara a la calificación como consumidor o no de ese abogado en el marco del contrato principal. Viene pues a escindir los planos de contrato

principal y contrato accesorio de cara a la valoración y determinación de la condición de consumidor de, respectivamente, el deudor principal y del garante.

Posteriormente, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto *Tarcău*, C-74/15 (cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto *Dumitras*, C-534/15) advierte que, a pesar del carácter accesorio del contrato de garantía, desde el punto de vista de las partes contratantes se presentan como contratos distintos, y por ello la determinación de la calidad con la que cada parte actúa debe evaluarse en atención al concreto contrato del que son parte³. Señala que «en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

En estos Autos se configura así pues el criterio de la vinculación funcional del garante a la profesión o actividad empresarial del deudor principal como elemento que, de concurrir, determinaría la exclusión de la condición de consumidor del garante. Si no hay vínculo funcional con la actividad profesional del deudor, y los propios garantes (fiador o hipotecante no deudor) no actúan dentro del ámbito de su actividad profesional, la Directiva 93/13/CEE y las normas tuitivas de los consumidores serían aplicables también a los garantes⁴. La apreciación o no de la existencia de ese vínculo funcional será objeto de valoración por el juez nacional.

Esta doctrina del TJUE ha sido acogida por nuestros tribunales (cabe citar entre otros, el AAP de Girona de 2 de marzo de 2016, el AAP de Pontevedra de 6 de abril de 2016, la SAP de Baleares de 27 de diciembre de 2017 y la SAP de Pontevedra de 8 de enero de 2018). Tal y como se señala en estas resoluciones, acogiéndose este criterio de vinculación funcional del garante, el garante hipotecario o avalista ostentaría la condición de consumidor en un contrato de garantía respecto de un préstamo concedido a un no consumidor si no participa en el normal desarrollo de la actividad profesional o empresarial del obligado principal. Y, como consecuencia, en los procesos dirigidos contra ellos podrán alegar y oponer la existencia de cláusulas abusivas, aunque no lo pueda alegar el deudor principal por no ser consumidor. Se abre así una vía de acción u oposición para los numerosos familiares fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores de empresarios, autónomos, pymes y sociedades mercantiles que han servido de apoyo y condición para que estos pudieran obtener un crédito para destinarlo a la actividad empresarial o profesional. Ahora también pueden ser considerados consumidores y ser protegidos conforme a esa cualidad.

Este criterio de la vinculación funcional se reitera asimismo en otro caso, diferente del anterior pero con algunos matices de similitud. Es el supuesto objeto de la STS de 7 de noviembre de 2017, en el que se analizó la condición de consumidores de los dos cónyuges prestatarios, cuando el préstamo se celebró para refundir distintas deudas del marido adquiridas por razón de su actividad empresarial y así unificar las deudas en una única. El marido era empresario y adquirió el préstamo en el ámbito de su actividad empresarial, como fiador de una sociedad mercantil, por lo que se le denegó la condición de consumidor. Pero es en relación a la esposa que se planteó su posible consideración como consumidor en cuanto que no era quien desarrollaba esa actividad profesional y empresarial en la que surgieron esas deudas que se refinanciaron con este préstamo. El Tribunal Supremo entiende que aquí también debía valorarse si existía o no una vinculación funcional de la esposa con esa operación empresarial que

determinó la celebración de ese préstamo; y concluye que sí la hay por cuanto la esposa no era ajena a las deudas refinanciadas pues debía responder también de las mismas en virtud de lo previsto en los artículos 6 y 7 CCom y 1365.2 del Código Civil (normas que establecen el sistema de responsabilidad para los casos en que uno de los cónyuges ejerza el comercio).

V. CONCLUSIONES

I. El concepto de consumidor ha ido evolucionando tanto en la normativa nacional española y comunitaria europea como en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo. De un concepto restrictivo como destinatario final se ha avanzado hasta un concepto más objetivo y funcional en el que se presta atención al ámbito en que se actúa, debiendo ser un ámbito ajeno a una actividad empresarial, profesional o comercial.

II. Pero también sobre esto último se han introducido ciertos matices o flexibilizaciones. Así, nada obsta a que se considere consumidor a una persona física que actúe con ánimo de lucro (aunque sin ser una actuación habitual) o un profesional que actúe en un ámbito ajeno a su concreta profesión (una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional).

