



# Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión

**M.<sup>a</sup> José Achón Bruñén**

*Doctora en Derecho Procesal*

<https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>

## Extracto

En el presente artículo doctrinal, con base en un análisis pormenorizado de la jurisprudencia, se realiza un estudio detallado de los casos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden merecer la consideración de consumidores en contratos de adhesión y hallarse amparados por la normativa protectora en esta materia.

**Palabras clave:** consumidor; sociedades; fundaciones; asociaciones; comunidades en régimen de propiedad horizontal.

Fecha de entrada: 05-09-2021 / Fecha de aceptación: 07-10-2021

**Cómo citar:** Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> J. (2021). Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión. *Revista CEFLegal*, 252, 5-38.



# Cases in which natural persons for profit, legal persons and entities without personality may be considered as consumers in accession contracts

M.<sup>a</sup> José Achón Bruñén

## Abstract

In this doctrinal article, based on a detailed analysis of jurisprudence, a detailed study is made of the cases in which natural persons for profit, legal persons and entities without personality may be considered as consumers in accession contracts and may be covered by the relevant protective legislation.

**Keywords:** consumer; corporations; foundations; associations; communities under horizontal ownership.

**Citation:** Achón Bruñén, M.<sup>a</sup> J. (2021). Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión. *Revista CEFLegal*, 252, 5-38.



## Sumario

1. Introducción
2. Extensión de la consideración de consumidor en la legislación española a sujetos no amparados por las directivas
3. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas jurídicas o entes sin personalidad pueden ostentar la condición de consumidores
  - 3.1. Sociedades mercantiles
  - 3.2. Fiadores de empresarios o de sociedades mercantiles
  - 3.3. Fundaciones y congregaciones religiosas
  - 3.4. Asociaciones
  - 3.5. Comunidades en régimen de propiedad horizontal
4. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras: especial consideración a cuando actúan con ánimo de lucro
5. Carga de la prueba de la condición de consumidor
6. Inaplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a personas jurídicas que ostentan la condición de consumidoras y aplicación a personas físicas que no lo son

Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

La interpretación del concepto de consumidor, contenida en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLUCU), ocasiona numerosos problemas en la praxis, dado que resulta posible que una persona física con ánimo de lucro reúna dicha condición o que incluso lo sea una persona jurídica

La condición de consumidor otorga un estatus privilegiado, de manera que cuando el adherente no merece dicho carácter, las normas aplicables son los artículos 5, 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), sobre el control de incorporación y el límite de las normas imperativas y prohibitivas, así como las disposiciones generales de la contratación del Código Civil<sup>1</sup>. Sin embargo, en el caso

---

<sup>1</sup> Es posible declarar la nulidad (que no la abusividad) de cláusulas en contratos en que el adherente no es un consumidor:

El TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, en la sentencia 57/2019, de 25 de enero (rec. núm. 3416/2016 [NCJ064041]) en un supuesto en que la finalidad del préstamo fue la financiación de la compra de un local comercial para la instalación de un negocio de peluquería, declara la nulidad de la cláusula suelo porque los adherentes no tuvieron la posibilidad de conocer tan siquiera la propia existencia de la cláusula litigiosa en el momento de prestar su consentimiento contractual.

Asimismo, la STS 168/2020, 11 de marzo de 2020 (rec. núm. 3022/2017 [NCJ064761]) también declara la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de incorporación, en un caso en que la finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi de Madrid.

de que el contrato, integrado por condiciones generales, se concierte con un consumidor, resulta aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido en el TRLCU, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, puesto que la nulidad de cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino solo del que ostenta la condición legal de consumidor o usuario. La nulidad por abusividad no resulta posible en contratos concertados entre profesionales y tampoco el doble control de transparencia o control de comprensibilidad real<sup>2</sup> que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica que supone el contrato<sup>3</sup>.

## 2. Extensión de la consideración de consumidor en la legislación española a sujetos no amparados por las directivas

El artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define al «consumidor» como toda persona física que, en los contratos regulados por dicha directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y en parecidos términos se pronuncian otras directivas de consumo<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> STS, Sala 1.ª, 12/2020, 15 de enero, rec. núm. 1528/2017:

El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 [NCJ058437], caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 [NCJ059713], caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 [NCJ059711], caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económica [...]. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016 (NCJ061316), de 3 de junio; 30/2017 (NCJ062153), de 18 de enero; 41/2017 (NCJ062063), de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017 (NCJ062923), de 2 de noviembre; 639/2017 (NCJ062869), de 23 de noviembre; 8/2018 (NCJ063079), de 10 de enero; 314/2018 (NCJ063476), de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

<sup>3</sup> SSTS 241/2013 (NCJ057740), de 9 de mayo; 138/2015 (NCJ059806), de 24 de marzo; 705/2015 (NCJ060752), de 23 de diciembre; 367/2016 (NCJ061316), de 3 de junio; 158/2019, de 14 de marzo.

<sup>4</sup> Véanse: artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE (referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales); artículo 2.2 de la Directiva 97/7 (relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia); artículo 1.2 a) de la Directiva 1999/44 (sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo); artículo 2 e) de la Directiva 98/6 (relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores); artículo 2 e) de la Directiva 2000/31 (relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior); artículo 2 d) de la Directiva 2002/65 (referente a la

No obstante, la legislación española amplía esta definición, permitiendo que una persona jurídica o ente sin personalidad pueda ostentar dicho carácter, lo que resulta compatible con las citadas directivas comunitarias, que solo obligan al legislador nacional a brindar un mínimo de protección, sin que nada le impida ampliarla.

En la primera redacción del artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de los consumidores y usuarios, se consideraban consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquirían, utilizaban o disfrutaban, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que fuera la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los produjeran, facilitaran, suministraran o expidieran.

El posterior Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, simplificó la definición del concepto general de consumidor y usuario al fijar como criterio determinante el elemento objetivo de ser ajeno a una actividad empresarial o profesional, sin realizar distinción alguna entre personas físicas o jurídicas. El precepto supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, cuyo artículo 1.2 hacía descansar la definición en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias (Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y la Directiva 99/44 sobre ventas de consumo), que consideran consumidor a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

En un principio, el artículo 3 del TRLCU no realizaba distinción alguna entre personas físicas o jurídicas, pero la Ley 3/2014, de 27 de marzo, incluyó en el citado precepto una limitación para que las personas jurídicas pudieran ser consideradas consumidoras, exigiendo, no solo que actuaran en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o comercial, sino también que no tuvieran ánimo de lucro<sup>5</sup>. Además, incluyó expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios cuando actúen sin ánimo de lucro y al margen de una actividad comercial o empresarial. Por ello, si bien con la legislación actual pueden ser consumidoras tanto las personas físicas como jurídicas, a estas les basta con que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, mientras que las personas jurídicas y las entidades sin

---

comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores); artículo 2 a) de la Directiva 2005/29 (relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior) y artículo 3 a) de la Directiva 2008/48 (relativa a los contratos de crédito al consumo).

<sup>5</sup> SAP de Cáceres, Sec. 1.<sup>a</sup>, 544/2017, de 30 de octubre, rec. núm. 668/2017.

personalidad jurídica no solo deben actuar en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, sino también sin ánimo de lucro.

De todos modos, otras leyes de consumo se muestran más restrictivas y solo brindan protección a los consumidores que ostentan la consideración de personas físicas, *v. gr.* artículo 2.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo o el artículo 5 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, así como la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia bancaria, que únicamente incluye en su ámbito de aplicación a las personas físicas que no actúen en un ámbito de actividad profesional o empresarial (art. 2).

Asimismo, el párrafo segundo al artículo 3 del TRLCU (añadido por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero) limita la condición de «consumidor vulnerable» a las personas físicas, estableciendo que, sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, ostentan esta consideración, respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección, que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en la reciente sentencia del Pleno 156/2021, de 16 de septiembre, rec. núm. 1960/2017 (NCJ065728), ha declarado la inconstitucionalidad del inciso «persona física» del artículo 2.2 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad del ámbito de aplicación de la norma, a pesar de que, conforme al artículo 3 del TRLCU, pueden ser consumidoras si actúan en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial y sin ánimo de lucro.

El TRLCU es de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, con lo que deja al margen las relaciones jurídicas concertadas solo entre particulares o celebradas exclusivamente entre empresarios, regidas con carácter general por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio.

Así, por ejemplo, en el ámbito crediticio, cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, no se puede otorgar a los prestatarios la consideración de consumidores, pues conforme al artículo 2 del TRLCU esta norma solo es de aplicación en las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios<sup>6</sup>. No obstante, será aplicable la legislación de consumidores y usuarios al

---

<sup>6</sup> Resolución de la DGRN/DGSJFP de 22 de julio de 2015 (NCR007021).

deudor cuando, pese a que la prestamista sea una persona física que no esté dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos, la oferta se realice directamente por una empresa de intermediación (dedicada a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios), y las estipulaciones del contrato estén redactadas al modo de los contratos de adhesión<sup>7</sup>.

### **3. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas jurídicas o entes sin personalidad pueden ostentar la condición de consumidores**

#### **3.1. Sociedades mercantiles**

La actuación de una sociedad mercantil no ofrece dudas en cuanto a su ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom. y 1 y 2 de la LSC), por lo que no puede ser considerada como consumidora<sup>8</sup>, con independencia de su tamaño.

