



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

**El asunto Opening llega al Tribunal Supremo  
(STS de 25 de noviembre de 2009):  
interpretación de la “gratuidad” del crédito y del  
“acuerdo previo, en exclusiva, entre prestamista y proveedor”**

Manuel Jesús Marín López\*  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Centro de Estudios de Consumo\*\*  
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha: enero de 2010

**I. Antecedentes.**

Son ya cientos las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales relativas a la interpretación y aplicación de los arts. 2.1.d) y 15.1.b) de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo (en adelante, LCC), relativos a la gratuidad del crédito y a la existencia de un acuerdo previo, concertado, en exclusiva, entre el prestamista y el proveedor de bienes o servicios para facilitar al consumidor la compra de ese bien o servicio mediante la obtención de un crédito.

La STS de 25 de noviembre de 2009 constituye la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo tiene que pronunciarse sobre la interpretación de estos preceptos, al hilo de la resolución de un supuesto típico de cierre de la academia de inglés Open English School.

En el caso de autos, numerosos alumnos de las academias Open Zara 1 y Open Zara 2, de Zaragoza, obtuvieron el dinero que necesitaban para pagar a la academia el precio del contrato de enseñanza de varias entidades de crédito. Queda acreditado que los alumnos nunca se personaban en las oficinas de las entidades financieras, y que no eran ellos quienes elegían la entidad de la que obtener el préstamo, sino que esta elección la realizaba la propia academia de enseñanza, que era quien ponía al alumno a la firma la solicitud de contrato de financiación.

Ante el cierre de la academia de enseñanza, la Asociación para la Defensa de los Impositores de Bancos y Cajas de Ahorro de Aragón (AICAR) interpone una demanda contra las dos academias de inglés y varias entidades de crédito (BSCH, Euro Crédito EFC, Pastor Servicios Financieros, y BBVA Finanzia). El Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza dicta sentencia el 13 enero 2004 (JUR 2004, 13884), que estima la demanda, y que contiene los siguientes pronunciamientos: 1) declarar la resolución de los contratos de enseñanza

---

\* [Manuel.Marin@uclm.es](mailto:Manuel.Marin@uclm.es); [www.uclm.es/profesorado/mjmarin](http://www.uclm.es/profesorado/mjmarin)

\*\* [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)

suscritos con Open Zara 1, S.L. desde el día 1 de septiembre de 2.002 y con Open Zara 2, S.L. desde el día 1 de mayo de 2.002, fechas en que cerraron los establecimientos y dejaron de cumplir unilateralmente los contratos de enseñanza; 2) declarar la ineficacia de los contratos de préstamo y cesión de créditos de las entidades financieras demandadas, para financiar los mencionados contratos de enseñanza, a partir de las fechas en que Open Zara 1 y Open Zara 2 cerraron sus establecimientos e hicieron imposible el cumplimiento de la prestación de los servicios objeto de dicha financiación; 3) condenar a las academias Open Zara 1 y Open Zara 2 a (en relación respectivamente a los concretos alumnos matriculados en cada una de dichas academias) devolver las cantidades percibidas de sus alumnos afectados por el incumplimiento unilateral de los contratos y que no pudieron finalizar los cursos contratados, en la cifra que se fije en ejecución de sentencia conforme a las reglas establecidas en el fallo, donde se distingue en función de que el alumno haya pagado el precio al contado (con recursos propios) o lo esté pagando aplazado o financiado; se condena, por tanto, a las academias a restituir la parte de las cantidades pagadas por el consumidor y que no se corresponden con servicios recibidos; 4) condenar a las entidades financieras que financiaron el contrato de enseñanza (mediante la concesión de créditos o mediante cesión de créditos) a devolver solidariamente con las academias las cantidades que, conforme se ha indicado en el punto anterior, éstas están obligadas a restituir a los alumnos; 5) declarar nulas las cláusulas de los contratos de financiación que los desvinculan de los de prestación de servicios cuando existe colaboración entre la entidad financiera y la prestadora del servicio financiado; 6) condenar a las demandadas al pago de los intereses legales de las cantidades a cuyo pago vengan obligadas y desde la fecha de liquidación de las mismas; 7) no procede imponer condena en costas.

Las cuatro entidades de financiación demandadas interponen recurso de apelación, que es parcialmente estimado. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 5ª) dicta sentencia el 7 de marzo de 2005 (JUR 2008, 200322) que, tras declarar la gratuidad del crédito al consumo y negar la existencia de la exclusividad entre prestamista y academia de inglés, considera nulos los contratos de financiación en aplicación del art. 4 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, por no haberse entregado por escrito el documento de revocación, y en consecuencia, dispone que los contratos de financiación se liquidarán entre las partes que los celebraron, debiendo concretarse en ejecución de sentencia cuál es la cuantía prestada y devuelta por cada uno de los prestatarios, de modo que éstos deberán restituir a su prestamista exclusivamente el importe de la cuantía que les prestó pero sin ningún tipo de interés. En definitiva, la SAP revoca parcialmente la sentencia de instancia, en concreto dejando sin efecto su apartado 4, y obligando a que la liquidación del contrato de préstamo se realice en los términos expuestos.

Interponen recurso de casación frente a esta sentencia la asociación demandante (AICAR) y la entidad Pastor Servicios Financieros. El recurso de la primera se compone de tres motivos: que el crédito no es gratuito, que existe un acuerdo previo en exclusiva entre prestamista y academia de enseñanza, por lo que hay que aplicar el art. 15.1 LCC, y que debe aplicarse también el art. 11 de la citada LCC. El recurso del Pastor Servicios Financieros se ciñe a un único motivo, en el que se alega la indebida aplicación por la Audiencia Provincial del art. 1.2 de la Ley 26/1991. El TS estima el primer recurso, y desestima el segundo.

## II. La “gratuidad” del contrato de crédito al consumo.

La SAP había establecido que los contratos de crédito concedidos por las entidades financieras están excluidos de la LCC, por tratarse de créditos gratuitos, excluidos del ámbito de aplicación de la citada Ley por su art. 2.1.d). Según la SAP, todos aquellos contratos de préstamo con interés pactado del 0 % son gratuitos, y quedan fuera de la Ley de Crédito al Consumo. De la prueba practicada no cabe concluir que el consumidor esté obligado a restituir al prestamista cantidad alguna distinta al capital prestado, ni ha quedado acreditado que el mayor coste de la financiación acabe repercutiendo, indirectamente y a través de la academia, en el consumidor.

El Tribunal Supremo estima el motivo alegado por la asociación recurrente en casación, y rechaza la argumentación de la sentencia de apelación. Se reproduce la argumentación utilizada por el Alto Tribunal:

“Por ello, la interpretación de las exclusiones contenidas en el artículo 2 de la referida Ley, al identificar el ámbito objetivo de aplicación de la misma, debe ajustarse al criterio teleológico a que responde o, dicho con otras palabras, no puede alejarse de la finalidad de la norma - artículo 3, apartado 1, del Código Civil.

Ello sentado, la naturaleza unitaria de la operación económica característica del crédito al consumo se traduce - pese a la pluralidad de contratos en que interviene el consumidor y de personas con las que se vincula - en la razonable afirmación de una conexión funcional, por la interacción de fines, entre las distintas relaciones jurídicas - en este caso, las nacidas de los contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza y de financiación -, que excluye la posibilidad de dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto.

La consecuencia es que baste con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de éste, para que la gratuidad respecto del consumidor, por más que expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión de la contraprestación pactada en el otro.

Lo expuesto lo dispone el párrafo segundo de la letra d) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 7/1.995 , en la redacción vigente desde la reforma por Ley 62/2.003, de 30 de diciembre , en relación con los " servicios de tracto sucesivo y prestación continuada ", aunque " la tasa anual equivalente, definida en los términos del artículo 18 de esta Ley , sea igual a cero ", si es que la concesión del crédito conllevarse " algún tipo de retribución por parte del proveedor de los servicios al empresario prestamista ". Pero, además, ya resultaba, durante la vigencia del texto anterior - que ha sido el aplicado en la sentencia recurrida -, de una correcta interpretación del precepto.

De vuelta a los hechos, debemos indicar que esa previsión de pago de intereses a la prestamista por parte de las proveedoras de servicios demandadas se ha declarado probada en la sentencia recurrida, en cuanto incluida en el acuerdo marco celebrado por una y otras.

Es más, del propio relato de hechos que la resolución recurrida contiene resulta la realidad de la repercusión en el patrimonio del consumidor de la retribución debida por las proveedoras, que desoyeron, por ánimo de lucro, lo pactado con la financiera en el mencionado acuerdo marco”.

