

## LA DOCTRINA DE LA EXTRAPOLACIÓN DE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR O EMPRESARIO DEL OBLIGADO PRINCIPAL AL GARANTE, Y EL OASIS GESTADO EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

*José María Martín Faba*  
*Máster de Acceso la Abogacía*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 30 de mayo de 2016*

### 1. Planteamiento

Como es sabido, en multitud de ejecuciones, ya sean ordinarias o hipotecarias, los garantes han pretendido ser tutelados por la normativa de protección de los consumidores con la finalidad de poder alegar el carácter abusivo de diversos tipos de condiciones generales o cláusulas predispuestas en escrituras o pólizas de préstamo, una vez que la ejecución se ha dirigido contra ellos<sup>1</sup>.

Ya veníamos comentando en este Centro de Investigación<sup>2</sup>, que prácticamente la totalidad de nuestra jurisprudencia menor<sup>3</sup>, ha considerado que el garante -fiador o

---

<sup>1</sup> Y también en otros contratos de financiación como el arrendamiento financiero. *Vid.* SAP de Pontevedra (Sección 6ª) núm. 79/2016 de 15 febrero (JUR\2016\50889) y SAP de Cantabria (Sección 4ª) núm. 360/2014 de 23 octubre (JUR 2015\14152), entre otras que también hacer referencia al contrato de *leasing*.

<sup>2</sup> RALUCA STROIE, I., *La persona física fiadora de una entidad mercantil no puede ser considerada consumidora*, Centro de Estudios de Consumo, Abril 2016, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/La-persona-fisica-fiadora-de-una-entidad-mercantil-no-puede-ser-considerada-consumidora.pdf>, [consulta: mayo 2016].

<sup>3</sup> AAP de Las Palmas (Sección 5ª) núm. 13/2016 de 22 enero (JUR\2016\66922); SAP de Pontevedra (Sección 6ª) núm. 407/2015 de 1 septiembre (JUR\2015\225402); AAP de Madrid (Sección 11ª) núm. 43/2008 de 5 febrero (AC\2008\718); AAP de Sevilla (Sección 5ª) núm. 296/2014 de 10 noviembre (AC\2015\369); SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 306/2014 de 10 julio (AC\2014\1697); AAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 158/2015 de 6 julio, (JUR 2015\271085); SAP de Castellón (Sección 1ª) núm. 27/2013 de 8 abril (AC 2013\1103); SAP de Cantabria (Sección 4ª) núm. 589/2013 de 5 diciembre (JUR 2014\34764); AAP de Murcia (Sección 5ª) núm. 75/2009 de 25 noviembre, (AC 2010\102); SAP de Huesca (Sección 1ª) núm. 143/2006 de 29 junio 8AC 2006\1536); SAP de Badajoz (Sección 2ª), núm. 225/2014 de 2 octubre (JUR 2014\276131); AAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 123/2013 de 27 noviembre, (JUR 2014\293856); AAP de Granada (Sección 3ª) núm. 242/2014 de 3 octubre (AC 2014\2096) y AAP de Barcelona (Sección 17ª) núm. 303/2014 de 23 septiembre (AC 2014\2268), entre otras muchas AAPP.

hipotecante no deudor, en función del carácter accesorio de la garantía, ostenta el mismo carácter que el obligado principal, de manera que la calificación como de consumo de la relación principal de la que trae causa la garantía, es la que determina la aplicación de la normativa protectora de los consumidores al garante, pues en definitiva, y así lo vienen reiterando nuestras AAPP, este no es consumidor de un bien ni usuario de un servicio, sino que se limita a prestar su garantía.

## **2. El caso de la AP de la Palmas (Sección 5ª), auto núm. 13/2016 de 22 enero (JUR\2016\66922)**

### ***2.1. El supuesto de hecho***

El caso planteado en la AP de las Palmas versa sobre un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por Caixabank S.A. contra la mercantil Padrón y García S.L. (deudor) y Dña. Angélica (hipotecante no deudora). Así, esta última se opuso a la ejecución planteada (*ex art. 695.1.4º LEC*) por considerar abusivas la cláusula de vencimiento anticipado y la de intereses de demora.

Siguiendo el *iter* de la ejecución hipotecaria, el JPI nº 2 de Arrecife dictó auto estimando la oposición formulada por la garante, declarando abusivas las citadas cláusulas, dejando sin efecto el despacho y sobreseyendo el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Consecuentemente, el auto que estimó la oposición planteada por la garante fue recurrido en apelación por la parte ejecutante, sosteniendo que la ejecutada prestataria no gozaba del carácter de consumidora y, por ello, la hipotecante no deudora no podía esgrimir a su favor la protección de la normativa protectora de los consumidores en relación al préstamo.

### ***2.2. La condición –empresario o consumidor, del prestatario se “contagia” al hipotecante no deudor***

En primer lugar, la AP de las Palmas afirma lo evidente, esto es, que la condición de consumidor es necesaria para poder invocar la protección de la legislación consumerista, teniendo como efecto la posibilidad de que el consumidor pueda alegar la abusividad de determinadas cláusulas contractuales y, por consiguiente,

oponerse por esta causa al procedimiento de ejecución hipotecaria por la vía del art. 695.1.4º LEC<sup>4</sup>.

Además, hace referencia la AP al hecho de que nuestra normativa de protección de los consumidores incluye en la definición de consumidor no solo a las personas físicas si no también a las jurídicas (*ex art. 3. II TRLGDCU*)<sup>5</sup>. Como nos recuerda el juzgador, no todas las personas jurídicas tienen la consideración de consumidor –al igual que las personas físicas, sino que para ostentar esta condición deben actuar al margen de una actividad empresarial o profesional y sin ánimo de lucro. Por esta razón asevera el juez, que deben excluirse las sociedades mercantiles, pues su objeto social evidencia que el fin de su actuación tiende claramente a una actividad empresarial o profesional lucrativa, incompatible con el concepto de consumidor.

En esta dirección, expone la AP, como la jurisprudencia ha venido entendiendo que tienen la condición de consumidor las personas jurídicas que no tengan por objeto o que no realicen de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado, sin finalidad de lucro y que, en su caso, transmitan a título gratuito los bienes o servicios. Según la AP, podrían citarse como paradigmas de personas jurídicas con el estatus de consumidor a las asociaciones sin ánimo de lucro y en alguna ocasión a un sindicato de trabajadores<sup>6</sup>. También se ha venido reconociendo este carácter a determinados entes sin personalidad, como pueden ser las comunidades de herederos que tiene reconocida la capacidad procesal en la LEC y, particularmente, las comunidades de propietarios en régimen de Propiedad Horizontal, a las que se ha admitido con reiteración la consideración de consumidores<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Motivo que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la publicación de Ley 1/2013 de 14 de mayo (RCL 2013, 718), de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con la finalidad de incorporar la doctrina emanada de la de la STJUE de 14 de marzo de 2013, Sala Primera, Caso Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, (TJCE\2013\89).

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (RCL 2007\2164).

<sup>6</sup> Por ejemplo, la SAP de Teruel (Sección Única), núm. 171/2002 de 31 octubre (AC 2002\1508), declaró procedente que un sindicato tuviera la condición de consumidor.

<sup>7</sup> Principalmente se ha reconocido la condición de consumidores de las comunidades de propietarios en casos en que estas venían alegando la abusividad de diferentes cláusulas en los contratos de mantenimiento de ascensores [*v. gr.*: SAP de Murcia (Sección 5ª) núm. 36/2015 de 3 marzo, (AC

Sin embargo, como manifiesta la AP de las Palmas, en este caso es incuestionable que la prestataria, sociedad mercantil, ha obtenido el préstamo para dedicarlo a su actividad empresarial.

Pasando a continuación el juzgador a analizar la condición que posee Dña. Angélica en su posición de garante –hipotecante no deudora de la obligación principal, que a pesar de ser una persona física, ha garantizado el préstamo contraído por la mercantil mediante una hipoteca sobre una finca de carácter ganancial del matrimonio. También es el marido hipotecante y avalista solidario en el préstamo, además de administrador y representante legal de la entidad mercantil prestataria.