Es irrelevante que se trate de una empresa pequeña o que se ejercite la actividad profesional a título personal y no bajo un amparo societario<sup>9</sup>. En este sentido, no se otorga la consideración de consumidor a una empresa pequeña dedicada a la gestión de alquileres que concierne un contrato de cobertura de tipos de interés, pues lo que pretendía era mejorar o garantizar el coste de su financiación (SAP de Vizcaya, Sec. 5.<sup>a</sup>, 75/2013, de 1 de marzo, rec. núm. 55/2013)<sup>10</sup>.

Toda sociedad de responsabilidad limitada o anónima es siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom.), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el fin lucrativo es la causa del contrato de sociedad, a tenor de los artículos 1.665 del CC y 116

<sup>7</sup> Resolución de la DGRN/DGSJFP de 6 de abril 2016.

<sup>8</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 3 de junio de 2019, rec. núm. 3958/2016, res. núm. 307/2019 (NCJ064084).

<sup>9</sup> SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, 533/2019, de 10 de octubre; 12/2020, de 15 de enero.

<sup>10</sup> En similares términos, STSJ de Cataluña, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2013, rec. núm. 7/2012, res. núm. 26/2013:

En el caso de autos, la demandante, aunque de capital social reducido, es una persona jurídica que ha concertado la cláusula arbitral en el ámbito de un contrato de SWAP cuyo objetivo económico último –al margen de cuál fuera el resultado final del producto especulativo escogido para ello– era mejorar el coste de la financiación de su actividad empresarial, relacionada con la explotación de un negocio deportivo y, en cierto modo, con la intermediación inmobiliaria precisa para ello.

del CCom<sup>11</sup>. La sociedad mercantil integra una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social<sup>12</sup>.

Una sociedad mercantil está destinada a desarrollar una actividad comercial o empresarial presidida por el ánimo de lucro, lo que la excluye, en todo caso, de la protección que se otorga a los consumidores, con independencia de cuál haya sido el objeto que haya presidido su actuación, dado que la finalidad perseguida por cualquier sociedad de capital consiste en el desarrollo de una actividad comercial y empresarial, por simple que pueda ser. No cabe duda de que una sociedad mercantil opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, pues ni siquiera cuando el contrato tuviera doble finalidad (empresarial y de consumo), y este último destino prevalezca, puede considerarse a la entidad mercantil como consumidora, dado que dicha consideración tiene cabida cuando es un adherente persona física, pero no cuando se trata de una sociedad mercantil con ánimo de lucro<sup>13</sup>.

La sociedad que alega actuar en el ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial debe probar tal circunstancia<sup>14</sup>. En este sentido, la SAP de Sevilla, Sec. 6.ª, 322/2020, de 30 de julio, rec. núm. 1336/2019 considera insuficiente la alegación contenida en la demanda acerca de que el motivo de la adquisición de una finca rústica destinada a la actividad agropecuaria era para su disfrute, considerándose inexplicable cómo puede usar una finca rústica una sociedad limitada con otra finalidad que no sea de carácter económico.

Las sociedades mercantiles tienen un objeto social determinado fijado con precisión en sus estatutos sociales, pero eso no significa que lo que no esté expresamente incluido en el objeto social sea «un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Hay actos sociales que son necesarios, de forma directa o indirecta, complementarios y auxiliares, para la realización del objeto social, no pudiendo ser considerados de ninguna manera «ajenos» a la actividad empresarial o profesional. Una sociedad mercantil actúa en el marco de su actividad empresarial no solo cuando lleva a cabo los actos propios de su objeto social, sino también cuando desarrolla otras conductas cuya finalidad es propiciar tales actos, ya sea para establecerse, para aprovisionarse, para contratar personal o para financiarse<sup>15</sup>.

En este sentido, el contrato de arrendamiento de una vivienda y plaza de garaje, suscrito por una sociedad mercantil para residencia de su apoderado y por razones de negocio,

<sup>11</sup> SSTS, Sala 1.ª, 1229/2007, de 29 de noviembre; 1377/2007, de 19 de diciembre; 784/2013, de 23 de diciembre; 307/2019, de 3 de junio.

<sup>12</sup> STS, Sala 1.ª, 1377/2007, de 19 de diciembre.

<sup>13</sup> STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 26/2020, de 20 de enero, rec. núm. 2161/2017.

<sup>14</sup> SAP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, 343/2017, de 7 de diciembre, rec. núm. 365/2017.

<sup>15</sup> SSTS, Sala 1.ª, 963/2005 de 15 diciembre, y 1319/2007 (NCJ048325) de 20 diciembre. STSJ de Cataluña, Sec. 1.ª, de 4 de abril de 2013, rec. núm. 7/2012, res. núm. 26/2013.

no es un acto de consumo, pues se concertó en el ámbito de la actividad societaria, empresarial, no estando desvinculado del objeto social<sup>16</sup>.

Aun cuando una sociedad mercantil adquiriera una vivienda para un tercero, no merece la condición de consumidor, pues supondría una elusión de la norma entender que dicha condición depende del destino posterior que la sociedad realice o pueda llevar a cabo en un futuro más o menos próximo, con un bien que haya adquirido. No resulta adecuado acudir a las normas protectoras de los consumidores a través de una sociedad mercantil cuando ninguna otra norma impide que dicha adquisición pueda realizarse por una persona física que pretende el uso y disfrute de dicho bien, pues ello no supondría más que efectuar una aplicación de la norma en fraude de ley, en contra de lo dispuesto en el artículo 7.1 del CC<sup>17</sup>.

En este sentido, la SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 2175/2019, de 25 de noviembre, rec. núm. 219/2019 no atribuye la condición de consumidor a una sociedad de responsabilidad limitada que adquirió una vivienda para su administrador, pues nada le impedía haber adquirido por sí mismo la finca, si su único objetivo era usarla como residencia, pero al no hacerlo, y preferir interponer a una sociedad mercantil, debía ser consciente de que no solo obtendría ventajas fiscales (si era eso lo que buscaba), sino que también podría encontrarse con inconvenientes, entre ellos, el no poder obtener la protección que solo es propia de los consumidores y usuarios.

En similares términos, la SAP de Toledo, Sec. 1.<sup>a</sup>, 141/2021, de 3 de febrero, rec. núm. 678/2018 tampoco otorga la consideración de consumidora a una sociedad mercantil que compró una vivienda para que residiera su administrador, pues al ser la prestataria una persona jurídica, la financiación se integra en el ámbito de su actividad profesional.

No se puede atribuir la condición de consumidor a una sociedad de responsabilidad limitada por el mero hecho de que adquiriera una vivienda para un tercero. El hecho de que ese tercero sea la hija de un socio y administrador de la misma no desdice esa idea<sup>18</sup>.

Cuando es una compañía mercantil la que acude al banco en busca de crédito y financiación, es obvio que el crédito solo puede revertir en su actividad comercial y empre-

<sup>16</sup> STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 2015, rec. núm. 4/2014, res. núm. 1/2015.

<sup>17</sup> Cfr. Muñiz Casanova (2020): «Este planteamiento no tiene cabida en nuestro Derecho, que impide aplicar la doctrina del levantamiento del velo en beneficio de las personas físicas que, precisamente, han constituido esa persona jurídica para ocultarse tras ella».

<sup>18</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 1693/2019, de 2 de octubre, rec. núm. 1569/2018.

Igualmente, la SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 2270/2019, de 9 de diciembre, rec. núm. 379/2019, en un caso en que una sociedad adquiere dos inmuebles para cederlos a los hijos del administrador a cambio del pago de unas rentas.

sarial, y no en los negocios o necesidades particulares de otras personas, aun cuando estas sean los fiadores o avalistas. Según la SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, 35/2017, de 1 de febrero, rec. núm. 810/2016, «de haber sido así, bastaba con que estos se hubieran constituido en deudores hipotecantes y principales frente al banco, sobrando (permítase la expresión, "por no pintar nada") la asunción de cualquier compromiso obligacional por parte de dicha compañía».

Distinto es el caso de que una persona física vaya a pedir un préstamo para sí, pero que aparezca en la escritura de hipoteca como representante de una mercantil –fiadora del mismo–, pues ello no empece a su condición de consumidora si se acredita que el préstamo se concedió a título particular y para una vivienda personal<sup>19</sup>.

### 3.2. Fiadores de empresarios o de sociedades mercantiles

Cuando el prestatario ostenta la consideración de consumidor o usuario no se debe otorgar el mismo carácter al fiador si este fuera un profesional, aunque podrá aprovecharse de la abusividad declarada de oficio, ex artículos 552.1.II y 815.4 de la LEC, o a instancia del deudor consumidor.

*A sensu contrario*, resulta posible que un deudor no ostente la consideración de consumidor, pero que el garante lo sea cuando el mismo no actúe en el marco de su actividad profesional, y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales, pues el contrato de fianza entre fiador y prestamista o acreedor principal, a pesar de su carácter accesorio del negocio principal (préstamo), contiene una individualidad propia<sup>20</sup>.

Según la Corte de Luxemburgo «corresponde al juez nacional determinar si la persona física actuó como garante 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» (autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 [asunto C74/15] y 14 de septiembre de 2016, [asunto C-534/15]).

<sup>19</sup> SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, 251/2019, de 28 de marzo, rec. núm. 21277/2018.

<sup>20</sup> STC, Sala 1.ª, 75/2017 (NCJ062513), de 19 de junio, rec. núm. 1582/2016.

AAAP de Lugo, Sec. 1.ª, 3/2017, de 11 de enero, rec. núm. 497/2016; Zaragoza, Sec. 5.ª, 32/2017, de 13 de enero, rec. núm. 334/2016; Toledo, Sec. 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero, rec. núm. 95/2017; Gerona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril, rec. núm. 177/2018; Córdoba, Sec. 1.ª, 44/2019, de 11 de febrero, rec. núm. 392/2018.