En opinión del Tribunal Supremo, una vez acreditado que el proveedor de servicios y el prestamista han pactado que aquél abonará a éste una cantidad por la celebración del contrato de préstamo, el contrato de crédito al consumo no puede considerarse gratuito,

quedando pues sometido a la LCC. Y ello por la “aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión de la contraprestación pactada en el otro”. En consecuencia, no es necesario que se acredite que efectivamente se ha producido esa “repercusión” por el prestador del servicio en el patrimonio del consumidor, aunque en el caso de autos el TS considera que esa repercusión sí ha existido.

De este modo, queda zanjado el intenso debate surgido en la doctrina de las Audiencias Provinciales sobre el sometimiento o no del contrato en estos casos a la LCC<sup>1</sup>, y se asume por el Alto Tribunal una interpretación de la “gratuidad” similar a la que existe en la LCC tras la reforma operada por la Ley 62/2003 para el supuesto de que los contratos financiados sean “de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada”. Conforme a esta doctrina, ahora no puede aludirse sin más a la simple presunción de onerosidad del contrato de préstamo para considerarlo no gratuito, como han hecho muchas sentencias de Audiencias Provinciales; entre otras, SSAP Asturias, de 24 enero 2002 (JUR 2002, 73846), Zaragoza, de 7 febrero 2003 (AC 2003, 823), Castellón, de 27 septiembre 2004 (AC 2004, 1822).

En definitiva, el Tribunal Supremo sigue una interpretación que ya había sido asumida por un importante número de SSAP: Barcelona de 31 mayo 2005 (JUR 2005, 177233), Pontevedra, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794), La Coruña, de 3 marzo 2006 (JUR 2006, 113443), Madrid, de 24 septiembre 2008 (JUR 2009, 28269).

### **III. El acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre el prestamista y la academia de enseñanza.**

El art. 15.1.b) LCC exige, para que los dos contratos puedan considerarse vinculados, que entre el prestamista y el proveedor “exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste”.

Este precepto ha sido interpretado de manera muy variada por las Audiencias Provinciales, con el fin de proteger adecuadamente al consumidor prestatario<sup>2</sup>.

En el caso de autos, la Audiencia Provincial admite la existencia de un acuerdo marco entre la academia de inglés y cada uno de los prestamistas, pero niega la exclusividad de la relación, precisamente porque la academia de inglés ha celebrado varios acuerdos iguales con distintos prestamistas. Para la Audiencia, por tanto, hay exclusividad cuando el proveedor de bienes o servicios colabora únicamente con un determinado prestamista, de modo que si lo hace con varios, como es el caso, no habrá exclusividad. Como indica en su Fundamento Jurídico 10, “en un supuesto como el de autos en el que existe una pluralidad de acuerdos previos con distintas financieras, la afirmación de la exclusividad resulta jurídicamente indefendible”.

---

<sup>1</sup> Una exposición de esta doctrina jurisprudencial se contiene en mi libro *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pgs. 58 y ss.

<sup>2</sup> Sobre estas distintas interpretaciones, v. mi libro *Crédito al consumo...*, cit., pgs. 121 y ss.

En su recurso de casación, la asociación demandante entiende que sí concurre la exclusividad. El TS admite esta alegación, dedicando a ello los tres párrafos que se reproducen a continuación:

“La exclusividad, que, tras la reforma por Ley 62/2.003, de 30 de diciembre, no es exigida por el artículo 15 cuando los contratados sean "servicios de tracto sucesivo y prestación continuada" - al considerarse suficiente con que, "entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos, exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél" ofrezca "crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste" -, debería haberse hecho depender en la segunda instancia, no de criterios propios del funcionamiento del mercado relevante, sino de las efectivas posibilidades de que, razonablemente, hubiera dispuesto cada consumidor para optar por contratar con otro concedente de crédito distinto del señalado por las proveedoras y al que las mismas estaban vinculadas por un acuerdo previo.

La finalidad de la exigencia y la de toda la norma no puede ser otra que la de proteger la libertad de decisión del consumidor en la elección del financiador y, en caso de no haber gozado de ella, la de proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración, ya desde la génesis de la total operación.

En la propia sentencia recurrida, se aceptó la necesidad concreta de proteger la libertad de decisión de los consumidores, al aplicar a los contratos de financiación las normas de la Ley 26/1.991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos. En efecto, declaró el Tribunal de apelación que aquellos fueron el resultado de "prácticas comerciales... objetivamente agresivas", pues, quedando "el contrato de préstamo... solapado por el contrato principal", "la formación de la voluntad y consentimiento del prestatario" se formó "fuera del establecimiento mercantil del prestamista" e, incluso, "sin presencia de él", por medio del ofrecimiento, a la firma del contrato de enseñanza, de un documento impreso, librado por la financiera que había elegido la prestadora de los servicios, sin posibilidad de opción por otra por parte del consumidor que quisiera recibir la enseñanza" (FJ 2º).

Según el alto tribunal, existe exclusividad cuando el consumidor no es libre para elegir el concreto financiador con el que quiere celebrar el contrato de préstamo. Y no hay libertad si es la propia academia de enseñanza la que elige la entidad financiera que va a financiar la operación, y pone a la firma del consumidor el contrato de financiación. En el caso de autos, la libertad del consumidor es parcial: puede elegir entre pagar el curso al contado, o hacerlo mediante la financiación que obtiene de un tercero; pero en este caso el financiador será designado por la academia de inglés.

El Tribunal Supremo sigue así una amplia corriente jurisprudencial, según la cual es la falta de libertad del consumidor lo que le hace merecedor de protección jurídica. En este sentido es ejemplificadora la SAP Madrid, Secc. 14ª, de 1 marzo 2005 (JUR 2005, 111639): “el requisito de exclusividad del acuerdo previo alcanzado entre el proveedor y el financiador se fundamenta en la salvaguarda de la libertad del consumidor, que debe disfrutar de absoluta autonomía en la elección de la entidad financiera y condiciones de financiación, dentro del más amplio abanico que le ofrezca el mercado, con proscripción de toda constricción o interferencia imputable al proveedor que persiga predeterminar una elección que incumbe al cliente” (FJ 3º). Otras muchas sentencias se expresan en parecidos términos: SSAP Valencia, Secc. 9ª, de 16 septiembre 2004 (JUR 2005, 9261); Guipúzcoa, Secc. 1ª, de 20 septiembre 2004 (JUR 2004, 308888); Murcia, Secc. 4ª, de 21 noviembre 2006 (JUR 2007, 14386); Barcelona, Secc. 19ª, de 4 abril 2007 (JUR 2007, 271779); Madrid, Secc. 14ª, de 23 enero 2007 (JUR 2007, 157692); Murcia, Secc. 5ª, de 20 mayo 2008 (JUR 2008, 339166).

En mi opinión, esta interpretación de la “exclusividad” no es acertada, y debe rechazarse. En primer lugar, porque no toma en consideración las razones que fundamentan la necesidad de proteger al consumidor que estipula contratos vinculados; éste precisa de tutela jurídica, no porque se le imponga un determinado prestamista y carezca de la posibilidad de acudir a otras entidades de financiación, sino por constituir la operación, considerada en su globalidad, una única operación económica. Lo decisivo es que prestamista y proveedor colaboren planificadamente en ofrecer al consumidor la adquisición de un bien o servicio a cambio de su pago a plazos, siendo indiferente, a estos efectos, que el prestamista sea “impuesto” o “sugerido” por el proveedor. Por lo tanto también hay que proteger al consumidor aunque no se le imponga el prestamista que va a concederle crédito. En segundo lugar, porque esta interpretación limita excesivamente el ámbito de la vinculación contractual. De acogerse, muchos contratos financiados por terceros quedarían fuera del ámbito de los arts. 14.2 y 15 LCC. Y en tercer lugar, porque de admitirse esta tesis prestamistas y proveedores podrían actuar de tal modo que eviten *a priori* la aplicación de la ley: bastará con que el proveedor no imponga al consumidor el financiador con el que debe concertar el préstamo, sino que le ofrezca varios con quien contratarlo, para que sea el consumidor el que elija, o simplemente le permite obtener el préstamo del prestamista que él le ofrece o de cualquier otro que el consumidor se procure por su cuenta. En estos casos no se cercenaría la libertad del consumidor y, por tanto, no concurriría la exclusividad requerida por el art. 15.1.b) LCC.