Así las cosas, manifiesta la AP que pese a la condición de persona física de la recurrente, en este caso la prestataria ejecutada es una entidad mercantil, por lo que la misma carece de la condición de consumidor y usuario y no puede, en consecuencia, oponerse a la ejecución hipotecaria alegando la abusividad de cláusulas del préstamo hipotecario, sin perjuicio de que, efectivamente, tanto la prestataria como la garante, puedan promover el juicio ordinario que corresponda para atacar, resolver o pretender la nulidad o anulabilidad del contrato conforme a las normas generales, esto es, por la vía de la LCGC (arts. 2, 5, 7 y 8 LCGC).

Por tanto, afirma el juzgador, que la intervención de la fiadora hipotecante y el hecho de que esta sea personas física, no altera la realidad de que el préstamo es una operación mercantil entre una entidad bancaria y una sociedad limitada, que se realiza dentro del ámbito de la actividad económica de la prestataria, por lo que no cabe según su criterio invocar ni atacar en el presente proceso de ejecución, ninguna de las cláusulas del referido préstamo por su posible carácter abusivo.

Y el criterio de esta AP –y como dijimos de la mayoría de AAPP, es considerar que, a pesar de que el garante de la obligación –del tipo que se quiera, sea una persona física, no es su situación personal la que le atribuye la condición de consumidor o empresario, sino la que resulta de la obligación principal garantizada, de manera que ostentará la condición de consumidor si esta obligación dimana de una relación de consumo por intervenir un consumidor y un

---

2015\551); SAP de Sevilla (Sección 5ª) núm. 444/2014 de 25 julio (AC 2014\1801) y SAP de Alicante (Sección 8ª), núm. 488/2010 de 4 noviembre (AC 2011\117), entre otras].

empresario, pero no si garantiza una relación entre empresarios. Es decir, lo fundamental no es la condición de consumidor del garante, sino la del obligado principal protegido con la garantía, pues es su condición como tal la que se comunica a la persona física que interviene en esa misma obligación como garante. Lo anterior, como asevera la AP de las Palmas, puede sustentarse en base a la jurisprudencia comunitaria emanada de la sentencia de 17 de marzo de 1999 (TJCCEE 1998\52)<sup>8</sup>, que en un caso relacionado con la aplicación de la Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre (LCEur 1985\1350), de protección de consumidores en contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, el antiguo TJCCEE (actual TJUE) afirmó que el art. 2 de la citada Directiva, *"debe interpretarse en el sentido de que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional"*.

### **2.3. El fallo de la AP de Las Palmas**

Finalmente declara la AP, que la hipotecante no deudora no es parte en el contrato de préstamo, sino en la garantía -en la hipoteca, por lo que no puede esgrimir su carácter de consumidora en relación al préstamo en que no intervino, no concertándose a su parecer el préstamo entre consumidor y empresario sino solo entre empresarios, así que al no haber sido negociado tal préstamo cuyas cláusulas pretenden ser consideradas abusivas con ningún consumidor, en modo alguno podrá aplicarse tal legislación protectora del consumo, ni por ello los arts. 82 y 83 del citado TRLGDCU. Como consecuencia de lo anterior, la AP estima el recurso interpuesto por la entidad de crédito apelante, dejando sin efecto el auto recurrido y ordenando continuar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

---

<sup>8</sup> TJCCEE (Sala Quinta), caso *Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG* contra *Edgar Dietzinger*.

### 3. El cisma surgido a raíz del Auto de la Sección Primera de la AP de Pontevedra de 6 de abril de 2016<sup>9</sup>

#### 3.1. Los hechos

En el supuesto de hecho de la resolución objeto del presente comentario, la entidad prestamista, mediante póliza de crédito en cuenta corriente a interés variable de fecha 3 de febrero de 2012, abrió una línea de crédito a la sociedad Lelut Pontearas S.L., hasta un límite máximo de 30.000 euros, con vencimiento en fecha 28 de febrero de 2013, a un interés nominal inicial del 6,40%, revisable trimestralmente conforme a las variaciones del Euríbor incrementado en 3,950 puntos porcentuales, con un interés remuneratorio mínimo del 5,00%, pactándose un interés de demora resultante de incrementar el interés remuneratorio en 20 puntos porcentuales.

En garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato intervinieron, como fiadores solidarios, Dña. Leocadia y D. Fernando, titulares de Lelut Pontearas, S.L. y, además, la primera, administradora única de dicha entidad, así como Dña. Celestina y D. Antonio, padres de D. Fernando.

Llegado el vencimiento pactado, ni la sociedad prestataria ni los fiadores hicieron frente al crédito dispuesto, por lo que el 27 de noviembre de 2014, la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta, que arrojaba un saldo deudor a favor de la entidad de 46.585,38 euros.

Debido a la falta de pago de la anterior cantidad, la entidad prestamista presentó demanda de ejecución de títulos no judiciales contra Dña. Leocadia, D. Fernando, Dña. Celestina y D. Antonio, en reclamación de 46.585,38 euros de principal, más 13.975,61 euros que se calcularon provisionalmente para intereses y costas.

La referida demanda dio lugar a la incoación por el JPI núm. 1 de Pontearas del procedimiento de ejecución ordinaria, en el que por Auto de 13 de marzo de 2015, se despachó ejecución por las sumas interesadas contra Lelut Pontearas S.L., Dña. Leocadia, D. Fernando, Dña. Celestina y D. Antonio, si bien con ocasión del requerimiento se constató que la sociedad Lelut Pontearas, S.L. había sido declarada en concurso y Dña. Celestina había fallecido.

---

<sup>9</sup> Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-de-Pontevedra-absuelve-del-pago-de-intereses-de-demora-a-un-pensionista-que-avalo-a-la-empresa-de-su-hijo>

Asimismo, mediante sendos escritos presentados el 14 de abril de 2014, D. Fernando (deudor principal y fiador) y D. Antonio (fiador) se opusieron a la ejecución alegando la nulidad por abusivas de varias de las cláusulas incluidas en la póliza de crédito: (i) el primero interesó la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios; (ii) y el segundo la cláusula que contenía el pacto de liquidez, la cláusula *suelo* y la cláusula de intereses moratorios.

A consecuencia de lo anterior, por Auto de 15 de octubre de 2014, el Juzgado *a quo* analizó las cláusulas impugnadas y, tras rechazar el carácter abusivo de las referidas al pacto de liquidez –por entender que cumplía los requisitos exigidos en los arts. 572.2 y 573 LEC, al vencimiento anticipado –dado que no consta pago alguno desde el cierre de la cuenta, y a los intereses de demora –ya que el préstamo estaba destinado a financiar una actividad empresarial, lo que privaba a la parte ejecutada de la condición de consumidor y, en consecuencia, de la protección prevista en la normativa de consumo, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula *suelo* con base en la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088). Así pues, desestimó la oposición planteada por D. Fernando y estimó parcialmente la deducida por D. Antonio (fiador), en el sentido de ordenar seguir adelante la ejecución, previo recálculo por la entidad financiera de la cantidad reclamada excluyendo la aplicación de la cláusula *suelo*<sup>10</sup>.

Disconforme con esta resolución, el codemandado/ejecutado y fiador, D. Antonio, interpuso recurso de apelación, que articulaba sobre tres motivos: (i) error en la valoración de la prueba al no aplicar al recurrente la condición de consumidor, cuando su intervención en el contrato fue la de mero avalista, derivada de la relación parental que unía al apelante y a su esposa Dña. Celestina con D. Fernando, y que vino impuesta por la entidad bancaria como exigencia para conceder el crédito, sin que ni el recurrente ni su esposa tuvieran relación alguna con la empresa Lelut Pontearreas, S.L., ni como administrador, ni como socios, ni como trabajador o partícipe en los beneficios; (ii) como consecuencia del motivo anterior, se denuncia error en la aplicación del derecho, al no haber aplicado la normativa de protección del consumidor, que determinaría la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses de demora, en tanto que superan en más de tres veces el

---

<sup>10</sup> No se entiende en este punto, por que el JPI núm. 1 de Pontearreas realiza el control de abusividad sobre la cláusula de vencimiento anticipado, pacto de liquidez, intereses de demora y *suelo*, si entiende que tanto los obligados principales como los fiadores no tienen la condición de consumidores. Incluso afirma la AP de Pontevedra, que el JPI declaró nula por abusiva la cláusula *suelo* en base a la doctrina de la falta de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088), lo que carecería de rigor jurídico, ya que esta doctrina es únicamente aplicable para el caso de que el adherente sea un consumidor.

interés remuneratorio y, en todo caso, resultan desproporcionados; y (iii) se insiste –aunque carece de importancia para este comentario, en el carácter abusivo de la cláusula que contiene el pacto de liquidez al no recoger cuál es la forma pactada por las partes para practicar la liquidación, lo que impide al juzgador examinar si se ha practicado conforme a lo acordado.

### ***3.2. La interpretación del concepto de consumidor persona física: actuación con propósito ajeno a su actividad empresarial***

Como expone la AP de Pontevedra, la cuestión sustancial a resolver, gira en torno a la condición en la que el recurrente, D. Antonio (fiador), intervino en la relación contractual -consumidor o empresario, como presupuesto de aplicación de la normativa consumerista, invocada como fundamento de la petición de nulidad de las cláusulas sobre el pacto de liquidez y de intereses de demora.

Así, para resolver esta cuestión, la AP realiza un examen del concepto de consumidor desde la perspectiva del TRLGDCU. En primer lugar, destaca el juzgador, que el concepto de consumidor en la normativa vigente en España, se encuentra recogido en el art. 3 del TRLGDCU el cual reza –a raíz de la reforma operada por la Ley 3/2014 de 7 de marzo<sup>11</sup>, que “*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”<sup>12</sup>.

Paso seguido, recuerda la AP de Pontevedra, que el art. 3 TRLGDCU reformado parcialmente como dijimos por la Ley 3/2014 de 7 de marzo, incluyó en su ámbito de aplicación a las personas jurídicas, manifestando el precepto, que son “*también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una*

---

<sup>11</sup> Que modifica el TRLGDCU (RCL 2014\466).

<sup>12</sup> La nueva regulación, supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984\1906), cuyo art. 1.2 hacía descansar la noción 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, principalmente la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (LCEur 1993, 1071) [también en otras, como las Directivas 85/577/CEE, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (LCEur 1985\1350); la 97/7/CEE, sobre protección de los consumidores en contratos a distancia (LCEur 1997\1493); o la 99/44/CEE, sobre ventas y garantías de bienes de consumo (LCEur 1999\1654), que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial].

*actividad comercial o empresarial*”. Llegados a este punto, huelga decir, que la Directiva 93/13/CEE no considera a las personas jurídicas como consumidores (ex art. 2 interpretado a *contrario sensu*)<sup>13</sup>.

A continuación, la AP de Pontevedra, pone de manifiesto las dificultades e incertidumbres que envuelve la interpretación del concepto de consumidor y las analiza a la luz de la jurisprudencia comunitaria. De entrada, la AP cita la jurisprudencia del antiguo TJCEE (actual TJUE), que aborda la exégesis del concepto de consumidor en otras normas comunitarias –distintas a la Directiva CEE 93/13. Así, manifiesta el juzgador, que la interpretación del concepto de consumidor tiene un carácter restrictivo, como se desprende de las sentencias dictadas en el caso *Gruber*<sup>14</sup>, la recaída en el asunto *Di Pinto*<sup>15</sup>, en el caso *Dietzinger*<sup>16</sup> o en la sentencia *Benincasa*<sup>17</sup>, en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la inteligencia del término, en referencia a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que este pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado.

Sin embargo, para la AP de Pontevedra, esta interpretación restrictiva de la noción de consumidor tendría como consecuencia la exclusión de algunos supuestos del concepto de consumidor del TRLGDCU que a su parecer merecerían su inclusión en el mismo, por lo que decide rehusar esta línea interpretativa. Así, para

---

<sup>13</sup> La regulación en el TRLGDCU relativa a la posibilidad de considerar a una persona jurídica como consumidora cuando se cumplan las condiciones fijadas en el art. 3. II, no supone un incumplimiento de la Directiva 93/13/CEE, porque a pesar de tratarse de una Directiva de máximos o de armonización plena, al ser las personas jurídicas sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, se trata de una materia no armonizada, sobre la que los Estados miembros pueden libremente regular [en este sentido *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J., *Comentarios al Proyecto de Ley de la Reforma LGDCU. El nuevo concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU*, Centro de Estudios de Consumo, 10 de diciembre de 2013, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/12/MANUEL-MAR%C3%8DN-24-NOV-TEXTO-Concepto-consumidor-en-Proy-modif-TRLGDCU.pdf>, consulta: mayo 2016].