III. Asimismo, se han introducido diversos criterios interpretativos de cara a la valoración de las circunstancias por el juez en orden a determinar si un sujeto tiene la condición legal de consumidor:

i) Debe aplicarse un criterio funcional a la hora de apreciar la concurrencia del concepto objetivo de consumidor, de modo que se debe evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión. Y para ello el juez debe atender al conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso y a todas las pruebas practicadas en este contexto.

ii) En el marco de los contratos de doble finalidad, para uso o satisfacción de intereses tanto personales como profesionales, se debe atender a cuál de las finalidades es preponderante, calificándose como consumidor solo cuando el interés profesional no es preponderante e, incluso, pueda considerarse como marginal, insignificante o residual.

iii) Con respecto a los fiadores e hipotecantes no deudores en préstamos a empresarios, ya no se entiende que automáticamente asumen la condición del deudor principal (consumidor o empresario), sino que se parte de la idea de que son contratos distintos y, pese a la accesoriiedad que les caracteriza, la valoración de la condición de consumidor debe atender a las concretas partes de cada contrato, por lo que pese a que el deudor no sea consumidor, el garante puede ser considerado como tal, siempre que él mismo no actúe dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional y que no tenga vinculación funcional con la actividad profesional del deudor principal, que fundamentó la concesión del crédito garantizado.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- ATJUE de 19 de noviembre de 2015.
- STJCE de 20 de enero de 2005.
- STJUE de 3 de septiembre de 2015.
- ATJUE de 14 de septiembre de 2016.

- STS de 10 de marzo de 2014.
- STS de 7 de abril de 2014.
- STS de 15 de diciembre de 2015.
- STS de 3 de junio de 2016.
- STS de 16 de enero de 2017.
- STS de 5 de abril de 2017.
- STS de 7 de noviembre de 2017.
- SAP Pontevedra de 1 de septiembre de 2015.
- AAP Valencia de 16 de septiembre de 2015.
- SAP Madrid de 6 de octubre de 2015.
- AAP Tarragona de 2 de noviembre de 2015.
- AAP Las Palmas de 22 de enero de 2016.
- AAP Madrid de 12 de febrero de 2016.
- AAP Córdoba de 17 de febrero de 2016.
- AAP Barcelona de 25 de febrero de 2016.
- AAP Girona de 2 de marzo de 2016.
- AAP Pontevedra de 6 de abril de 2016.
- SAP Baleares de 27 de diciembre de 2017.
- SAP Pontevedra de 8 de enero de 2018.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO APARICIO, A. (2016). Abogado considerado como «consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C110/14. *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 71-85.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos no resueltos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 3, núm. 1, 84-117.
- GÓNZALEZ CASSO, J. (2016). El concepto de consumidor a la vista de la más reciente doctrina del TJUE. *Consumidor vs. empresario. Boletín Digital AJFV. Derecho de la Unión*, julio.
- LYCZKOWSKA, K. (2016). ¿Es consumidor una persona física que otorga una garantía a favor de una sociedad mercantil? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 201-203 [trabajo disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1258>].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2016). ¿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*, núm. 20, 204-208 [trabajo disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259>].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2017). La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 197-206 [trabajo disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1452>].

NOTAS

¹ Concretamente, la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la

Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a), coinciden en señalar, con pequeñas variantes de redacción entre ellas, en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito de aplicación) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Así, lo reseña la STS de 16 de enero de 2017.

² A este respecto, como matiz cabe advertir que la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no hace referencia a que actúen al margen de «una» actividad empresarial o profesional, como hace nuestro TRLCU, sino que señala que se considerará consumidor a toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a «su» actividad profesional.

Sobre la concreción de los actos que debemos considerar encuadrables dentro del ámbito empresarial o profesional, *vid. CÁMARA LAPUENTE, S.: El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos no resueltos, en Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2011, vol. 3, núm. 1, 103-105.

³ En cuanto a si puede considerarse «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que garantiza el cumplimiento de una deuda de una sociedad mercantil, «procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1998, *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18), se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza» (AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y de 14 de septiembre de 2016).

⁴ ATJUE de 14 de septiembre de 2016: «los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente».