

¿ES CONSUMIDOR EL QUE ADQUIERE UN BIEN O SERVICIO PARA DESTINARLO A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE SU HIJO?*

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 8 de enero de 2024

1. Los hechos de la STS 1594/2023, de 17 de noviembre de 2023

Luis Carlos celebra con la Caja Rural de Aragón un préstamo hipotecario de 138.000 euros cuya finalidad es, según se indica en la propia escritura pública, “la financiación de circulante” de la sociedad mercantil de su hija, titular de un negocio de hostelería. En el préstamo aparecen como fiadores solidarios la hija del prestatario y la pareja de esta. En el préstamo existe una cláusula suelo del 3,5 %.

El prestatario interpone demanda contra la entidad prestamista, en la que solicita que se declare la nulidad de la cláusula suelo, por no superar el control de transparencia material, y la devolución de los intereses indebidamente abonados.

El JPI nº 12 bis de Zaragoza estima la demanda, después de declarar que el prestatario tiene la condición de consumidor y que la cláusula suelo es nula por no superar el control de transparencia material y de abusividad. Esta solución es confirmada por la SAP Zaragoza (Secc. 5ª) 40/2020, de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:72).

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

La entidad prestamista interpone recurso de casación, que es estimado por la STS 1594/2023, de 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5014), siendo ponente la Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán.

2. La decisión del Tribunal Supremo: no es consumidor el prestatario que destina el capital a la actividad empresarial de su hijo

Como el propio Tribunal Supremo indica, la cuestión de fondo que debe resolverse es si tiene la condición de consumidor, en el sentido del art. 3 del TRLGDCU, el prestatario que celebra un préstamo con garantía hipotecaria (la hipoteca se constituye sobre un inmueble de su propiedad) con la finalidad de financiar circulante de la sociedad mercantil de su hija, titular de un negocio de hostelería.

El Tribunal Supremo establece que la respuesta ha de ser negativa: no tiene la condición de consumidor. Eso lleva a estimar el recurso de casación, desestimando la demanda, porque el control de transparencia de la cláusula suelo únicamente es posible cuando el prestatario es un consumidor, cosa que no sucede en el caso de autos.

El recurrente en casación (el prestamista) argumenta que el único objetivo del préstamo era financiar una actividad profesional o empresarial (el negocio de hostelería de su hija) y no la satisfacción de necesidades de consumo privadas del prestatario, razón por la cual no procede considerar al prestatario como consumidor.

El Tribunal Supremo acepta estos argumentos. Su razonamiento es el siguiente. En primer lugar, reproduce el concepto de consumidor contenido en el art. 3 TRLGDCU. Después enumera los criterios que la jurisprudencia del TJUE ha elaborado para calificar a una persona como consumidora, transcribiendo algunos extractos de la STJUE 14.2.2019 (asunto C-630/17), en concreto los siguientes:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).



"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C- 269/95, apartado 17)".

A continuación cita la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), indicando que esta sentencia "objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación"; posición esta que, según el Tribunal Supremo, se reitera en los autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15) y 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16). Añade el alto tribunal que "este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero, entre otras".

Aplicando esta doctrina al caso de autos, la STS 17.11.2023 sentencia establece lo siguiente (FJ 2º, apartado 2.2):

"En el caso que juzgamos, ha quedado acreditado en la instancia que quien contrató el préstamo fue una persona física para financiar una actividad empresarial de hostelería. Por tanto, atendiendo al criterio objetivo de la operación, de acuerdo con la jurisprudencia, no podemos concluir que el prestatario actuara como un consumidor, pues el propósito del préstamo no era financiar su necesidad privada como consumidor, sino una actividad empresarial. Es irrelevante tanto que el prestatario no fuera socio o administrador de la sociedad titular del negocio, como que fuera trabajador por cuenta ajena, pues lo relevante es la finalidad de la operación que concertó como prestatario, que no es incompatible con el desarrollo de una actividad laboral por cuenta ajena. Al

no entenderlo así la sentencia recurrida es incorrecta y el primer motivo del recurso de casación debe ser estimado”.

3. Análisis crítico de la sentencia

La pregunta a la que se enfrente el Tribunal Supremo tiene dos respuestas posibles.

