

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE

**Cláusulas suelo y otras
cláusulas hipotecarias
abusivas: soluciones
judiciales y extrajudiciales**

Actualizado a 8 de febrero de 2017

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

JOSÉ LUIS GÓMARA HERNÁNDEZ
Abogado del Estado

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-16924-34-9
Depósito legal: M-5227-2017
Impreso en España por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>Nº marginal</u>
Introducción	
Capítulo 1. Contratos celebrados con consumidores	100
Capítulo 2. Condiciones generales de contratación en los contratos celebrados con consumidores.....	500
Capítulo 3. Transparencia en los contratos Bancarios	800
Capítulo 4. Cláusulas suelo	1300
Capítulo 5. Otras cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario.....	1600
Capítulo 6. Procedimientos extrajudiciales de Reclamación	2100
Capítulo 7. Procedimientos judiciales de Reclamación.....	2600
Formularios	5000

Abreviaturas

AECOSAN	Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
AUSBAN	Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios
BE	Banco de España
CC	Código Civil
Const	Constitución Española
D	Decreto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir	Directiva
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
L	Ley
LEC	1/2000 de enjuiciamiento civil
LGT	L 58/2003, general tributaria
LH	L 8-2-1946 hipotecaria
LOPJ	L Orgánica 6/1985, del poder judicial
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RH	D 14-2-1947 que aprueba el Reglamento hipotecario
RPTJUE	Rgto 29-9-12 de procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Resol	Resolución

Introducción

En los últimos meses hemos asistido a una dinámica y abundante normativa y pronunciamientos jurisdiccionales que afectan a la **contratación bancaria**, en masa, con los consumidores. En particular, la incorporación a los contratos de préstamos con **garantía hipotecaria** de condiciones generales de contratación está siendo objeto de revisión en profundidad tanto por los tribunales nacionales, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

De esta forma, no es suficiente el conocimiento por el consumidor de una cláusula, sea una condición general o condición particular, como requisito previo al consentimiento sin el cual no obligaría a ninguna de las partes. Es preciso realizar, en el caso de las **condiciones generales** un doble control, el de incorporación y el de transparencia para que formen parte del contrato.

El **control de incorporación** requiere que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El doble control consiste en que, además de este control de incorporación, documental o gramatical, el **control de transparencia** sirva al consumidor-adherente para que pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone el contrato, como la «carga jurídica» del mismo. Es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (TS 9-5-13, EDJ 53424 y 24-3-15, EDJ 44467).

Los bienes jurídicos **objeto de protección** en la regulación de las condiciones generales de contratación son: la necesaria tuición del consumidor-adherente, parte débil en este modo contratar y la mejor defensa y equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes. La cláusula abusiva constituye el hecho determinante de la lesión de estos bienes e intereses jurídicos objetos de tutela; de ahí el deber de suprimirlas y expulsarlas del tráfico patrimonial (TS Sala 1ª 3-6-16, EDJ 78893).

Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de **intereses variables**, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos:

- a)** el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (siendo el euribor a un año el más habitual); y
- b)** el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia (TS 9-5-13, EDJ 53424).

La sentencia TS Pleno 9-5-13, EDJ 53424 declaró **abusivas**, y anuló, las **cláusulas suelo** impugnadas mediante acción colectiva y ha sido determinante para el devenir de este tipo de cláusulas incorporadas a los préstamos con garantía hipotecaria. Sin embargo, dicha sentencia estableció un **efecto temporal limitado** de dicha anulación, confirmado por la TS Pleno 25-3-15, EDJ 44468. De esta forma se consideró que la nulidad de las cláusulas suelo no afectaría a las

situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados con anterioridad a la fecha de aquella sentencia, 9 de mayo de 2013.

Las dudas interpretativas sobre la compatibilidad de este efecto temporal limitado que el Tribunal Supremo asoció a la anulación de las cláusulas suelo consideradas abusivas motivó que se plantearan varias **cuestiones prejudiciales ante el TJUE** sobre la compatibilidad de dicho criterio con la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La TJUE Gran Sala 21-12-16, resuelve acumuladamente estas cuestiones, concluyendo que la **limitación en el tiempo** de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo equivale a privar a todo consumidor que hubiera celebrado antes de 9-5-2013 un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula suelo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria.

Ante la publicación de esta última sentencia, y en previsión de una importante litigiosidad en los tribunales, el **Gobierno** ha aprobado el RDL 1/2017 de **medidas urgentes de protección de consumidores** en materia de cláusulas suelo. El RDL 1/2017 establece un mecanismo extrajudicial para la reclamación de los consumidores afectados por las cláusulas suelo. Este mecanismo se inspira en la voluntariedad a la hora de acceder a un procedimiento de **solución extrajudicial** con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, sin coste adicional para el consumidor y de carácter imperativo para las entidades de crédito.

Asimismo, a la luz de la Directiva 93/13, los tribunales han declarado abusivas **otras cláusulas** incorporadas a préstamos hipotecarios como condiciones generales impuestas al consumidor. Es el caso de las cláusulas de **vencimiento anticipado**, que prevén la posibilidad de declarar vencido el préstamo en caso de un incumplimiento parcial en el pago de las cuotas de la hipoteca, con obligación de devolución de las cantidades adeudadas exigibles por un procedimiento ejecutivo. También se han declarado abusivas las cláusulas que fijan **intereses de demora** desproporcionados para los intereses de los consumidores y ciertas cláusulas que imponen al consumidor el coste de los **gastos preparatorios**, de notaría, e impuestos, para la constitución e inscripción en el registro de la propiedad de los mismos préstamos hipotecarios.

También se analizan en esta obra los mecanismos que el Derecho ofrece para impugnar y hacer valer la impugnación de las cláusulas suelo y del resto de cláusulas abusivas en la contratación bancaria con consumidores. A estos efectos se analizan los **mecanismos extrajudiciales** que el consumidor tiene a su disposición, como es el mecanismo regulado por el RDL 1/2017, la reclamación ante los servicios de atención al cliente de las entidades y la reclamación ante el Banco de España, entre otros. También se estudian los **mecanismos judiciales** para impugnar y oponer las cláusulas suelo y otras cláusulas abusivas, bien a través de acciones colectivas a ejercitar por las asociaciones de consumidores, como mediante la acción judicial individual para la anulación de las cláusulas abusivas y la restitución de sus efectos. Este claves prácticas incluye también **formularios** que facilitarán la utilización de ambos mecanismos: un modelo de demanda para la anulación de una cláusula suelo y un modelo de reclamación extrajudicial.

PRECISIONES 1) La **TS 9-5-13, EDJ 53424** fue dictada por la Sala 1ª del TS resolviendo el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la asociación de usuarios de los servicios bancarios contra la AP Sevilla 7-10-11, EDJ 235050 dictada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del JM núm 2 Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010. Véase la parte de esta obra dedicada al análisis de la TS 9-5-13.

2) En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de las actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de **reforzamiento** de los **derechos de los consumidores y usuarios**. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado (TS 8-9-14, EDJ 180029).

Capítulo 1. Contratos celebrados con consumidores

1. Consumidores	105	100
2. Contrato	230	
3. Cláusulas no negociadas individualmente y condiciones abusivas en la contratación con consumidores	250	
4. Cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.....	285	

I. Consumidores

Protección de los consumidores en la contratación en masa	107	105
Contratos celebrados con consumidores	115	
Regulación.....	120	
Concepto de consumidor	135	
No cabe identificar personas físicas con consumidores.....	160	
El ánimo de lucro de las personas físicas no excluye la condición de consumidor	165	
Personas jurídicas que ostentan la condición de consumidores.....	175	
Concepto de consumidor ampliado: el garante o fiador de un empresario o profesional puede ser consumidor.....	180	
¿Puede considerarse consumidores a los abogados?	190	
Derechos básicos de los consumidores	200	
Información previa al contrato	205	
Oferta, promoción y publicidad.....	225	

Protección de los consumidores en la contratación en masa Uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica es la tutela de los **legítimos intereses económicos** de los consumidores (Const art.51). Este principio determina que el ordenamiento jurídico desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos para conseguir una mejor protección de los consumidores (TS 1-7-10, EDJ 245705).

El origen de las condiciones generales de la contratación hay que buscarlo en la contratación en masa, así como en el elevado coste que una negociación individual conllevaría para estos contratos con multitud de destinatarios. Estas circunstancias fueron determinantes para que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los **tratos personalizados en la negociación de los contratos** por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa. En estos contratos en masa el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario (TS 9-5-13, EDJ 53424).

Las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de **cláusulas abusivas** (TS 1-7-10, EDJ 245705; 9-5-13, EDJ 53424).

- 110** El consumidor se halla en **situación de inferioridad** respecto al profesional, tanto en relación a la capacidad de negociación como al nivel de información. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones generales de contratación redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, la Dir 93/13 art.6.1 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (TJUE Sala 1ª 6-10-09; 14-6-12, asunto Banco Español de Crédito).

Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el TJUE ha subrayado que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una **intervención positiva**, ajena a las partes del contrato. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (TJUE Sala 1ª 26-10-06, asunto Mostaza Claro; 14-6-12, asunto Banco Español de Crédito).

PRECISIONES **1)** En la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los **supuestos de cláusulas abusivas**, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad se puede actuar de oficio e, incluso, no es preciso ajustarse formalmente a la estructura de los recursos. Asimismo, tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas (TS 9-5-13, EDJ 53424).

2) El TJUE parte de la premisa de considerar que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional o empresario, tanto en lo referido a la **capacidad de negociación** como al **nivel de información**. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (TJUE Sala 1ª 26-10-06, asunto Mostaza Claro; 14-6-12, asunto Banco Español de Crédito; 14-3-13, asunto Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya).

- 115 Contratos celebrados con consumidores** (RDLeg 1/2007 art.59) Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.

Estos contratos se rigen, en todo lo que no esté expresamente establecido en el RDLeg 1/2007 o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos. Si incorporan **condiciones generales de la contratación** están sometidos, además, a la L 7/1998.

- 120 Regulación** Los contratos con los consumidores se rigen, en principio, por el principio de libertad de pactos, de forma que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (CC art.1255).

a) No obstante, a los efectos de la mejor protección de los consumidores, esta libertad de contratación se ve atemperada por la aplicación, entre otra, de la siguiente **normativa general de protección** de los consumidores y usuarios:

- RDLeg 1/2007 que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

– L 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación.

b) También ha de tenerse en cuenta la **legislación autonómica** dictada en desarrollo de la protección de los consumidores y usuarios, que se encuentra en:

125

Andalucía	L Andalucía 13/2003
Aragón	L Aragón 16/2006
Baleares	L Baleares 7/2014 art.2
Canarias	L Canarias 3/2003
Cantabria	L Cantabria 1/2006
Castilla-La Mancha	L Castilla-La Mancha 11/2005
Castilla y León	L Castilla y León 2/2015
Cataluña	L Cataluña 22/2010
Extremadura	L Extremadura 6/2001
Galicia	L Galicia 2/2012
La Rioja	L La Rioja 5/2013
Madrid	L Madrid 11/1998
Murcia	L Murcia 4/1996
Navarra	LF Navarra 7/2006
País Vasco	L País Vasco 6/2003
Principado de Asturias	L Principado Asturias 11/2002
Comunidad Valenciana	L Valencia 1/2011

c) Además de la legislación general debe considerarse la **legislación sectorial** protectora de los consumidores y usuarios en los distintos sectores de actividad económica.

PRECISIONES

1) También la **regulación dictada por la Unión Europea** ha de tenerse en consideración en la contratación con consumidores, ya que despliega una **eficacia protectora** que, en el caso de las directivas, no se limita a la mera incorporación al Derecho nacional, como es el caso de la Dir 93/13, del Consejo, de 5-4-1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, llegando incluso a ostentar efecto directo en caso de una defectuosa transposición de las mismas al Derecho interno.

2) Así, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están **legitimados** para invocarlas **ante los órganos jurisdiccionales nacionales** contra el Estado miembro, bien cuando éste no haya adaptado dentro de plazo el Derecho nacional a la directiva, bien cuando lo haya adaptado incorrectamente (TJUE Sala 2ª 21-12-16, asunto TDC A/S).

3) La protección de consumidores y usuarios es una **materia de carácter pluridisciplinar**, de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que ha dado lugar a que algunos Estatutos de Autonomía se refieran a la competencia exclusiva sobre defensa del consumidor y del usuario en la correspondiente Comunidad Autónoma (TCo 26-1-89).

130

4) La defensa del consumidor es un concepto de tal amplitud que se caracteriza por su contenido pluridisciplinar, que nos sitúa ante un conglomerado de normas sectoriales en la medida en que el Estado ostenta atribuciones en distintos sectores materiales, por lo que su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre defensa del consumidor y del usuario corresponden a determinadas Comunidades Autónomas. De esta forma la defensa del consumidor y del usuario nos sitúa ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud, seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la **igualdad en su ejercicio** y en el cumplimiento de sus deberes (TCo 26-1-89).

5) Es en el campo de la protección de los consumidores y usuarios donde, no obstante el **principio de libertad de pactos** (CC art.1255), existen más limitaciones hallamos al **principio de la autonomía de la voluntad**. Ello se debe al mandato constitucional de protección de los consumidores (Const art.51) y al auge de los contratos de adhesión, con la utilización de formularios y condiciones generales de la contratación como instrumento propicio para la contratación en masa. En estos contratos con los consumidores se constata una clara situación de preponderancia de una de las partes (AP Albacete 4-3-15, EDJ 37333).

6) Véase la parte de esta obra dedicada a la regulación aplicable a los contratos bancarios (nº 805 s.).

- 135 Concepto de consumidor** (RDLeg 1/2007 art.3) Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

El concepto que de consumidor incluía **la anterior L 26/1984**, general para la defensa de los consumidores y usuarios, venía referido a las personas físicas o jurídicas que vinieran a adquirir, utilizar o disfrutar como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que fuera la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No teniendo la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquirieran, almacenaran, utilizaran o consumieran bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Es decir, conforme a la L 26/1984 la cualidad de consumidor la ostentaban quienes actuaban como **destinatarios finales de los productos o servicios**, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

- 140** El nuevo RDLeg 1/2007 matiza este concepto, considerando consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (RDLeg 1/2007 art.3).

Este concepto vigente de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el RDLeg 1/2007 y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. Así en cuanto a las primeras, esta definición de consumidor coincide con el incorporado a la Dir 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art.2), la Dir 93/13 (cláusulas abusivas, art.2.b), la Dir 97/7 (contratos a distancia, art.2.2) y la Dir 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art.1.2.a). En todas ellas se entiende por consumidor a toda persona física que actúe con un **propósito ajeno a su actividad profesional**.

El concepto de consumidor tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga (Dir 93/13 art.2. b; TJUE 3-9-15, asunto Horaiu Ovidiu Costea).

El juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la Dir 93/13 tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho contrato, de comprobar si el prestatario puede tener la condición de consumidor. A tal efecto, 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.

Para decidir si un contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el **destino de la operación** y no las condiciones subjetivas del contratante. De esta forma si un préstamo es solicitado para financiar un negocio, y no para el consumo privado, no se considera celebrado por un consumidor. Y sin que sea relevante que el negocio forme o no parte de la actividad profesional ordinaria del prestatario (TS 3-6-16, EDJ 80313).

PRECISIONES **1)** La Dir 93/13 art.2.b) define al consumidor como toda **persona física** que, en los contratos regulados por la misma actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. **150**

2) Son también consumidores a efectos del RDLeg 1/2007 las **personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica** que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Véase la parte de esta obra sobre la condición de consumidor de determinadas personas jurídicas.

3) Se considera **empresario** a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (RDLeg 1/2007 art.4)

4) La Dir 93/13 art.2.c) define al **profesional** como toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la misma, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

5) También en **otras normas internacionales o comunitarias**, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar de consumidor. Así, el Rgto UE/44/2001, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art.15.1 para los contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional. Concepto que reitera el art.17.1 del Rgto UE/1215/2012 sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior.

6) El garante del **empresario prestatario** no tiene que quedar necesariamente excluido de su condición de consumidor, bien ostente la condición de fiador, hipotecante no deudor, garante o figuras asimiladas (TJUE auto 19-11-15, asunto Dumitru Tarcau; AP Zaragoza auto 13-1-17, EDJ 1409). Véase la parte de esta obra sobre la condición de consumidor del garante de un empresario o profesional (nº 180 s.).

7) El concepto de consumidor que establece la **legislación autonómica** en materia de consumidores es similar a la fijada por la legislación estatal (L Andalucía 13/2003 art.3; L Aragón 16/2006 art.3; L Canarias 3/2003 art.2; L Cantabria 1/2006 art.2; L Castilla-La Mancha 11/2005 art.2; L Castilla y León 2/2015 art.2; L Cataluña 22/2010 art.11.2; L Extremadura 6/2001 art.2; L Madrid 11/1998 art.2;

L Murcia 4/1996 art.2; LF Navarra 7/2006 art.2; L País Vasco 6/2003 art.3; L Principado Asturias 11/2002 art.2; L Valencia 1/2011 art.2).

155 8) Sin embargo, parte de la legislación autonómica recoge, recientemente, **criterios jurisprudenciales para la consideración de consumidor:**

– **Baleares** (L Baleares 7/2014 art.2): se consideran consumidores a las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. En el caso de los contratos con doble finalidad, relacionada solo en parte con la actividad comercial de la persona física o jurídica, y siempre que esta finalidad sea tan limitada que no predomine en el contexto general del contrato, dicha persona tendrá igualmente la condición de consumidor.