A mi juicio, la exclusividad debe ser entendida como la colaboración del vendedor únicamente con un determinado prestamista. En el acuerdo previo, prestamista y proveedor pactan que éste *intentará* que el consumidor obtenga el crédito de ese prestamista. Cuando así sucede los contratos estarán vinculados. Por tanto, deben concurrir dos requisitos: (i) En primer lugar, se precisa la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, o más exactamente, que la celebración del contrato crediticio se haya producido debido a la colaboración existente entre los dos empresarios. (ii) En segundo lugar, es necesario que el vendedor colabore únicamente (exclusivamente) con ese prestamista, esto es, que no lleve a cabo relaciones de colaboración con otros financiadores. El dato decisivo es que el vendedor colabore *de hecho* con ese solo prestamista, independientemente de que el vendedor haya asumido o no frente al financiador la obligación de cooperar únicamente con él.

Esta interpretación presenta un gran inconveniente, relacionado con la prueba. El consumidor debe acreditar la concurrencia de los dos requisitos que conforman la conexión funcional. Así, en primer lugar tendrá que probar que existe una colaboración entre prestamista y proveedor; circunstancia ésta que podrá acreditarse mediante indicios objetivos de colaboración, como más adelante se expondrá. Pero, en segundo lugar, también debe probar la concurrencia de un hecho negativo: que el vendedor no colabora con otras entidades de financiación para facilitar a los consumidores la adquisición financiada de bienes. Y es aquí donde se plantea el problema, pues no puede exigirse a nadie la prueba de un hecho negativo, por constituir una prueba diabólica. Por tanto, ante la imposibilidad de que sea el consumidor el que pruebe un hecho negativo –en nuestro caso, la ausencia de colaboración con otras entidades de financiación–, se produce una alteración de la carga de la prueba. Será el prestamista el que, si quiere impedir la consideración de los contratos como vinculados,



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

tenga que probar que ese vendedor colabora con otros prestamista. En definitiva, es el prestamista quien tiene que acreditar que no existe la exclusividad.

Sin embargo, incluso así entendida, la configuración legal de la conexión funcional es inadecuada. Tiene sentido exigir que el contrato crediticio sea resultado de la colaboración planificada entre prestamista y proveedor, pero no se alcanza a comprender por qué ha de haber vinculación sólo en el supuesto de que el proveedor colabore únicamente con ese prestamista. La misma necesidad de protección tiene el consumidor tanto si el proveedor colabora únicamente con un prestamista como si lo hace con varios. Además, prestamistas y proveedores pueden actuar de tal modo que eviten *a priori* la aplicación de la Ley: bastará con que el vendedor colabore, siquiera sea ocasionalmente, con otro prestamista distinto a aquél con el que lo hace habitualmente. Así conseguirán eludir el requisito de la “exclusividad”. Como dicen las SSAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794) y Secc. 1ª, de 31 octubre 2007 (JUR 2008, 68191), “bastaría que uno solo de los contratos de financiación fuere concertado con una entidad distinta de la demandada -pudiendo ser incluso ambas afines o pertenecientes al mismo grupo empresarial- para, por ese simple y aislado acto, frente a todos los demás, innumerables y masificados, eludir siempre e indefinidamente la aplicación del precepto” (FJ 4º).

Lo ocurrido con el cierre de la academia de inglés Opening es buen ejemplo de lo que aquí se comenta. La academia facilitaba a los futuros alumnos la concesión de crédito de cuatro posibles entidades de crédito, con una de las cuales finalmente se concluía el contrato crediticio. El alumno podrá probar que el préstamo se ha obtenido debido a la colaboración planificada entre el prestamista y Opening, pero para el prestamista también será fácil acreditar que no concurre el acuerdo previo “en exclusiva”: bastará con demostrar que la academia de inglés no colabora únicamente con él, sino que lo hace también con otros prestamista.

Ante esta situación, las Audiencias Provinciales se han visto obligadas a elaborar “ingeniosas” interpretaciones de la exclusividad, con el fin de obtener una adecuada protección el consumidor. O incluso a admitir, expresa o implícitamente, la existencia de contratos vinculados fuera de la Ley de Crédito al Consumo, fundando la conexión funcional de los contratos en la doctrina de la causa, con apoyo en el Código Civil.

A la vista de lo expuesto, hay que concluir que se hace necesaria una reforma de la LCC, que elimine el requisito de la exclusividad para considerar los dos contratos vinculados, en la línea ya apuntada por la actual Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo.