



## **LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS CON DOBLE FINALIDAD (PERSONAL Y EMPRESARIAL). LA STS DE 5 DE ABRIL DE 2017\***

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

*Fecha de publicación: 19 de abril de 2017*

### **1. Introducción**

En los últimos meses el Tribunal Supremo está llevando a cabo una “elaboración” del concepto de consumidor en nuestro derecho privado, abordando cuestiones que no están expresamente resueltas en la definición “legal” de consumidor contenida en el art. 3 del TRLGDCU. En esta línea, la STS 16/2017, de 16 de enero (RJ 2017, 22) analizaba si podía reputarse consumidor a la persona física que adquiere un bien con ánimo de lucro, respondiendo que así debía ser, salvo que lo haga con habitualidad (una breve nota sobre esta sentencia, en “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, nº 20, pp. 204 y ss.).

La STS 224/2017, de 5 de abril de 2017 (nº de recurso 2783/2014, de la que es ponente el mismo Magistrado (D. Pedro José Vela Torres) se ocupa de otra materia de indudable importancia: ¿puede considerarse consumidor al que adquiere un bien para fines mixtos, esto es, para destinarlo a satisfacer tanto necesidades personales como empresariales? Es esta la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo analiza esta cuestión. Por eso se trata de una sentencia importante.

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, “Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo”, dirigido por el prof. Ángel Carrasco Perera (ref. DER2014-56016-P).



## 2. Supuesto de hecho y la solución adoptada en las distintas instancias judiciales

En junio de 2005 un ciudadano (llamado Bernardino en la sentencia publicada en CENDOJ, y Luis Alberto en la SAP publicada en Aranzadi), suscribe un préstamo hipotecario con la Caja de Ahorros de Galicia (actualmente, NCG Banco S.A.) por importe de 540.000 €. En el contrato de préstamo se incluía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (una cláusula suelo), según la cual el tipo de interés aplicable en cada periodo no podía exceder del 10 % ni ser inferior al 3 %.

Queda acreditado que el prestatario destina el dinero obtenido mediante préstamo a la reconstrucción de los edificios que había en su finca rústica (o demolición de los que había y reconstrucción de otros). De esos edificios uno se dedica a la explotación en régimen de alquiler de viviendas, mientras que otro de esos edificios constituye su vivienda habitual.

El prestatario interpone una demanda solicitando la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao dicta sentencia el 20 de diciembre de 2013 en la que estima íntegramente la demanda.

El recurso de apelación presentado por la entidad prestamista es estimado por la SAP Vizcaya (Secc. 4ª) de 30 de julio de 2014 (JUR 267776). La sentencia utiliza la siguiente argumentación:

“En el caso, en la demanda no se especifica en qué condición actuó el actor cuando solicitó el préstamo si como consumidor o empresario, o, lo que es lo mismo, si el dinero prestado estaba destinado al uso familiar o una actividad empresarial, únicamente se señala que la finca hipotecada constituía el domicilio familiar del concursado.

Pues bien, aunque en la escritura de constitución de hipoteca y en las ulteriores de ampliación se señala que el actor tenía su domicilio en la casa situada en el nº NUM000 de la c/ DIRECCION 000, en el padrón de habitantes de Leioa figura que D. Luis Alberto y su familia se dieron de alta en la referida vivienda en abril de 2012.

Y la circunstancia de constituir la finca hipotecada el domicilio familiar del demandante no excluye que el Sr. Luis Alberto actuara como empresario al contratar el préstamo, pues cualquier persona puede constituir una hipoteca sobre sus bienes



para garantizar obligaciones propias o de un tercero y, consecuentemente, un empresario puede constituir una hipoteca sobre un bien extraño a la empresa en garantía de una obligación contraída en el ámbito de la actividad empresarial sin que ello incida en la obligación garantizada, proceder no infrecuente en el ámbito negocial cuando la empresa carece de bienes suficientes que ofrecer como garantía del cumplimiento de obligaciones.

De otra parte, en la vivienda gravada se encuentra el centro de las actividades empresariales del Sr. Luis Alberto. El Auto de fecha 16 de marzo de 2011 que declara el concurso voluntario de D. Luis Alberto recoge en el antecedente de hecho segundo que en la solicitud de concurso se afirma que el deudor tiene el centro principal de sus actividades en el DIRECCION000 NUM000, que coincide con el lugar de su domicilio. Y en el informe emitido por la Administración concursal en el concurso voluntario de la persona natural D. Luis Alberto se indica que el Sr. Luis Alberto tiene dos actividades profesionales, ganadero y arrendamiento de habitaciones en distintos inmuebles; la explotación ganadera a la que destina dos terrenos con una superficie total de unos 12.000 metros cuadrados con pabellones incluidos y que solamente está activa en un terreno de unos 4.170 metros cuadrados, y la otra actividad, el arrendamiento por habitaciones, en una de las dos casas situadas dentro del mismo terreno (la otra está destinada a residencia del matrimonio). En el apartado del informe dedicado a valoración sobre viabilidad patrimonial se señala que los ingresos por alquileres que se obtienen en las propiedades inmobiliarias con hipotecas bancarias son muy inferiores a las obligaciones crediticias por los créditos concedidos.

Y el dinero del préstamo no se destinó a la compra de la finca gravada con hipoteca en garantía del cumplimiento de las obligaciones dimanantes del préstamo, que es lo que se afirma en el escrito de oposición al del recurso de apelación formulado de contrario. En la escritura del primer préstamo y en las sucesivas ampliaciones se recoge que la CASA000 entonces ya era propiedad de D. Luis Alberto, quien la había adquirido por donación de su madre, D.<sup>a</sup> Almudena . Y del contenido de la escritura de préstamo que se otorgó el 10 de junio de 2005 en Las Arenas ante el Notario D. Mariano Javier Gimeno Gomez-La Fuente y, en particular, de la cláusula octava con relación con el exponiendo primero resulta que el préstamo se concedió para la reconstrucción de los edificios que había en el recinto de la finca (o demolición de los que había y construcción de otros) y de los que uno se dedica en su integridad a la explotación en régimen de alquiler por habitaciones.

Por tanto, habiéndose empleado el dinero obtenido de la entidad actora, al menos en parte, a la construcción de un edificio que el demandante tenía previsto dedicar a una actividad empresarial, alquiler de habitaciones, el demandante no merece la consideración de consumidor en el concepto que emplea la legislación protectora de consumidores”.



Como el prestatario no es consumidor, según la AP, no cabe control de contenido, y tampoco control de transparencia, razón por la cual la demanda es desestimada.

### **3. La doctrina del Tribunal Supremo**

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el prestatario, al entender, al igual que la AP, que el prestatario no es consumidor.

El Fundamento Jurídico 3º de la STS, bajo la rúbrica de “condición legal del consumidor”, expone la definición de consumidor en la vieja Ley de 1984, y cómo el concepto actual del art. 3 TRLGDCU procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGDCU y también en otras Directivas que no se han incorporado al TRLGDCU. Asimismo señala, siguiendo lo que ya sostuvo en la STS de 16 de enero de 2017, que otras textos internacionales han acogido esa misma concepción.

Pero es el Fundamento Jurídico 4º el que se ocupa de la “condición de consumidor en los contratos con doble finalidad”. El razonamiento del Tribunal Supremo se divide en tres partes.

En primer lugar se plantea la cuestión controvertida, indicando cómo ni la vieja Ley de 1984 ni el nuevo TRLGDCU dan una respuesta expresa:

“1. Sobre esta noción de consumidor, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el art. 1 LGDCU ni el actual art. 3 TRLGDCU contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor (pues a veces usa el bien o servicio para fines personales); que nunca lo es (ya que lo usa para fines profesionales); o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal”.

En la segunda parte se expone la solución contenida en el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE y algunas sentencias del TJUE, que deben servir de guía en nuestro derecho:

“2. La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda



expresamente este problema en su articulado. Pero en su considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así, en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) se consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la sentencia).

A su vez, la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) estableció:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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 al respecto 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 abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete».

En esta sentencia, el TJUE recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva 93/13/CEE, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y que como tal consumidor, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Y, al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el TJUE que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio.

Y el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcău), en su apartado 27, recalcó:



«A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión»”.

Por último, se acoge el criterio del objeto o finalidad predominante como el más adecuado para determinar si el prestatario debe ser considerado o no consumidor:

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

El Fundamento Jurídico siguiente (el 5º) aplica esta doctrina al caso enjuiciado, para concluir que el prestatario no es consumidor:

“1. Sobre tales bases legales y jurisprudenciales, la sentencia recurrida considera probado que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó primordialmente, entre otros fines, para reparar y acondicionar todo un edificio para dedicarlo a negocio de alquiler inmobiliario.

2. En consecuencia, de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, y de las sentencias y el auto del TJUE antes citados, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor. Razones por las cuales ha de desestimarse el recurso de casación, puesto que la sentencia recurrida se adapta a tales criterios”.



#### 4. Análisis crítico de la doctrina del Tribunal Supremo

En términos generales comparto el discurso argumentativo del Tribunal Supremo, aunque discrepo respecto a la solución que ofrece.

Es cierto que ni la vieja Ley de 1984 ni el TRLGDCU se ocupan expresamente de regular qué sucede cuando el crédito sirve al mismo tiempo para satisfacer necesidades personales y comerciales o profesionales. Tampoco aborda esta cuestión el art. 2 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, que define al consumidor en términos muy parecidos al art. 3 TRLGDCU, pero sin precisar qué sucede cuando el crédito se destina a fines mixtos. Lo mismo cabe predicar del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Cuando, como en el caso que conoce el TS, se trata de un préstamo, en rigor deben distinguirse dos situaciones. Conforme a una primera hipótesis, puede ocurrir que del total del importe del crédito, una porción se emplee para finalidades personales y otra para actividades comerciales. En tal caso, sólo la parte que se destina a satisfacer necesidades personales estará sometida a la LCCC. Pero como la concesión del crédito se hace en un único contrato, éste debe cumplir los requisitos de forma y contenido del art. 16 LCCC.

También puede suceder, como segunda hipótesis, que todo el importe del crédito se emplee en la adquisición de un bien que se destina tanto a fines privados como a fines comerciales; pe., con el dinero prestado se adquiere un ordenador portátil que el prestatario utiliza de lunes a viernes en su empresa, y los fines de semana para su uso personal. Este es precisamente el supuesto que analiza la STS.

Como he sostenido en otro lugar [“El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, nº 9, pp. 12 y 13; y “Comentario al art. 3”, en M. J. MARÍN LÓPEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 119], y ahora establece la STS que se comenta, en ausencia de una norma expresa que en nuestro derecho se ocupe de esta materia, lo más adecuado es seguir el criterio adoptado por el Considerando de la Directiva 2011/83/UE y por la jurisprudencia del TJUE. Así lo entiende también la doctrina más autorizada (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 3”, en R. BERCOVITZ, (Coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 66; S. CÁMARA



LAPUENTE, “Comentario al art. 3”, en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011, pp. 146).

La sentencia relevante a estos efectos es la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01. La STS cita también otras resoluciones del TJUE (en concreto, la STJUE de 3 de septiembre de 2015 y el ATJUE de 19 de noviembre de 2015), que sin embargo tienen menos importancia para el caso concreto que se analiza. La primera porque aclara que un abogado que solicita un crédito puede ser consumidor si el destino del crédito es personal y no profesional; y ello aunque el préstamo esté garantizado con una hipoteca que grava un inmueble propiedad del bufete de abogados. La segunda considera consumidor al sujeto que presta fianza cuando no lo hace en el marco de una actividad profesional (fianza dada por un consumidor). En consecuencia, aunque estas dos resoluciones se refieren también al concepto de consumidor, no abordan expresamente el problema de la persona que destina el bien (el préstamo) a fines mixtos.

La STJCE de 20 de enero de 2005 tiene por objeto la interpretación del art. 13, párrafo primero, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se trata de un precepto de derecho procesal, que sirve para determinar el tribunal competente cuando una de las partes es un consumidor. Establece la sentencia que “una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar los artículos 13 a 15 del Convenio [esto es, no puede considerarse consumidor] salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional”.

Esta STJCE acoge una noción restrictiva de consumidor: es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado. Por lo tanto, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo o insignificante. Lo afirma con claridad la sentencia: es irrelevante el hecho de que predomine el fin particular. Pues aunque predomine, si el fin comercial no es marginal, no puede considerarse consumidor. Por ejemplo, si el uso personal es de un 70 % y el profesional de un 30 %, aunque el uso principal o predominante sea el personal, no puede calificarse de consumidor, pues el uso profesional no es mínimo o



insignificante (al tratarse de un 30 %). ¿Dónde se pone el límite? ¿A partir de qué porcentaje el uso profesional es marginal? ¿Un 10 %, un 5 %? La sentencia no lo aclara, pero un uso marginal es, por definición, un uso muy escaso.

En el plano normativo, ninguna Directiva sobre protección de consumidores regula qué sucede en caso de adquisición de bienes o servicios con fines mixtos. Tampoco lo hace la Directiva 2011/83/UE, que define en su art. 1.a) al consumidor de manera similar a otras Directivas. Sin embargo, su Considerando 17 dispone que en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona “y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”. Una redacción muy parecida se recoge en el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/CE, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles: “la definición de “consumidor” debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor”.