Cabe sostener, en primer lugar, que sí es consumidor el prestatario que obtiene el capital para financiar la actividad empresarial de su hija. El art. 3.1.I TRLGDCU define al consumidor como la persona física “que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. En el caso que se examina, el prestatario no destina el préstamo, ni directa ni directamente, a una actividad empresarial suya. El contrato de préstamo se celebra al margen de cualquier actividad empresarial del padre, por lo que ha de reputarse consumidor. De este modo, ayudar a una hija forma parte de las necesidades o incumbencias personales del prestatario, y no sirven para desvirtuar la condición de consumidor del prestatario. Frente a esta tesis cabe argüir, en segundo lugar, que el precepto mencionado también permite entender que lo relevante no es si la actividad empresarial va a desarrollarla personalmente el prestatario, sino si el préstamo sirve para una actividad empresarial, sea del prestatario o de un tercero al que él entrega el capital prestado.

Aunque la cuestión es dudosa, me parece más adecuada esta segunda tesis, por lo que entiendo que el Tribunal Supremo ha resuelto el asunto correctamente.

Un examen adecuado de la materia obliga a partir de la definición de consumidor persona física en el art. 3.1 TRLGDCU: persona física que actúa “con un propósito ajeno a su actividad empresarial”. Este concepto hay que interpretarlo conforme a la jurisprudencia del TJUE. El TJUE ha asumido una interpretación restrictiva del concepto de consumidor, y ha fijado la siguiente regla: “solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico [de protección de consumidores]... mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional” (SSTJUE 25.1.2018 y 14.2.2019).

La aplicación de esta máxima permite llegar a las siguientes conclusiones:

1.- No es consumidor el sujeto que celebra un contrato relacionado de manera indirecta con la actividad empresarial; por ejemplo, el vendedor de muebles que contrata a una empresa de pintura para que pinte de color blanco las paredes del local comercial. La actividad de ese sujeto es la venta de muebles (esa es “su” actividad empresarial), y como el contrato con la empresa de pintura nada tiene que ver con esa actividad empresarial, podría concluirse que debe ser considerado consumidor el que contrata con esa empresa. Sin embargo, esta solución debe rechazarse. Ese contrato no se celebra “fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado”, por lo que no se trata de un contrato de consumo. El Tribunal Supremo expresamente ha asumido esta interpretación: “lo determinante, conforme al art. 3 LGDCU, es la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente” (STS 26.10.2022).

2.- No es consumidor quien adquiere un bien o servicio relacionado con una actividad empresarial que se prevé para el futuro, esto es, para una actividad empresarial que todavía no se ha iniciado (SSTJUE 3.7.1997 y 14.2.de 2019; STS 11.4.2019).

En definitiva, lo decisivo es que el contrato se celebre al margen de una actividad empresarial, presente o futura, y de que sirva o no para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del contratante.

Estos mismos argumentos pueden justificar que no se considere consumidor al prestatario que destina el dinero a la actividad empresarial de su hija. En esta hipótesis es cierto que el prestatario no celebra el contrato para una actividad empresarial personal, pues ni directa ni indirectamente el contrato se enmarca en una actividad empresarial propia. Pero es evidente que el préstamo sí se destina a una actividad empresarial (la de la hija), y que el capital prestado no se utiliza para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del prestatario. Entregar dinero a la hija para que lo utilice en su empresa (para adquirir bienes destinados a la empresa, abonar facturas o pagar salarios a sus trabajadores) no es consumo privado del prestatario. Cuando el padre contrata el préstamo no lo hace al margen de una actividad empresarial y para satisfacer sus necesidades de consumo. Lo hace para financiar la empresa de la hija. Como indica la STS 17.11.2023, “el propósito del préstamo no era financiar su necesidad privada como consumidor, sino una actividad empresarial”.



Hay que atender a la finalidad objetiva de la contratación. Si es satisfacer necesidades de consumo privado, eres consumidor. Pero si es destinar el bien o servicio adquirido a una actividad empresarial, no se aplica la normativa de consumo, con independencia de que esa actividad empresarial sea propia (del contratante) o ajena, o que ya esté en marcha (presente) o se prevea para el futuro.

Conforme a esta argumentación, es igualmente irrelevante si la actividad empresarial a la que se destina el capital prestado es la de una hija o la de otra persona. La relación de parentesco entre el padre y la hija ni elimina ni atribuye la condición de consumidor al prestatario. Lo decisivo es la finalidad empresarial del préstamo concedido.