– **Galicia** (L Galicia 2/2012 art.3): es consumidor toda persona, física o jurídica, pública o privada, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, que adquiere o utiliza, o a la cual se le oferta, como destinatario final, un bien, cualquiera que sea su naturaleza, o un servicio, cualquiera que sea la forma y actividad en que consista, y cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de aquellos que los produzcan, importen, faciliten, abastezcan o expidan, siempre que el destino final del mismo sea su uso personal, familiar o colectivo, ajeno a una actividad empresarial, profesional o artesanal. No tendrán la consideración de consumidores quienes adquieren, utilizan o disfrutan de bienes o servicios con la finalidad de integrarlos, aunque sea parcialmente, en el marco de su actividad empresarial, profesional o artesanal, ya sea pública o privada, todo ello independientemente de la fase de producción o distribución de bienes y servicios en que se integren.

– **La Rioja** (L La Rioja 5/2013 art.2): es consumidor toda persona física o jurídica que, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza pública o privada.

160 No cabe identificar personas físicas con consumidores En el caso de una persona física que suscribe un contrato de préstamo hipotecario para actividades de promoción inmobiliaria en las que está involucrada, no puede considerarse que se trate de un consumidor, sin que puedan aplicarse, a estas personas físicas, la normativa protectora en defensa de consumidores y usuarios. Y ello por cuanto que no actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No basta, por tanto, ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del RDLeg 1/2007 (TS 30-6-15, EDJ 116878).

PRECISIONES **1)** La TS 30-6-15 considera que el **perfil de los contratantes**, matrimonio formado por ejecutiva y abogado especialista en Derecho bancario e hipotecas multidivisa, administrador de varias sociedades, y que solicitaron en varias ocasiones el cambio de divisas en el préstamo multidivisa, determina que no pueda considerárseles como consumidores.

2) Debe tenerse en consideración que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional (TJUE 3-9-15, asunto Horaiu Ovidiu Costea).

3) Si el local cuyo precio se financia con el préstamo y que se ofrece como **garantía hipotecaria** iba a ser dedicado a **oficina**, la intervención de los adquirentes no fue en su condición de consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional, aunque fuera adquirido por personas físicas. Sin que ello

pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato (TS 18-1-17, EDJ 1982).

4) El hecho de que el **préstamo hipotecario inicial**, en el que se incorporó la cláusula controvertida, fuera destinado a la adquisición de una vivienda habitual y que la posterior ampliación se destinara a otra finalidad, propia del tráfico mercantil o del uso personal, no impide que pueda aplicarse la normativa sobre protección de consumidores para juzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario (TS Pleno 3-6-16, EDJ 76680).

5) Y ello cuando habiéndose destinado el contrato inicial de préstamo hipotecario a la **adquisición de una vivienda habitual**, cubierto por la normativa de consumidores y la ampliación para una finalidad profesional del crédito lo fue por una cuantía poco relevante (8.000 euros) en relación con el importe del inicial préstamo hipotecario (295.000 euros), que no puede transformar el contrato novado en un contrato concertado por un profesional o empresario para su actividad profesional o empresarial. Máxime si tampoco consta acreditado que el destino de la ampliación fuera una actividad ajena al consumo, de la que sólo se deja constancia de que fue destinado a una actividad distinta a la adquisición de la vivienda habitual (TS Pleno 3-6-16, EDJ 76680).

El ánimo de lucro de las personas físicas no excluye la condición de consumidor 165

El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. Y ello por cuanto que, partiendo del concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, se considera posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro (TS 16-1-17, EDJ 534).

La reforma operada en el RDLeg 1/2007 art.3 por la L 3/2014 confirma esta interpretación. Y ello porque, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre:

- **consumidor persona física**, y
- **consumidor persona jurídica**.

Pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un **requisito negativo** únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro (TS 16-1-17, EDJ 534).

No obstante, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar. Si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad, ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la **cualidad legal de empresario**, conforme establece el CCom art.1.1º (TS 16-1-17, EDJ 534).

PRECISIONES **1)** El caso resuelto por la TS 16-1-17, EDJ 534 se refiere al supuesto de un **derecho de aprovechamiento por turnos** en que el consumidor procede a su reventa, obteniendo un incremento de valor o lucro, ajeno a una actividad comercial o profesional, en cuyo caso se entiende que no pierde la condición de consumidor final.