SAP de Jaén, Sec. 1.ª, 697/2019, de 27 de junio, rec. núm. 656/2018.

Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 14 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2017.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 314/2018, 28 de mayo de 2018, rec. núm. 1913/2015 (NCJ063476), interpreta el término «gerencia» que utiliza el TJUE como cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores que afianzan a su sociedad, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Más problemática es la cuestión cuando no se trata de administradores, sino de socios con «participación significativa en el capital social», en cuyo caso lo determinante será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, *de facto*, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas. En el caso de esta sentencia, el Tribunal Supremo no concede la condición de consumidores a los fiadores que tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25 %), máxime cuando la finalidad del préstamo fue la financiación del activo circulante de la empresa. Sin embargo, a la fiadora que no era socia ni administradora se le otorga la consideración de consumidora.

En la SAP de Asturias, Oviedo, Sec. 1.<sup>a</sup>, 1112/2019, de 11 de noviembre, rec. núm. 610/2019, se otorga la condición de consumidor al fiador aun cuando la prestataria era una sociedad mercantil que, *per se*, tiene ánimo de lucro, y se concierta el préstamo en el marco de su actividad empresarial para obtener financiación y realizar una determinada promoción. La razón de otorgar al fiador la condición de consumidor obedece a que no tiene vinculación funcional alguna con la sociedad deudora al no ser administrador ni socio de la misma, su relación es la de suegro del administrador, sin que se aprecie ningún otro vínculo, siendo indiferente que el fiador hubiera sido administrador en su día de una sociedad promotora o apoderado de otra, así como que esté o no jubilado, pues lo relevante es que no concurre vínculo funcional alguno con la sociedad deudora principal.

En el mismo sentido, el auto de la AP de Lugo, Sec. 1.<sup>a</sup>, 3/2017, de 11 de enero, rec. núm. 497/2016 considera consumidoras a las avalistas al no probarse que tuvieran relación laboral, participación ni cargo alguno en la sociedad prestataria, puesto que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación familiar que las unía con el titular de la sociedad, al no constar tampoco que fueran titulares de un número relevante de participaciones sociales.

Igualmente, la Resolución de la DGRN/DGSJFP, de 31 de octubre de 2017 considera consumidores a los garantes, personas físicas hipotecantes de su vivienda habitual, al no guardar una vinculación funcional con la prestataria (empresa destinada a la hostelería).

De todos modos, la normativa de consumo solo se aplica en lo que afecte al fiador consumidor.

En este sentido, en la SAP de Pontevedra, Sec 1.<sup>a</sup>, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017), se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiéndose que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos, no afectando a las obligaciones del deudor principal (no consumidor), lo que determina que la pretensión de restitución, al no costar el pago por los fiadores de las cuotas de amortización del préstamo, se desestima.

En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2016, rec. núm. 128/2016, res. núm. 83/2016, se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor), declarando que dicha cláusula desplegará todos sus efectos respecto de los demás ejecutados, que no ostentan dicha consideración. Y en similares términos se pronuncia la AP de Huelva, Sec. 2.<sup>a</sup>, en auto núm. 38/2018, de 31 enero, que declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores, dada su condición de consumidores, al no estar vinculados a la entidad prestataria, y se ordena que por la parte ejecutante se recalcule la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula respecto de los citados fiadores, que es sustituida por el interés ordinario pactado<sup>21</sup>.

La AP de Álava, Sec. 1.<sup>a</sup>, en la Sentencia 284/2019, de 27 de marzo, rec. núm. 601/2018, ni siquiera considera que los fiadores ostenten legitimación para solicitar la nulidad de la cláusula suelo, al entender que ningún perjuicio les ha causado, dado que los prestatarios no habían dejado ninguna cuota impagada, pues se entiende ilógico que se devuelva a los fiadores unas cantidades que no han desembolsado.

En parecidos términos, la SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017, declara que la fiadora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de las cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios y redondeo del tipo de interés, por no ostentar la condición de prestataria, ya que el préstamo fue suscrito por una sociedad; no obstante, se le reconoce legitimación para solicitar su inaplicación, en lo que le pudieran afectar como fiadora, por ostentar interés legítimo, dado que la aplicación de esas cláusulas es esencial para determinar el alcance final de la responsabilidad de la actora como garante (fiadora) de la deuda.

En la SAP de Jaén, Sec. 1.<sup>a</sup>, 697/2019, de 27 de junio, rec. núm. 656/2018, se considera que una cosa es la legitimación para solicitar la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo que pudiera afectarle en un futuro, y otra muy distinta que lo estuviera para reclamar el exceso indebidamente cobrado por la misma, pues ni se acredita, ni siquiera se

<sup>21</sup> En similares términos: SSAP de Asturias, Oviedo, Sec. 6.<sup>o</sup>, de 18 de noviembre de 2016, rec. núm. 432/2016, res. núm. 331/2016; Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017; Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018.

intenta justificar, que hubiera asumido pago alguno en lugar de los deudores principales, para poder reclamar los mismos.

Asimismo, la SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018, considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división deviene, para el caso de impago del prestatario o acreditado, deudor solidario juntamente con aquel, por lo que no hay duda de que ello le inviste de un interés legítimo y, por tanto, ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables, como la cláusula suelo, el interés de demora, el vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectarán, como el pago de los gastos y costas judiciales que se imponen a la parte deudora, ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor.

La SAP de Asturias 17 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2017, res. núm. 106/2017, también considera que el fiador solidario se encuentra plenamente legitimado para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo, dado que debe distinguirse según que la acción de nulidad contractual ejercitada en la demanda hubiese sido la de nulidad relativa (anulabilidad) o la de nulidad radical; en el primer caso solo estarán legitimados los contratantes, mientras que en el segundo bastará que se invoque un interés que justifique la pretensión de invalidez.

No puede entenderse que el fiador ostente legitimación para instar la nulidad del contrato principal, basándose en la existencia de vicios del consentimiento personales del deudor, pues no se trata de una nulidad absoluta sino relativa o anulabilidad. Por ello, no se otorga legitimación *ad causam* al fiador en caso de anulabilidad de la cláusula multidivisa por vicios del consentimiento, pues el artículo 1.853 del CC solo le permite oponer las excepciones que competan al acreedor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las puramente personales del deudor, con lo que se impide alegar vicios en los que hubiera podido incurrir el deudor al prestar su consentimiento, por ser excepción personal, sin que a ello sea óbice que la fianza se hubiera prestado con carácter solidario<sup>22</sup>.

### 3.3. Fundaciones y congregaciones religiosas

Una fundación de interés general, por su propia naturaleza, carece de ánimo de lucro (art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones).

La SAP de Pontevedra, Sec. 1.<sup>a</sup>, 343/2017, de 30 de junio, rec. núm. 177/2017, otorga la condición de consumidora a una fundación que solicitó un préstamo para adquirir un local

<sup>22</sup> SAP de Madrid, Sec. 8.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2019, rec. núm. 529/2018, res. núm. 19/2019.

para el desarrollo de su actividad. Se considera que tal actuación no forma parte de una actividad empresarial o profesional, y que tampoco fue realizada con ánimo de lucro, pues el local no se destinó a la obtención de rentas, ni se introdujo en el mercado de algún otro modo, sino que se destinó al ejercicio de las actividades puramente fundacionales que, por definición, carecen de ánimo de lucro.

En el mismo sentido, la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, 791/2019, de 22 de octubre, rec. núm. 929/2019, otorga la consideración de consumidora a una fundación que solicitó un préstamo para mejorar sus instalaciones, al considerar que no desarrolla una actividad comercial o empresarial, ni persigue ánimo de lucro, sino que se trata de una entidad que se dedica a la atención a ancianos pobres y enfermos, estando afecto su patrimonio a un fin de interés general, cual es realizar una labor social con las personas mayores más desfavorecidas.

De todos modos, una fundación puede llevar a cabo actividades mercantiles relacionadas con sus fines fundacionales. Si estas actividades tienen ánimo de lucro, no gozarán de la protección de la legislación especial de consumidores, aunque no formen parte de una actividad empresarial<sup>23</sup>. Hay que tener en cuenta que el artículo 3 del TRLCU no se refiere en abstracto a que las personas jurídicas no tengan ánimo de lucro sino a que «actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial», por lo que se debe atender a cada actuación concreta.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Granada, Sec. 4.ª, en la Sentencia núm. 25/2020 de 24 enero, declara que aun cuando Cáritas Diocesana de Granada es una asociación sin ánimo de lucro, no cumple el segundo de los presupuestos, ser ajena al ámbito empresarial respecto del Centro de Atención a Mayores y Discapacitados Oasis, pues en dichos centros (Oasis Fase I y II) existe una verdadera organización empresarial con más de 52 trabajadores contratados al servicio de los allí residentes, que cuentan con plazas concertadas con las Administraciones públicas y también plazas privadas, además de centro de empleo. Por consiguiente, al tratarse de una organización empresarial para la prestación de un servicio, aunque sea sin ánimo de lucro, no tiene la condición de consumidor, y el contrato de mantenimiento de ascensores concertado se encuentra integrado dentro de la actividad que desarrolla.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 14.ª, en la Sentencia núm. 98/2020 de 12 marzo, en un supuesto de mantenimiento y conservación de 21 ascensores de un cen-

---

<sup>23</sup> De todos modos, hay resoluciones que consideran que solo las entidades con ánimo de lucro pueden desarrollar una actividad empresarial; así, la AP de Barcelona, Sec. 14.ª, de 26 de octubre de 2017, rec. núm. 1202/2015, res. núm. 522/2017, entiende que aunque la fundación demandada tiene por objeto la asistencia de personas con discapacidad, y aun cuando con la contratación de los servicios de seguridad privada se buscaba cubrir una necesidad permanente de la fundación, falta el presupuesto o premisa que permitiría considerar empresario a dicha fundación: *ser una entidad con ánimo de lucro*, pues tan solo estas pueden desarrollar propiamente una actividad comercial o empresarial.

tro hospitalario explotado por una fundación declara que, aunque no cuestiona que actúe sin ánimo de lucro, no acepta que lo haga en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o comercial, pues explota un hospital que está especializado en rehabilitación neurológica y traumatológica que es un referente en cuidados paliativos.