Podría contraargumentarse que la tesis aquí defendida es incongruente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la condición de consumidor del fiador o garante. Según el Tribunal Supremo, para que el fiador o garante pueda considerarse consumidor es necesario que actúe al margen de una actividad empresarial (esto es, que no sea una actividad empresarial suya la de conceder fianzas o garantías) y que no existan vínculos funcionales entre el fiador y el deudor principal. El Tribunal Supremo se ha ocupado de este asunto en numerosas sentencias (SSTS 7.11.2017, 28.5.2018, 3.7.2018, 28.5.2020, 12.11.2020, 19.4.2021, 26.10.2022), que se basan, a su vez, en resoluciones previas del TJUE (STJUE 3.9.2015, AATJUE 19.11.2015, 14.9.2016, 27.4.2017). No hay vinculación funcional en los siguientes casos (STS 12.11.2020): cuando el fiador persona física no tiene cargo orgánico o societario alguno que le vincule con la sociedad deudora, no tiene una participación significativa en dicha sociedad, no está casado en régimen de gananciales con el deudor principal, no responde de las deudas de su cónyuge en régimen de separación de bienes y no desempeña actividad profesional relacionada con la operación afianzada. En aplicación de estas reglas, se ha señalado que son consumidores los fiadores (padres) de una prestataria (hija) que había solicitado un préstamo para adquirir unas participaciones de una cooperativa en la que desempeñar su actividad profesional (STS 19.4.2021).

La doctrina de la vinculación funcional está diseñada para los casos del fiador o garante, que es un sujeto que celebra con el empresario un contrato distinto (contrato de garantía) al que estipula el deudor principal (préstamo). Esta doctrina no aparece en el art. 3 TRLGDCU, ni se deduce de su texto, porque por definición el fiador que avala a un tercero no realiza con el acreedor ningún contrato en virtud del cual aquél (el fiador) satisfaga una necesidad personal. Por eso la averiguación de si es o no consumidor debe realizarse conforme a otros parámetros, y es en ese ámbito en el que el TJUE (y después el Tribunal Supremo) ha desarrollado la doctrina de la vinculación funcional. Sin



embargo, en el caso que nos ocupa no se ha celebrado un contrato de fianza o de garantía, sino únicamente un contrato de préstamo hipotecario. Y aquí el art. 3 TRLGDCU sí puede aplicarse con todo su alcance. En consecuencia, en el caso resuelto por la STS 17.11.2023 es irrelevante si el prestatario tiene vínculos funcionales con la empresa de su hija. Aunque no los tuviera (y eso es el supuesto de hecho de la sentencia), no podría reputarse consumidor. Eso es lo que parece querer decir la propia sentencia, cuando señala que “es irrelevante tanto que el prestatario no fuera socio o administrador de la sociedad titular del negocio, como que fuera trabajador por cuenta ajena”.

Existe un último argumento favorable a la tesis que sostengo: la congruencia del modelo y la evitación de actuaciones fraudulentas. Si la hija solicita directamente el préstamo hipotecario no podría reputarse consumidora, y en consecuencia no podría solicitar la nulidad suelo del préstamo por falta de transparencia material. Sin embargo, si el prestatario es el padre y se le considera consumidor, podrá obtener la nulidad de la cláusula suelo. No hay razones para que, destinándose el préstamo en ambos supuestos a una actividad empresarial, en este segundo caso sea aplicable la normativa de protección de consumidores, y no en el primero. En esta situación, padre e hija podrían confabularse para que sea el padre, y no la hija, el que contrate el crédito, aunque en la práctica luego sea la hija la que abone las cuotas de amortización (pago por un tercero, art. 1158 CC).

La interpretación asumida es congruente con la jurisprudencia del TJUE. Pero el legislador español y la jurisprudencia tienen las manos libres para “ampliar” el concepto de consumidor establecido en la normativa europea, para que estas reglas se apliquen a sujetos que, según el derecho comunitario, no son consumidores. Por eso, no es contrario a la Directiva europea de cláusulas abusivas que en el derecho español se repute consumidor al prestatario que celebra el contrato para financiar la actividad empresarial de un tercero. El legislador español o el Tribunal Supremo podría establecer que se trata de un consumidor, y ello no vulneraría la Directiva 93/13/CE.