<sup>14</sup> TJCEE (Sala Segunda), Caso *Johann Gruber* contra *Bay Wa AG*. Sentencia de 20 enero 2005 (TJCE 2005\24).

<sup>15</sup> TJCEE (Sala Primera), Caso Proceso penal contra *Patrice di Pinto*. Sentencia de 14 marzo 1991, (TJCE 1991\155).

<sup>16</sup> TJCEE (Sala Quinta), Caso *Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG* contra *Edgar Dietzinger*. Sentencia de 17 marzo 1998, (TJCE 1998\52).

<sup>17</sup> TJCEE(Sala Sexta), Caso *Francesco Benincasa* contra *Dentalkit Srl*. Sentencia de 3 julio 1997, (TJCE 1997\142).

ilustrarnos sobre esta interpretación más laxa del concepto de consumidor, la AP hace referencia a otra de sus resoluciones<sup>18</sup>, en la que se dijo que “*la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de su actividad empresarial o profesional resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final*”, lo que ocurría con la antigua regulación del art. 3 TRLGDCU.

Además, en la misma sentencia de 14 de octubre de 2014, la AP de Pontevedra afirmó que 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, éste podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el art. 3.1 TRLGDCU.

Y terminó afirmando la AP en la citada resolución, que “*no existen obstáculos en la jurisprudencia*” comunitaria para adoptar esta postura, citando como ejemplo:

- (i) la sentencia *Hamilton*<sup>19</sup>, en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la Sra. *Hamilton*, que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; y
- (ii) también el asunto *Schulte*<sup>20</sup>, en la que el TJCEE consideró consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquirirían para revender o para especular con su valor.

Así que, con base en la anterior jurisprudencia comunitaria, entiende la AP de Pontevedra en la SAP de 14 de octubre de 2014 que, de la misma forma, si una

---

<sup>18</sup> SAP de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 336/2014 de 14 octubre, (JUR 2015\8061).

<sup>19</sup> TJCEE (Sala Primera), Caso *Annelore Hamilton* contra *Volksbank Filder eG*. Sentencia de 10 abril 2008, (TJCE 2008\78).

<sup>20</sup> TJCEE (Gran Sala), Caso *Elisabeth Schulte* y otros contra *Deutsche Bausparkasse Badenia AG*. Sentencia de 25 octubre 2005, (TJCE 2005\312).

persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En palabras de la AP, “*el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio.*”<sup>21</sup>

Y para fundamentar la anterior línea interpretativa, esto es, que puede considerarse consumidor a la persona física que obtiene un lucro con alguna actividad si esta es ajena a su labor empresarial o profesional habitual, la AP de Pontevedra cita más jurisprudencia del TJUE que le permita sustentar su decisión.

Concretamente, hace referencia a la reciente STJUE de 3 de septiembre de 2015<sup>22</sup> en la que el TJUE, tras recordar la doctrina sentada en la sentencia *Di Pinto*, reitera que un abogado que celebra con un profesional un contrato que no está vinculado a la actividad de su bufete ni ligado al ejercicio de la abogacía, no puede verse excluido de la protección de la normativa consumerista. Exponiendo en este particular el TJUE, que además, el hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, no es relevante para la apreciación de la condición de consumidor del abogado. Por tanto, se dijo en aquella STJUE, que debido a que el litigio principal versaba sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal, la calificación del abogado como consumidor o profesional en el marco de su compromiso como garante, no puede determinar tal condición en el contrato principal de crédito. En definitiva, el TJUE respondiendo a la cuestión prejudicial planteada, declaró 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

---

<sup>21</sup> Esta afirmación es válida para las personas físicas, pero no para las personas jurídicas, ya que el art. 3.II TRLGDCU establece que estas actúen sin ánimo de lucro para que puedan ser tuteladas por la normativa protectora de los consumidores.

<sup>22</sup> TJUE(Sala Cuarta), *Caso Ovidiu Costea Horace* contra SC Volksbank Rumanía SA. Sentencia de 3 septiembre 2015, (TJCE 2015\330).