Por lo demás, la SAP de Burgos, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2018, rec. núm. 36/2018, res. núm. 76/2018, no concede la consideración de consumidor a la Fundación Hospital San Julián y San Quirce, propietaria de una residencia. Según la audiencia provincial, una persona jurídica para ser consumidora necesita carecer de ánimo de lucro y actuar con un propósito ajeno a una actividad comercial e industrial, y aunque cumple el primer requisito de no tener ánimo de lucro, por ser una fundación, no el segundo, pues al gestionar una residencia no actúa en un ámbito ajeno a una actividad comercial o industrial, dado que presta un servicio, que es el de alojamiento y manutención de los residentes a cambio de una remuneración. Si se atribuyera la condición de consumidor a los titulares de todos estos establecimientos donde se prestan servicios asistenciales, de enseñanza, hospitalarios o similares, simplemente porque carecen del ánimo de lucro propio de los demás titulares de establecimientos del mismo tipo, se produciría una competencia desleal entre ambos, porque siendo evidente que se produce la concurrencia de unos y otros en el mercado, los primeros disfrutarían de unos derechos que no tienen los segundos. Distinto el caso de que no se cobrara cantidad alguna a los residentes, de forma que la prestación del servicio se desarrollara de forma plenamente altruista o con cargo solo a los fondos de la fundación.

Asimismo, la SAP de Burgos, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 31 de julio de 2018, rec. núm. 83/2018, res. núm. 329/2018, no otorga la condición de consumidor al Arzobispado de Burgos, dado que el mismo no ha probado su condición de tal en un contrato con Gas Natural, considerando que al mismo le corresponde la carga de la prueba. Según esta resolución, el suministro de energía eléctrica es un acto relacionado, aunque sea indirectamente, con la actividad profesional de la Iglesia, pues contribuye al proceso de prestación de los servicios de todo tipo que ofrece a los terceros, lo que le aleja de su consideración de consumidor.

Tampoco la SAP de Orense, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2016, rec. núm. 92/2016, res. núm. 350/2016, considera consumidor al obispado de Astorga, propietario de un colegio diocesano, en el contrato de mantenimiento de ascensores suscrito con la entidad demandante, pues el destino del servicio con ella contratado se integraba en el marco de su actividad empresarial o profesional que realiza como titular de un centro educativo, prestando servicios trabajadores retribuidos, por un precio abonado directamente por los alumnos, en una parte y, en otra, por la Administración con base en el concierto que mantiene con la misma.

En parecidos términos, la doctrina<sup>24</sup> pone de manifiesto que las fundaciones pueden realizar de forma habitual actividades que podrían considerarse como comerciales o pro-

<sup>24</sup> Cfr. Navarro Castro (2018).

fesionales, aunque sean de carácter instrumental para cumplir con sus fines benéficos o asistenciales, en cuyo caso, si el acto se encuadra dentro de esas actividades, habría que excluirlo de la consideración de acto de consumo, pues lo relevante no es el tipo de persona jurídica que sea, sino la actividad que realice, ya que el artículo 3 del TRLCU deja fuera todas las actuaciones que se puedan incluir en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, con independencia de que la persona jurídica que las realiza tenga o no ánimo de lucro.

Respecto de las congregaciones religiosas, procede reiterar lo dicho respecto de las fundaciones. Así, la SAP de Córdoba, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 2018, rec. núm. 166/2018, res. núm. 311/2018, considera consumidora a una congregación religiosa que solicitaba que se declarara abusiva la estipulación de redondeo al alza y de limitación de tipos de interés, puesto que no se entiende acreditada una finalidad empresarial o comercial en abstracto de la congregación demandante, y se considera que la prueba de la condición de no consumidor corre a cargo de la entidad bancaria demandada. De todos modos, la cuestión de a quién corresponde la carga de la prueba resulta conflictiva, como analizaremos en líneas posteriores.

### 3.4. Asociaciones

Una asociación puede ser considerada consumidora cuando no actúe con un propósito empresarial o profesional ni con ánimo de lucro.

No obstante, aun cuando se rija por la Ley de asociaciones, puede actuar en el marco de una actividad empresarial cuando desarrolla conductas que, aunque encaminadas a cumplir su fin asociativo, tengan por finalidad procurarse su financiación.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 6.<sup>a</sup>, en el auto núm. 29/2018, de 23 marzo no otorga la consideración de consumidora a la Asociación Club Financiero, dado que queda acreditado en juicio, además de desprenderse de sus estatutos, que realiza actividades para los no socios, por ejemplo, organizando eventos, congresos, cursos o cediendo sus instalaciones, por las que cobra una contraprestación sujeta a IVA, por lo cual está introduciendo en el mercado servicios a cambio de precio, lo que es una actividad empresarial de comercialización propia, en tanto que utiliza bienes, aunque lo sea para su propia subsistencia, que trascienden en sus relaciones económicas con terceros. Por ello, se considera que el uso de ascensores en el edificio que sirve de base al entramado asociativo se integra en el desarrollo de la actividad económica que desarrolla la asociación, que claramente no usa dichos elevadores con fines particulares.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Valladolid, Sec. 3.<sup>a</sup>, en sentencia núm. 45/2011 de 10 de febrero entiende que la Asociación de Asadores de Lechazo de Castilla y León no actúa en el mercado como consumidor del producto, sino que su objeto es fomentar,

difundir, promocionar y potenciar el lechazo asado en horno de leña como elemento gastronómico característico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Aunque no tenga ánimo de lucro, desarrolla una actividad económica y profesional independiente de la de los asociados, por lo que encaja en la definición de «empresa» contenida con el artículo 3 de la Ley 3/2004.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 6.<sup>a</sup>, en el auto núm. 29/2018, de 23 marzo (JUR 2018\186919) tampoco otorga la consideración de consumidora a la «Asociación provincial de Empresarios de Pontevedra», en una actuación consistente en la solicitud de un préstamo, a pesar de que en sus estatutos figura que se trata de una asociación interprofesional empresarial sin ánimo de lucro, pues en la póliza de préstamo expresamente se hizo constar que el dinero no se destinaba a satisfacer necesidades personales ajenas a su actividad empresarial o profesional, tratándose de un préstamo mercantil entregado para la actividad propia de la asociación de carácter profesional o empresarial.

De todos modos, la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, 232/2021, de 29 de abril (NCJ065503), rec. núm. 1619/2018, considera que es consumidora una asociación deportiva sin ánimo de lucro a la que se le concedió un préstamo hipotecario para la reforma de sus instalaciones, por ser ajena la operación a una actividad profesional o empresarial, al encontrarse dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades, sin que el hecho de que la asociación fuera socia de algunas sociedades mercantiles sea óbice a lo anterior, pues las mismas eran ajenas al contrato litigioso, hasta el punto de que se constituyeron con posterioridad a su celebración. Bien es cierto que esta asociación estaba dada de alta en el impuesto sobre actividades económicas como gestora de instalaciones deportivas y organizadora de eventos y competiciones, pero, al mismo tiempo, estaba incluida en el régimen fiscal especial regulado en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Para que se pudiera considerar que la mejora de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo tuviera un ámbito o finalidad empresarial, tendría que haberse acreditado que estas instalaciones eran objeto de una explotación económica por el club, ya fuera mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio; ya fuera, en algunos casos, a través de sus propios socios, cuando la cuantía y significación de los cuotas y derechos de uso fueran tan relevantes que encerrarán una forma de explotación económica.

### 3.5. Comunidades en régimen de propiedad horizontal

Procede preguntarse si las comunidades de propietarios pueden ostentar la consideración de consumidoras, dado que resulta habitual que cuenten con un administrador de fincas, que es un profesional que les asesora y gestiona, a lo que se une que los acuerdos se adoptan en una junta de propietarios, como órgano de deliberación, donde las cuestiones pueden ser objeto de análisis y de valoración por los comuneros; además, alguno de

ellos puede ser un profesional o empresario y realizar en el inmueble, sujeto a régimen de propiedad horizontal, alguna actividad mercantil.

La STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (Condominio di Milano), reconoce que si bien el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, limita el concepto de «consumidor» a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como «persona jurídica». Además, con arreglo a los artículos 169.4 del TFUE y 8 de la Directiva 93/13, pueden adoptar medidas de protección de los consumidores más estrictas, siempre que sean compatibles con los tratados, de manera que pueden extender la aplicación de lo dispuesto en la citada directiva a las personas jurídicas o a las físicas que no sean consumidores en el sentido de esta. En consecuencia, concluye que aunque el condominio en derecho italiano (equivalente a la comunidad de propietarios española) no se encuentre comprendido en el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de esta directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación.

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha venido reconociendo desde antiguo la extensión del ámbito subjetivo de la normativa de consumidores a las comunidades en régimen de propiedad horizontal, en relación con los contratos propios de su tráfico jurídico, respecto de diversas cláusulas contractuales, como las relativas a la sumisión a tribunales, duración de contratos de mantenimiento de ascensores, penalizaciones derivadas de su incumplimiento, etc<sup>25</sup>. Recientemente, la STS núm. 201/2021, de 13 de abril, rec. núm. 2111/2018, otorga la consideración de consumidor a una comunidad de propietarios en la contratación del arrendamiento de servicios cuyo objeto era la prestación de servicios auxiliares de conserjería. Las comunidades de propietarios son consumidoras cuando contratan bienes y servicios como destinatarias finales.

La Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 6.<sup>a</sup>, en la sentencia 12/2016, de 25 de enero, rec. núm. 521/2015, resuelve sobre la petición de nulidad del contrato suscrito entre una comunidad de propietarios y una UTE, concluyendo que el carácter de consumidor en la comunidad de propietarios hizo aplicable las obligaciones de información precontractual. No se otorga ninguna relevancia al hecho de que la Administración de la comunidad fuera llevada a cabo por una empresa de administración de fincas, lo que nada obsta a su cualidad de consumidora, pues en absoluto ello presupone la existencia de una cualificación y asesoramiento previo por parte de esta última en esta materia.

<sup>25</sup> SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, 14 de septiembre de 1996; 23 de septiembre de 1996; 30 de noviembre de 1996; 1 de febrero de 1997; 152/2014, de 11 de marzo, rec. núm. 2948/2012, y 469/2019, de 17 de septiembre.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la sentencia 1546/2019, de 30 de septiembre, rec. núm. 1337/2018, confirma la estimación de la acción colectiva de cesación, ejercitada frente a la compañía eléctrica demandada, por considerar abusiva la cláusula de los contratos de suministro de electricidad suscritos con consumidores, como comunidades de propietarios, que le permite modificar unilateralmente la facturación de la potencia contratada.

Las comunidades en régimen de propiedad horizontal son consideradas consumidoras incluso en la contratación de los servicios profesionales de un administrador de fincas, a pesar de que es un órgano de la propia comunidad, con el cual no existe un contrato de arrendamiento de servicios, sino de mandato, y ello con base en la dicción del apartado segundo del párrafo séptimo del artículo 13 de la LPH, en el que se emplea la palabra «mandato»<sup>26</sup>. El hecho de que el administrador pertenezca orgánicamente a la comunidad no es óbice para que, al dedicarse profesionalmente a ese cometido, de forma habitual y retribuida, actúe como verdadero empresario frente a la misma, que es destinataria final de sus servicios<sup>27</sup>. Evidentemente, lo antedicho no opera en aquellos supuestos en que el administrador de la comunidad sea el propio presidente (art. 13.5 LPH) o asuma tal función un propietario (art. 13.6 LPH), que no se dedica profesionalmente a esa actividad, pues ninguna relación de consumo hay en tales casos, ya que quien desempeña el cargo de administrador no lo está haciendo en calidad de empresario, limitándose dicha actuación al ámbito interno de la comunidad, en el que agota su eficacia jurídica.

#### **4. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras: especial consideración a cuando actúan con ánimo de lucro**

El vigente TRLCU permite a las personas físicas ostentar la condición de consumidoras, aun cuando ostenten ánimo de lucro, a diferencia de si se trata de personas jurídicas o entes sin personalidad, puesto que cuando el artículo 3 de dicho texto legal se refiere a personas físicas no hace mención de su intencionalidad lucrativa para privarles de dicho carácter. Una persona física puede ostentar la condición de consumidor aunque tenga ánimo de lucro, siempre que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

De todos modos, aun cuando no se exige ánimo de lucro para otorgar a una persona física la condición de consumidora, si esta lleva a cabo una determinada actividad con regularidad, al realizar en un periodo corto de tiempo varias de esas operaciones, podría con-

<sup>26</sup> SAP de Madrid, Sec. 21.<sup>a</sup>, de 9 de septiembre de 2014, rec. núm. 98/2013, res. núm. 394/2014.

<sup>27</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 17 de noviembre de 2015, rec. núm. 35/2015, res. núm. 83/2015.

siderarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional. Es decir, aun cuando las personas físicas no pierden su condición de consumidor cuando actúen con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realicen estas actividades asiduamente (*v. gr.* comprar sucesivamente para inmediatamente revender), ya que podría considerarse que, con tales actos, realizan una actividad empresarial, comercial o profesional, puesto que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1 del CCom<sup>28</sup>.

Así, la SAP de Ciudad Real, Sec. 1.<sup>a</sup>, 200/2016, de 23 de junio, rec. núm. 211/2016 no considera consumidores a los adquirentes del inmueble, al ser propietarios de otros en diferentes localidades y haber adquirido el mismo día que compraron el piso litigioso otra vivienda y plaza de garaje a un vendedor diferente.

En el mismo sentido, la STJUE de 14 de febrero de 2019 (NCJ063835), C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen) declara que un deudor que celebra un contrato de crédito a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble en el que tiene su domicilio, con el fin de prestar en él servicios de alojamiento turístico, no puede calificarse como consumidor, a menos que, dado el contexto de la operación, considerada en su conjunto, para la que se celebró dicho contrato, tenga un vínculo tan tenue con esa actividad profesional que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional.

En similares términos, la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, 534/2015 (NCJ060718), de 14 de octubre, considera que no puede ser calificado de acto de consumo la compraventa de una vivienda para apartamento turístico, pues se destina a una actividad empresarial conforme al régimen jurídico de las compraventas de apartamentos turísticos.

No obstante, el mero hecho de que la adquisición de un inmueble pueda ser la inversión no permite excluir la condición de consumidor del comprador<sup>29</sup>. En la SAP de León, Sec. 1.<sup>a</sup>, 656/2020, de 16 de octubre, rec. núm. 289/2020, se pone de manifiesto que la entidad cuantitativa del préstamo, por importe de 815.000 euros, y el objeto de la financiación, referido a varios inmuebles, no son datos de los que quepa extraer conclusión alguna contradictoria con la condición de consumidora de la demandante, pues no cabe equiparar gestión del ahorro, por importante que sea este, con desarrollo de actividad empresarial.

La jurisprudencia comunitaria también ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor a una per-

<sup>28</sup> SSTS 16/2017, 16 de enero, rec. núm. 2718/2014 (NCJ062038); 449/2018, de 13 de julio, rec. núm. 1029/2017 (NCJ063552); 694/2018, de 11 de diciembre, rec. núm. 2125/2016, y 518/2019, de 4 de octubre, rec. núm. 2441/2017 (NCJ064417).

<sup>29</sup> SAP de Las Palmas, Sec. 4.<sup>a</sup>, 625/2014, de 26 de noviembre, rec. núm. 211/2014.

sona física. En la STJCE de 10 abril de 2008 (asunto Hamilton), no se cuestionó la condición de consumidora de quien había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. Asimismo, en la STJCE de 25 octubre de 2005 (asunto Schulte) se considera consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor.

La adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ora para revenderlo ora para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, persona física, al margen de su actividad empresarial, comercial o profesional, no excluye la condición de consumidor.

El comprador que adquiere una vivienda para luego arrendarla, cuando no realiza esa actividad de forma habitual y no forma parte de su profesión, tiene la consideración de consumidor<sup>30</sup>. La mera posibilidad de invertir los ahorros para lucrarse con el alquiler no excluye su condición de consumidor cuando no consta que realice habitualmente esa actividad<sup>31</sup>. El arrendamiento de un bien a terceros supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, este podrá seguir siendo considerado consumidor con arreglo a la normativa vigente.

Quien adquiere un local, porque su deseo es alquilarlo o revenderlo, sin intención de dedicarse a tal negocio, es un consumidor<sup>32</sup>. Además, el hecho de que un préstamo se solicite para adquirir un local comercial no impide que el adquirente del mismo o el prestatario del importe destinado a la financiación de su adquisición pueda ser considerado consumidor. Solamente quedarán excluidos de tal consideración si adquieren el local para ejercer en el mismo un negocio o una profesión, o si se dedican de forma profesional al negocio inmobiliario<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> SSAP de Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, 1020/2010, de 28 de diciembre, rec. núm. 696/2010; Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, 477/2014, de 30 de julio, rec. núm. 120/2014; Pontevedra, Sec. 1.<sup>a</sup>, 336/2014, de 14 de octubre, rec. núm. 377/2014; León, Sec. 1.<sup>a</sup>, 202/2015, de 20 de julio, rec. núm. 245/2015, y Valencia, Sec. 9.<sup>a</sup>, 395/2017, de 26 de junio, rec. núm. 308/2017.

<sup>31</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, 448/2018, de 12 de julio, rec. núm. 564/2017.

<sup>32</sup> SAP de Albacete, Sec. 1.<sup>a</sup>, 29/2016, de 29 de enero, rec. núm. 407/2015.

<sup>33</sup> En la SAP de Álava, Sec. 1.<sup>a</sup>, 266/2016, de 1 de septiembre, rec. núm. 326/2016, se otorga la condición de consumidora a la prestataria que ejercía la actividad profesional de traductora, entendiéndose que el hecho de que arriende un bar no la convierte en una profesional de la hostelería. Se trata simplemente de una persona que, en un ámbito ajeno a su profesión, rentabiliza su propiedad mediante el arrendamiento, no siendo empresaria del sector inmobiliario, como no lo es quien ostenta la cualidad profesional de abogado en ejercicio y adquiere un local comercial con el fin de arrendarlo y obtener un lucro futuro (SAP de Pontevedra, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2014, rec. núm. 377/2014, res. núm. 377/2014).