¿Qué significa que “el objeto (fin) comercial sea tan limitado que no predomina”? La expresión no es muy afortunada. La lectura del texto en su versión inglesa (“the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract”), alemana (“ist der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend”), italiana (“lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì esse”) o francesa (“lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu’elle n’est pas prédominante dans le contexte global du contrat”) no aclara las cosas.

Hay dos formas de interpretar esta expresión. Cabe sostener que el legislador comunitario ha querido seguir la doctrina contenida en la STJCE de 20 de enero de 2015, o puede defenderse que el Considerando asume el criterio del fin predominante (es consumidor si el fin preponderante es privado, pero no lo es si el fin predominante es comercial). ¿Cuál de estas dos es la que acoge el Considerando? En mi opinión, la primera interpretación [en este mismo sentido, R. BERCOVITZ



RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 3”, *cit.*, pp. 66]. Esta es también la tesis que asume la STS de 5 de abril de 2017: después de reproducir el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, afirma que “ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando, *que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria*” (la cursiva es mía), citando a continuación la STJCE de 20 de enero de 2005 (FJ 4º, ap. 2). Así resulta también del FJ 5º, cuando establece que “en consecuencia, de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del considerando 17 de la Directiva... y de las sentencias y el autor del TJUE antes citados”, de donde se infiere que la STJCE y el Considerando 17 definen de manera semejante cuándo se es consumidor.

Llegados a este punto, la STS hace un giro argumentativo de difícil explicación. Si se admite que, según la doctrina del TJUE y el Considerante de la citadas Directivas, únicamente se es consumidor cuando el destino comercial es marginal (insignificante) en comparación con el destino personal, e igualmente se acepta como premisa que este concepto de consumidor es el que debe regir en el derecho español [y ambas premisas son admitidas por el TS], necesariamente debe concluirse que la solución alcanzada por el TS es inadecuada.

En efecto, el TS asume el criterio del objeto o fin predominante: “el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato”. Según el Diccionario de la RAE, predominar significa “prevalecer, preponderar”; y también, “dicho de una cosa, ser más abundante en cantidad, en número o en intensidad que otra u otras”. En consecuencia, que el fin no comercial predomina significa que es más abundante (que es más del 50 %) que el fin personal. O expresado a la inversa: se es consumidor si el fin personal predomina (es más del 50 %) que el fin comercial.

Como se ha indicado, el criterio del fin predominante no es el criterio acogido en la STJCE de 20 de enero de 2005. Conforme a esta sentencia, para ser consumidor no basta con que el criterio personal sea superior al 50 % frente al criterio comercial, sino que este criterio comercial ha de ser marginal o insignificante.

Si el Tribunal Supremo quería asumir el criterio del fin predominante, podría haber argumentado de otro modo. Podría haber defendido, por ejemplo, que el concepto restrictivo de “consumidor” acogido en la citada STJCE tiene su sentido en el derecho procesal de consumo (que es el que se analiza en la mencionada STJCE), pero que no debe ser tomado en consideración en el derecho sustantivo o material de



consumo (como sostiene M EBERS, “¿Quién es consumidor?”, *ADC*, 2006, vol. 1, pp. 237), por aplicación de la regla *pro consumatore* o del art. 51 CE. Podría haber sostenido que el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE tiene una interpretación distinta que no casa bien con la doctrina sentada en la citada STJCE. O incluso haber asumido que el Considerando no tiene carácter “normativo” y que, por tanto, no “vincula” al derecho nacional. Pero lo que no cabe sostener es que en el derecho español el concepto de consumidor es el que deriva de la STJCE de 20 de enero de 2005, y luego separarse de esa doctrina y adoptar el criterio del fin predominante.

En conclusión, si hasta la fecha se había sostenido por la doctrina más autorizada que es consumidor aquel que actúa con fines mixtos, siempre que el fin empresarial sea marginal o residual respecto al fin personal (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 3”, *cit.*, pp. 66; S. CÁMARA LAPUENTE, “Comentario al art. 3”, *cit.*, pp. 146), el TS entiende ahora que ha de estarse al fin predominante, por lo que es consumidor si el fin personal predomina sobre el comercial (es mayor que el comercial).

Una última reflexión: si el Tribunal Supremo se desvía del concepto de consumidor acuñado en la citada STJCE de 2005, ¿no hubiera sido más adecuado plantear una cuestión prejudicial, para que el TJUE se pronuncie si la tesis sostenida por nuestro más alto tribunal es conforme al art. 2.b) de la Directiva 93/13/CEE, que es el que define al “consumidor”?