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<sup>23</sup>.

En suma, entiende la AP de Pontevedra que para valorar la condición de consumidor de una persona física que actúa como parte en algún negocio jurídico y que pretende la tutela de la normativa consumerista, es necesario examinar si la finalidad de la operación contractual está vinculada o no con la actividad habitual que ejerce.

### ***3.3. El garante ostenta el estatus de consumidor si no participa en el normal desarrollo de la actividad profesional o empresarial del obligado principal: el ATJUE de 19 de noviembre de 2015***

Afirma la AP en la resolución objeto de comentario, que el debate adquiere mayor transcendencia cuando en el negocio jurídico o contrato, frente al empresario o profesional, intervienen varias personas, alguna de las cuales participa en el normal desarrollo de su actividad profesional o empresarial, mientras que otra u otras son ajenas a la operación, al menos desde la perspectiva de su profesión o desempeño laboral.

Y así, evoca el juzgador -como ya expusimos, que tradicionalmente las AAPP vienen entendiendo de forma unánime, que es necesario atender a la naturaleza y características del contrato principal celebrado entre las partes en relación con la actividad empresarial o profesional de la mismas, de manera que, si tiene por objeto o está relacionado con la actividad habitual de quien actúa como titular de la relación jurídica base del negocio, su carácter se extiende al resto de los posibles intervinientes, tanto en el caso de nos hallemos ante un único negocio contractual, como si se trata de una relación jurídica accesoria.

De esta manera, la jurisprudencia menor viene afirmando que en el caso de un préstamo o crédito destinado a financiar la adquisición de mercancía o el pago de servicios o, en general, el circulante de una empresa, la relación se enmarca en el seno de la actividad empresarial de la misma, aunque junto a la propia sociedad aparezcan como prestatarias terceras personas, que pueden ser administradores, socios o aún terceros ajenos, que no podrán invocar esa ajenidad para desvirtuar el carácter empresarial o profesional de la operación respecto de ellos, dado que

---

<sup>23</sup> Esta misma jurisprudencia comunitaria es citada por la Sección Primera de la AP de Pontevedra en las sentencias de 16 de febrero de 2016 y de 30 de marzo de 2016.

como sostienen estas AAPP, una misma operación no puede ser empresarial o de consumo en función de los distintos partícipes.

Y el mismo razonamiento viene también aplicando la mayoría de AAPP cuando no estamos ante un único contrato, por ejemplo, de préstamo con varios prestatarios, sino ante dos contratos, uno accesorio de otro. Más concretamente, en el caso del contrato de fianza o aval, con respecto a los cuales se considera que siguen a la operación principal, de forma que, si el contrato base se celebraba entre empresarios o profesionales, la fianza o aval seguía igual suerte, aunque el fiador o avalista fuera ajeno a la actividad en el marco de la cual se celebró el negocio jurídico.

Sin embargo, la AP de Pontevedra, rompe con esta doctrina jurisprudencial tan habitual de las AAPP españolas, con apoyo en el reciente ATJUE (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015<sup>24</sup>, dictada por el TJUE con ocasión de dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la *Curtea de Apel Oradea* (Tribunal de apelación de Oradea, Rumanía), y que introduce matices de relevancia en la doctrina de la extrapolación de la condición de consumidor o empresario del obligado principal al garante de la obligación base.

Así, el TJUE se plantea si los arts. 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, deben interpretarse en el sentido de que esta Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a la prestamista en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. En otras palabras, si en tales casos, el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, puede considerarse o no como consumidor, a los efectos de determinar la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

Para dar respuesta a esta cuestión, el citado ATJUE manifiesta que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señalando el TJUE que dicha *“protección es especialmente importante en el caso*

---

<sup>24</sup> (Sala Sexta) en el asunto C- 74/15, *caso Dumitru Tarcău y Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA* y otros (ECLI:EU:C:2015:772).

*de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar” (apartado 25 del ATJUE).*

Acto seguido, el TJUE explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*<sup>25</sup>, que si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato distinto “*ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal*”. Por tanto, asevera el TJUE, que la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza (apartado 26 del ATJUE).