Es cierto que el propietario de un local comercial que lo arriende es sujeto pasivo de IVA y que el artículo 5 de la Ley del impuesto sobre el valor añadido de 28 de diciembre de 1992, en su apartado 1.º, letra c), establece que se le considera empresario o profesional, lo que no afecta a los propietarios de viviendas, salvo que por arrendar varios inmuebles y cumplir los requisitos legales, el propietario pueda estar interesado en darse de alta en esa actividad económica. Pero ello no implica que el arrendador de un local comercial deba ser considerado a todos los efectos como empresario, sino solo a los efectos del impuesto sobre el valor añadido. En el ámbito civil y de consumo se ha de estar, no a los conceptos fiscales de empresario o profesional, sino al concepto de la normativa sobre consumidores<sup>34</sup>.

Asimismo, el ánimo de lucro del adquirente (persona física) del derecho de aprovechamiento por turnos no afecta a su condición de consumidor cuando no realiza habitualmente esta actividad, aun cuando pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos<sup>35</sup>.

Además, el hecho de que el inmueble adquirido no se destine a vivienda habitual no elimina la condición de consumidor del prestatario cuando no cabe deducir que estuviera ligado a su actividad profesional, comercial o empresarial. En este sentido, la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, 1013/2020, de 9 de noviembre, rec. núm. 1572/2019, considera que la circunstancia de que el inmueble adquirido fuera una *suite*, sita en el conjunto residencial y que en los periodos en que el comprador no la ocupara cediera su explotación y existiera ánimo de lucro, no excluye la condición de consumidor, pues este no es incompatible con dicha condición, siempre que no se integre en una actividad empresarial o profesional.

*A sensu contrario*, el mero hecho de hipotecar la vivienda habitual no convierte al hipotecante en consumidor, dado que un empresario puede constituir una hipoteca sobre un bien ajeno a la empresa, como su vivienda habitual, en garantía de una obligación contraída en el ámbito de la actividad empresarial, lo que no es infrecuente en el terreno negocial

---

336/2014) o el que adquiere un apartamento para dedicarlo tanto al arrendamiento de terceros como al disfrute vacacional (SAP de Vitoria, Sec.1.ª, de 14 de diciembre de 2015, rec. núm. 618/2015, res. núm. 482/2015).

No es el destino de la cosa lo único que define a un consumidor, sino si se actúa en el marco de alguna actividad empresarial ni profesional, por lo que es consumidor el policía nacional que arrienda un inmueble de su propiedad, cuya adquisición financia con un préstamo, porque ni es un empresario dedicado al alquiler de viviendas ni su actividad profesional guarda relación alguna con ese arrendamiento, por lo que resulta evidente que ello no impide que reciba la protección especial otorgada por la ley a los consumidores y usuarios (SAP de Albacete, Secc. 1.ª, de 20 de junio de 2014, rec. núm. 53/2014)

<sup>34</sup> Resolución de la DGSJFP de 27 de julio de 2020.

<sup>35</sup> SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 612/2017, de 15 de noviembre, rec. núm. 840/2016; 301/2018, de 24 de mayo, rec. núm. 3177/2016; 448/2018, de 12 de julio, rec. núm. 564/2017; 694/2018, de 11 de diciembre, rec. núm. 2125/2016, y 518/2019, de 4 de octubre, rec. núm. 2441/2017 (NCJ064417).

cuando la empresa carece de bienes suficientes para ofrecer como garantía del cumplimiento de obligaciones<sup>36</sup>.

Por lo demás, si el deudor es socio de una cooperativa, y ha adquirido a través de la misma una vivienda, merece la consideración de consumidor, pues en las cooperativas los socios no son por sí mismos profesionales o empresarios, sino consumidores, ya que el propio concepto de cooperativa de viviendas indica que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, formada por un grupo de personas que comparten básicamente la necesidad de una vivienda y se unen para acceder a ella en las mejores condiciones de calidad y coste posible, por lo que las viviendas se adquieren a un precio menor que el que permite otro tipo de promoción, sin perjuicio de que posteriormente pueda venderse o arrendarse a terceros, ya que la realización de esta operación inversora no priva al adquirente de su condición de consumidor<sup>37</sup>.

Así pues, la nota que distingue al empresario del consumidor es que mientras que el empresario desarrolla una actividad empresarial o profesional, el consumidor se desenvuelve en un ámbito ajeno a ella. La SAP de Pontevedra, Sec. 1.<sup>a</sup>, 480/2019, de 10 de septiembre, rec. núm. 198/2019, considera consumidor al prestatario que destina el préstamo para ayudar a un hijo a la construcción de un hotel pero a título de simple ayuda familiar, no en aras de invertir para explotar el futuro negocio. Su reducido importe en relación con el coste que representaría la ejecución de la obra completa, así como la intervención de hasta cuatro hermanos, en calidad de fiadores solidarios, son circunstancias que inclinan a considerar que la solicitud del préstamo lo sería a título de simple ayuda familiar (ya con devolución, ya a fondo perdido), que no de inversión en orden a la explotación del futuro negocio.

No obstante, la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, 594/2017, de 7 de noviembre (rec. núm. 3282/2014 [NCJ062872]) no otorga la condición de consumidor a la esposa, que no ejerce una actividad empresarial, que figura como prestataria junto con su cónyuge en un préstamo solicitado por este con fines empresariales, al haber consentido, sin oposición expresa, la actividad de su marido<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> SSAP de Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, 477/2014, de 30 de julio, rec. núm. 120/2014, y Alicante, Sec. 8.<sup>a</sup>, 139/2017, de 2 de marzo (rec. núm. 288/2016).

<sup>37</sup> SSAP de Cádiz, Sec. 5.<sup>a</sup>, 340/2016, de 22 de julio, rec. núm. 328/2016; Madrid, Sec. 21.<sup>a</sup>, 429/2017, de 11 de diciembre, rec. núm. 143/2017, y Sevilla, Sec. 5.<sup>a</sup>, 322/2020, de 18 de diciembre, rec. núm. 9801/2018.

<sup>38</sup> En la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, 594/2017, de 7 de noviembre, rec. núm. 3282/2014 (NCJ062872), el TS se plantea si la esposa del deudor, que también figura como prestataria, ostenta la consideración de consumidora, para lo que analiza si intervino fuera de una actividad empresarial o profesional o si, pese a no ser ella quien desarrollaba la actividad para cuya satisfacción se solicitó el préstamo con garantía hipotecaria, tenía algún tipo de vinculación funcional con esa actividad. El TS considera acertada la decisión de la AP, que entiende que la esposa no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, porque debía responder de las mismas, conforme a lo previsto en los artículos 6 y 7 del CCom. y, por consiguiente, no podía recibir la consideración de consumidora. El artículo 6 del

En todo caso, el hecho de que una persona física desarrolle una actividad profesional no implica que se vea privado de su condición de consumidor en toda operación económica. Lo que define la aplicación de la normativa de consumo es que el mismo no vaya a dedicar el bien obtenido a actividades mercantiles propias de su profesión. Por tanto, si un abogado, o un panadero, o un peluquero, obtienen un crédito hipotecario, deberá acreditarse que la finalidad del mismo era mercantil, para que quede excluido de la protección del derecho de consumo<sup>39</sup>.

La actividad profesional de una persona no obsta para que tenga la consideración de consumidor en actos y contratos ajenos a la misma, como cualquier otro ciudadano. En este sentido la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, 1027/2020, de 10 de noviembre, rec. núm.. 601/2020, considera que el hecho de que fuera el demandante constructor y administrador de la mercantil que estaba construyendo la promoción a la que se refiere la compraventa, nada obsta, ni para que el mismo adquiriese una vivienda en la misma, ni para que en esa concreta operación tuviera la cualidad de consumidor. Una compra de vivienda por particular ha de presumirse ligada a una finalidad habitacional propia o de su familia, por ello se considera irrelevante la cualidad de constructor del adquirente o la posterior de administrador en esa mercantil, al no contar con elementos de juicio que lleven a pensar en que se perseguía especular, no habitarla.

---

CCom. establece que «en el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas [...]. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Pero el artículo 7 del mismo código establece que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el artículo 1.365.2 del CC, en relación con la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual «responderán directamente de las deudas contraídas: 2.º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...]. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de la Sala 1.ª en el sentido de que el artículo 6 del CCom. no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito cuando la actividad comercial se lleve a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo. Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza, cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge, que ni avala ni afianza (SSTS, Sala 1.ª, 868/2001, de 28 de septiembre [NCJ039075]; 620/2005, de 15 de julio [NCJ045485], y 572/2008, de 12 de junio).

En similares términos, SAP de Valencia, Sec. 8.ª, 483/2018, de 22 de octubre, rec. núm. 340/2018.

No obstante, en la SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, 548/2017, de 1 de diciembre, rec. núm. 575/2017, en un caso en que unos cónyuges habían afianzado a una empresa, siendo el marido administrador único de la misma, si bien la esposa no tenía ninguna vinculación con esta, declara abusivos los intereses de demora fijados en un 18 % solo respecto de ella, al considerarla consumidora.

<sup>39</sup> SAP de Segovia, Sec. 1.ª, 24/2019, de 1 de febrero, rec. núm. 465/2018.

En el mismo sentido, la STJUE, Sala 4.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C110/14 [NCJ060447]), considera que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

La definición de consumidor conforme al artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE, 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<sup>40</sup>. Según la STS 367/2017, de 8 de junio, rec. núm. 2697/2014 (NCJ062413), no basta con que el consumidor tenga una cierta cualificación profesional, incluso relacionada con el mundo del derecho o de la empresa, para considerarle un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo y ser consciente de sus efectos, pese a la ausencia de información adecuada por parte del predisponente. Así, el hecho de que el deudor sea o hubiera sido empleado de una entidad bancaria y entendiese ciertos términos financieros no exime al banco de informar correctamente acerca de la cláusula suelo en aras de que la misma pudiera superar el control de transparencia, pues el perfil especial del prestatario, por ser trabajador de banca durante muchos años, no le hace perder su condición de consumidor en el momento de contratar, ya que precisamente dicha condición de trabajador bancario le ha podido hacer suponer, al solicitar el préstamo hipotecario en su propia entidad bancaria, que las condiciones del préstamo iban a ser más ventajosas que las ofrecidas al resto de los consumidores, confiando en el compañero que se lo tramitó<sup>41</sup>. De todos modos, no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor<sup>42</sup>.

Asimismo, tiene la condición de consumidor, y la protección de su normativa específica, el prestatario que adquiere financiación para su interés particular, aunque una empresa sea la hipotecante no deudora o avalista, sin que se pierda por ello dicha condición<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> SSTJUE, Sala 4.<sup>a</sup>, de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14 [NCJ060447]), y Sala 3.<sup>a</sup>, de 25 de enero de 2018 (C-498/16 [NCJ062944]).

<sup>41</sup> SAP de Zamora, Sec. 1.<sup>a</sup>, 203/2016, de 28 de octubre, rec. núm. 258/2016.

<sup>42</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, 642/2017, de 24 de noviembre, rec. núm. 320/2015 (NCJ062965).

<sup>43</sup> SAP de Gerona, Sec. 1.<sup>a</sup>, 654/2020, de 29 de mayo, rec. núm. 1301/2019.

Además, la condición de consumidor del prestatario no puede quedar excluida por el solo hecho de que la entidad demandante, dentro de un contrato de adhesión, recoja en su encabezamiento que se trata de un préstamo mercantil si no se acredita que aquel actúa en representación de una sociedad, o de cualquier otra persona jurídica que tuviera una actividad de esa naturaleza<sup>44</sup>.

Por lo demás, una persona física que, a raíz de una novación, haya asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil, puede considerarse consumidor, cuando dicha persona carece de vinculación manifiesta con esa sociedad (ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, [caso Bachman])). El préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador, junto con la novación de determinadas condiciones financieras, son operaciones diferentes. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia. El préstamo hipotecario, inicialmente concedido a una mercantil en el que se subroga el prestatario consumidor, queda sometido a la normativa de consumidores y usuarios<sup>45</sup>.

También se pueden considerar consumidores los trabajadores de una entidad bancaria que concierten un crédito con garantía hipotecaria con dicha entidad. No puede entenderse que por el hecho de insertarse como prestación propia del contrato de trabajo, la legislación de protección de los consumidores deje de ser aplicable, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que el empleador que entrega el bien o presta el servicio a un trabajador actúe en condición de empresario.
- b) Que el trabajador que recibe el bien o servicio destine el mismo a una actividad ajena a la empresarial o profesional<sup>46</sup>.

El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que los empleados de una empresa que celebran con la misma un contrato de préstamo reservado principalmente al personal de la referida empresa y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse consumidores. La referida empresa es un profesional, si celebra el contrato de préstamo en el marco de su actividad, aunque

<sup>44</sup> SAP de Madrid, Sec. 13.ª, 176/2020, de 27 de mayo, rec. núm.740/2019.

<sup>45</sup> SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, 25/2018, de 17 de enero, rec. núm. 1667/2015 (NCJ063080); 216/2018, de 11 de abril, rec. núm. 2604/2015, y 15/2021, de 19 de enero, rec. núm. 3949/2017 (NCJ065284).

<sup>46</sup> SAN, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, 38/2014, de 25 de febrero, rec. núm. 479/2013.

la concesión de préstamos no constituya su actividad principal (STJUE, Sala 3.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2019 [asunto C-590/17, NSJ059694]).

Finalmente, cuando una persona física emplea el préstamo con dos finalidades distintas (una personal y otra profesional), se debe atender a un criterio cuantitativo, de manera que el adquirente solo será considerado consumidor cuando el uso profesional sea marginal, hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate (STJUE de 20 de enero de 2005 [asunto C-464/01, NCJ040615]). 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 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<sup>47</sup>.

## 5. Carga de la prueba de la condición de consumidor

La prueba de la condición de consumidor es más atenuada para las persona físicas que para las personas jurídicas, pues si bien estas pueden ser consideradas consumidoras, constituye una excepción, toda vez que para ello deben actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o comercial y sin ánimo de lucro<sup>48</sup>. El carácter de persona física permite atenuar la prueba sobre su condición de consumidor, sobre todo en ciertos supuestos, como cuando se adquiere un inmueble para vivienda habitual. En estos casos, no es preciso que la persona física justifique o acredite *ab initio* su condición de consumidor, debiendo ser el profesional con el que ha contratado quien la cuestione en su caso<sup>49</sup>.

La prueba de los hechos que permiten atribuir la condición de consumidor corresponde al que pretende cobijarse en esa circunstancia, aunque algunas resoluciones<sup>50</sup> consideran que este principio puede modalizarse en función del principio de normalidad, con arreglo al cual aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse del curso ordinario del acontecer de las cosas o del proceder humano, se nos aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos, según las peculiaridades de cada caso concreto.

<sup>47</sup> STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, 224/2017, de 5 de abril, rec. núm. 2783/2014 (NCJ062402).

<sup>48</sup> SAP de Ciudad Real, Sec. 1.<sup>a</sup>, 343/2017, de 7 de diciembre, rec. núm. 365/2017.

<sup>49</sup> SAP de León, Sec. 1.<sup>a</sup>, 656/2020, de 16 de octubre, rec. núm. 289/2020.

<sup>50</sup> SAP de Madrid, Sec. 28.<sup>a</sup>, 170/2020 de 29 de mayo, que cita las sentencias de dicha sección 551/2019, de 22 de noviembre; 421/2017, de 26 de septiembre; 474/2017, de 26 de octubre, y 439/2018, de 20 de julio.

No obstante, cuando el profesional alega que el destino del bien, servicio o préstamo ha sido para una actividad empresarial, a nuestro juicio debe ser el que defiende ser consumidor quien ofrezca cumplida justificación. Conforme al artículo 217.2 de la LEC, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos (en este caso la condición de consumidor), de los que ordinariamente se desprende el efecto jurídico correspondiente a su pretensión. No puede exigirse una prueba de un hecho negativo, pero sí del hecho positivo relativo a que obró con fines de consumo privado.

La carga de la prueba de la condición de consumidor recaerá sobre quien lo alegue como hecho constitutivo de su pretensión, de conformidad con el criterio de facilidad probatoria. Cuando está en cuestión la condición de consumidor, los problemas en materia probatoria no tienen otra solución que la aplicación de las reglas generales recogidas en el artículo 217 de la LEC. Por ello, en supuestos de insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor, la duda sobre tal hecho relevante solo puede perjudicar a la parte gravada con la carga de la prueba, y esta corresponde al que sostiene su condición de consumidor<sup>51</sup>. Así, en materia de préstamos bancarios, quien puede saber a qué destinó el dinero obtenido es el prestatario (o sus causahabientes), y ninguna dificultad le debe reportar alegarlo y justificarlo, de manera que la total pasividad al respecto es contraria a las normas sobre la carga de la prueba<sup>52</sup>.

La tesis que defendemos resulta secundada por parte de la jurisprudencia menor<sup>53</sup>, pero no desconocemos que resulta controvertida por otro sector que considera que la carga de la prueba de que una persona física no es consumidora incumbe al profesional<sup>54</sup>, lo que no

<sup>51</sup> SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, 46/2017 de 1 de febrero, y Lérida, Sec. 2.ª, 209/2020, de 28 de abril.

<sup>52</sup> SAP de León, Sec. 1.ª, 109/2018, de 16 de marzo, rec. núm. 81/2018 (SP/SENT/955748):

Para decidir sobre la condición del demandante hay que partir de que no es preciso que la justifique o acredite «ab initio»; si alega que es consumidor debe de ser la demandada quien la cuestione en su caso (art. 405 LEC). A partir de esta inicial confrontación –si la hubiere– la prueba de la condición de consumidor debe de ser más atenuada para la persona física que para las personas jurídicas que actúan con ánimo de lucro (sociedades de capital, por ejemplo). Por ese motivo, si no existe indicio ni hecho alguno en el que sustentar una vinculación entre los demandantes y una actividad profesional, el tribunal reconocerá la condición de consumidores a aquellos, pero cuando existen hechos indicativos de tal vinculación, corresponde a los demandantes demostrar que son inciertos o que, de ser ciertos, no permiten establecer vínculo alguno entre los actos de los demandantes y una actividad profesional o empresarial.

<sup>53</sup> SSAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 26 de julio de 2019, rec. núm. 52/2019, res. núm. 1074/2019 (que se remite a su vez a sus sentencias de 20 de junio de 2018 [rollo 187/2018] y de 13 de marzo de 2019 [rollo 1656/2018]); Lérida, Sec. 2.ª, 209/2020 de 28 de abril; Madrid, Sec. 28.ª, 170/2020, de 29 de mayo; Jaén, Sec. 1.ª, 967/2020, de 19 de noviembre, rec. núm. 550/2019, y Zaragoza, Sec. 5.ª, de 17 de diciembre de 2020, rec. núm. 1064/2020, res. núm. 1019/2020.

<sup>54</sup> SSAP de Gerona, Sec. 2.ª, de 22 de mayo de 2017, rec. núm. 81/2017, res. núm. 210/2017; Alicante, Sec. 8.ª, de 16 de junio de 2017, rec. núm. 146/2017, res. núm. 302/2017; Córdoba, Sec. 1.ª, de 2 de mayo de

consideramos acertado, pues supone la prueba de un hecho negativo. Asimismo, entre la doctrina científica esta cuestión tampoco resulta pacífica<sup>55</sup>, por lo que sería conveniente un pronunciamiento del legislador a este respecto.

A nuestro juicio, no se puede equivocar la prueba de la condición de consumidor, respecto de la cual operan las reglas generales en materia probatoria, con la prueba acerca de la existencia de negociación individualizada de la cláusula abusiva denunciada, cuestión respecto de la cual existe una inversión de la carga de la prueba, pues el TJUE ha declarado que es el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente quien asumirá plenamente la carga de la prueba (STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C226/12). En similares términos, el artículo 82.2.II del TRLCU establece que «el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba».

## **6. Inaplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a personas jurídicas que ostentan la condición de consumidoras y aplicación a personas físicas que no lo son**

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), publicada en el BOE el 16 de marzo (en vigor el 16 de junio de 2019), tiene como objeto la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Su principal finalidad es la transparencia y la comprensión de los contratos de préstamo y de sus cláusulas contractuales, así como el justo equilibrio entre las partes.

---

2018, rec. núm. 166/2018, res. núm. 311/2018; Córdoba, Sec. 1.<sup>a</sup>, 843/2019, de 31 de octubre, rec. núm. 1559/2018, y Gerona, Sec. 1.<sup>a</sup>, 464/2020, de 14 de mayo.

<sup>55</sup> Cfr. González García (15 de enero 2018). En opinión de este autor, en los supuestos en los que intervengan personas físicas, la falta de prueba sobre la condición de consumidor deberá perjudicar al profesional que haya alegado el destino empresarial de la actividad y no lo haya acreditado, y no al consumidor, en aras de ser respetuoso con el principio de protección de los consumidores, aunque cuando se trate de una persona jurídica, habrá de ser la misma la que deba acreditar la condición de consumidor.

En contra: Muñoz Casanova (2020): «Por tanto, a mi modo de ver, la carga de la prueba, especialmente cuando hay indicios que pueden hacer pensar que estamos ante un no consumidor, no puede residenciarse ni única ni principalmente en la entidad financiera, teniendo en cuenta que, quien se encuentra en una situación inmejorable para acreditar el destino del préstamo, que en definitiva es lo que determinará su condición de consumidor, es el propio prestatario».

Hidalgo Pérez y Escolá Gallo (30 de julio de 2020): «Por nuestra parte, entendemos importante remarcar la regla séptima del artículo 217 LEC, pues resulta más sencillo para el adherente demandante probar el destino de consumo del contrato que, por el contrario, obligar al predisponente demandando a acreditar que no lo es».

El Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, desarrolla parcialmente esta ley y adopta otras medidas en materia financiera.

Sus disposiciones son de carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes (sean o no consumidoras), salvo que la ley expresamente establezca lo contrario, siendo nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en la misma.

Según el artículo 2 de la LCCI, la ley únicamente resulta aplicable a los contratos de préstamo o crédito concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física, cuando el contrato tenga por objeto:

- La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía que recaigan sobre un inmueble de uso residencial (incluidos trasteros, garajes y cualesquiera otros con una función doméstica) aunque el prestatario, fiador o garante no reúna la condición de consumidor, siempre que sea persona física (art. 2.1 a).

También se aplica a la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, sin que sea necesario que el bien al que se destina el préstamo sea de uso residencial<sup>56</sup>; no obstante, en este caso se exige que el prestatario, el fiador o garante sea, además de persona física, consumidor (art. 2.1 b). A estos efectos, procede reseñar que es distinto adquirir o conservar «derechos de propiedad» que conservar «la cosa» objeto de la propiedad, por lo que esta ley no se aplica cuando el préstamo personal, concedido a una persona física consumidora, tenga por finalidad realizar obras de conservación o mejora de la vivienda. No obstante, cuando se obtenga un préstamo personal para adquirir y rehabilitar una vivienda, en tanto que la finalidad económica de la operación será adquirir la misma en estado que la haga habitable, todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como a la rehabilitación, deben recibir una consideración unitaria, sujetándose a la LCCI<sup>57</sup>.

De todos modos, aunque la LCCI resulta aplicable a préstamos y créditos, tanto con garantía real como personal, en los términos antedichos, algunos de sus preceptos, como el artículo 15.2 (relativo a la preceptividad de extender acta notarial previa verificando el cumplimiento de los requisitos legales) o el artículo 25 (referente a que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales) solo se aplican cuando existe garantía hipotecaria.

<sup>56</sup> Resolución de la DGSJFP de 6 de febrero de 2020.

<sup>57</sup> Instrucción de la DGRN/DGSJFP de 20 de diciembre de 2019.

Asimismo, resulta paradójico que alguno de los derechos que recoge solo se apliquen a quienes no son consumidores; así, en el artículo 20<sup>58</sup> (que regula los contratos inmobiliarios en moneda extranjera) se establece que tan solo cuando los prestatarios no tengan la consideración de consumidores, podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo, previsión normativa que debería haberse hecho extensiva también a los consumidores, de conformidad con la Directiva 2014/17/UE<sup>59</sup>.

En todo caso, aunque la LCCI no es aplicable al prestatario persona jurídica (ni siquiera cuando pudiera ostentar la consideración de consumidor, de sociedad unipersonal o de cooperativa)<sup>60</sup>, sí que se aplica a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo (tenga o no la consideración de consumidor). En este caso, dado que el garante puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1.826 CC), puede pactarse un régimen jurídico para el deudor (persona jurídica) y otro más benigno para los garantes (personas físicas). A este respecto, con base en la Instrucción de la DGRN/DGSJFP de 20 de diciembre de 2019, procede realizar las siguientes precisiones:

- Respecto de la prohibición de cláusula suelo (art. 21) y la fijación de los intereses de demora en tres puntos sobre el interés remuneratorio cuando el préstamo esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial (art. 25), es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones para el deudor (persona jurídica) pero sí para el garante (persona física).
- En cuanto al reparto de los gastos del préstamo hipotecario concedido a una persona jurídica y con garantías reales o personales constituidas por personas físicas, aunque al fiador o garante que ostenta la condición de persona física no se le puede imponer el coste del arancel notarial o registral correspondiente a la garantía, no existe óbice para un pacto sobre los gastos del préstamo entre la entidad financiera y el prestatario (persona jurídica y no consumidor), y en tal caso, este, como interesado en la obtención de la financiación, puede llegar a

<sup>58</sup> El artículo 20 de la LCCI regula los contratos inmobiliarios en moneda extranjera, estableciendo que el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa. En lugar de la conversión, tan solo cuando los prestatarios no tengan la consideración de consumidores, podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo.

<sup>59</sup> En este sentido: Agüero Ortiz (s. f.) y Gabeiras Vázquez (2019).

<sup>60</sup> La aplicación de la LCCI se produce en el momento en que se lleva a cabo la subrogación de los socios en el préstamo cuando se liquida la cooperativa, una vez dividido el mismo (Instrucción de la DGRN/DGSJFP de 20 de diciembre de 2019).

asumir los costes notariales y registrales correspondientes, tanto a la constitución del préstamo como a las garantías personales o reales constituidas a su favor.

- En relación con lo que dispone el artículo 24 respecto del vencimiento anticipado del préstamo por impago de mensualidades, lo más práctico será pactar unas condiciones por impago que se ajusten a los límites del precepto, tanto para la prestataria (persona jurídica) como para la fiadora (persona física), pero también puede ser posible un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.
- Asimismo, en materia de cancelación anticipada, podrán pactarse con el prestatario, persona jurídica, unas condiciones diferentes de las previstas con carácter imperativo en el artículo 23 de la LCCI, dado que esa regulación contractual realmente no afectará al garante, puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante una situación de incumplimiento del prestatario que provoque la reclamación al garante, pagando este las cuotas que vayan venciendo para evitar una ejecución, lo más beneficioso para dicho garante puede ser cancelar anticipadamente el préstamo, en lo que sería un pago de la deuda por un tercero, en cuyo caso, el pago por el garante debe ser posible, sin que a él le sean oponibles las excepciones o cargas que en la cláusula se hayan pactado con el prestatario.



## Referencias bibliográficas

Agüero Ortiz, A. (s. f.). Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario. *Sepín*. SP/DOCT/81987.

Gabeiras Vázquez, P. (2019). Comentarios al artículo 20 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*.

González García, S. (15 de enero 2018). La carga de la prueba de la condición de consumidor: una cuestión controvertida en la jurisprudencia menor. *Diario La Ley*, 9118.

Hidalgo Pérez, J. y Escolá Gallo, A. (30 de julio de 2020). Carga de la prueba en plei-

tos sobre condiciones generales de la contratación: cuestiones prácticas. *Diario La Ley*, 9685.

Muñiz Casanova, N. (2020). El elemento subjetivo en el control de validez de la cláusula suelo. En *La cláusula suelo en el préstamo*. Aranzadi. BIB 2019\9737.

Navarro Castro, M. (2018). El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor. En *Estudios. Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Aranzadi. BIB 2019\223.