Con esta base, el TJUE declara que “*los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad*”.

En armonía con esta doctrina del TJUE, afirma la AP de Pontevedra, que lo lógico, sería evaluar según un criterio funcional si la relación contractual accesorio se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, con la finalidad de determinar la condición o no de consumidor del garante de la obligación principal.

### **3.4. La solución dada por la AP de Pontevedra**

Llegado este punto, la discusión se traslada a determinar si, al constituirse en garante de las obligaciones de la mercantil Lelut Ponteraeas, S.L. –que había solicitado la apertura de la línea de crédito para el giro o tráfico mercantil, D. Antonio (fiador) actuó en el marco de su actividad profesional o con motivo de

---

<sup>25</sup> Dictada en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

los vínculos profesionales que pudiera mantener con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si por el contrario, actuó con fines de carácter privado.

Pues bien, la prueba practicada permite constatar a la AP de Pontevedra que: (i) D. Antonio intervino como fiador del contrato de apertura de crédito celebrado entre la prestamista y Lelut Pontearaeas, S.L.; (ii) los socios de esta última sociedad eran Dña. Leocadia. y D. Fernando; (iii) Dña. Leocadia era además administradora única de la citada mercantil; (iv) D. Antonio no tenía participación en Lelut Ponteraeas, S.L., ni consta que mantuviese relación laboral con la misma; (v) D. Antonio era funcionario y; (vi) Dña. Celestina y D. Antonio eran los progenitores de D. Fernando.

Así que la AP de Pontevedra concluye que si el fiador, D. Antonio, trabajaba como funcionario, no tiene por tanto relación o vinculación funcional con la mercantil destinataria del crédito, siendo únicamente el padre de uno de los dos socios y suegro de la otra socia y administradora única de la empresa. Motivo por el cual el juzgador considera que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que, realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a su entender a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses.

Determinado finalmente la AP, que el garante actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal.

#### 4. Comentario

El AAP de Pontevedra de 6 de abril es de una importancia capital. Hasta el momento, los garantes de créditos, préstamos o de cualquier tipo de obligación, tenían hartos de procedimientos de ejecución ordinaria o hipotecaria<sup>26</sup> invocar la protección de la legislación consumerista con la finalidad de oponerse al despacho de ejecución por la existencia de cláusulas abusivas (*ex art. 557.1.7º y 695.1.4º LEC respectivamente*) si el

---

<sup>26</sup> Además, la jurisprudencia mayoritaria de las AAPP niega que los fiadores tengan legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria (*vid. MARTÍN FABRA, J.M., ¿Ostenta el fiador legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria?*, Centro de Estudios de Consumo, enero de 2016, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/35/52.pdf>, [consulta: mayo 2016]).

prestatario u obligado principal no tenía la condición de consumidor *ex art. 3* TRLGDCU, en definitiva, si este era una sociedad mercantil, un empresario o un profesional. Por tanto, a partir de la publicación de ambas resoluciones, los garantes – fiadores e hipotecantes no deudores, tendrán una nueva vía para alegar la existencia de cláusulas abusivas como motivo de oposición en los procedimientos de ejecución, si estos han actuado con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional y carecen de vínculos funcionales con el obligado principal y aunque este no ostente la condición de consumidor, invocando el citado AAP de Pontevedra de 6 de abril de 2015 o el ATJUE de 19 de noviembre de 2015. La solución dada por sendos autos pueden obedecer a razones de justicia material, pero también es cierto, que no es óbice para no calificar como de consumo la actividad del garante de la obligación de una mercantil, un empresario o un profesional, que actúa con un *propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*, como fija tanto el TRLGDCU como la Directiva 93/33 CEE, y todo ello a pesar de ser la garantía accesoria de la obligación principal (*ex art. 1824 CC*). Sin embargo, a pesar de la aparición de este inédito argumento que podrá permitir a los sujetos que garantizan y respaldan obligaciones dinerarias de familiares no consumidores ser tutelados por la normativa consumerista, aquellos deberán ser cautos y diligentes a la hora de prestar su consentimiento en este tipo de operaciones y conocer muy bien el estado financiero del obligado principal, ya que en caso contrario pueden verse sorprendidos por una ejecución contra su patrimonio.