



Máster de Acceso a la Abogacía curso 2018/2020

Facultad de Derecho ULL

Ilustre Colegio de Abogados de SC de Tenerife

Convocatoria de Enero

“LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL LEASING SOBRE BIENES MUEBLES AL CONSUMO. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL”

“A WIDER CONSUMER CONCEPT THROUGH LEASING CONTRACTS PERSPECTIVE.”

Realizado por el alumno: Don Adrián Plasencia Castilla

Tutorizado por el profesor: Don Juan Antonio García García

Area de Derecho Civil

ABSTRACT

The normative concept of “consumer” has experimented since the last decade an intense process of interpretation both by the courts and by the authors, which has adapted this concept in view of the consumer's behavior in the market as economic and social circumstances have demanded a broader and more flexible definition of the legal protection framework, to encompass currently under the concept of consumer and act of consumption realities that until recently were hardly under the scope of the consumer protection legislation.

RESUMEN

El concepto normativo de consumidor ha experimentado desde la última década un proceso intenso interpretativo de esta figura, tanto por los tribunales como por la doctrina, que ha ido adaptando este concepto a la vista del comportamiento del consumidor en el mercado a medida que las circunstancias económicas y sociales han exigido una definición más amplia y flexible del marco legal de protección, para englobar en actualidad bajo el concepto de consumidor y de acto de consumo realidades que hasta hace bien poco resultaban impensables.

JUAN ANTONIO GARCIA GARCIA, Profesor Contratado Dr. de Derecho Civil, en su condición de tutor del Trabajo de Fin de Master del alumno D. ADRIÁN PLASENCIA CASTILLA, emite el siguiente informe de calificación del referido Trabajo:

El trabajo trata de delimitar el concepto normativo actual de consumidor analizando la transformación del mismo desde sus orígenes, en el derecho comunitario, en el que aparece restringido tanto de forma objetiva (actos de consumo en sentido estricto) como subjetivamente (personas físicas), a la situación actual en la que el bajo el referido concepto legal se han incluido ya no sólo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, e incluso, se ha relajado la concepción estricta del acto de consumo para extender la protección legal de consumidor en relación con aquellos actos que persiguen lucro o ganancia, dando lugar a un perfil de lo que se ha venido en denominar consumidor inversionista. El alumno ha elegido el contrato de leasing, acertadamente, como un entorno en el que esta ampliación del concepto normativo de consumidor se presenta de una manera más significativa.

El análisis realizado requiere el análisis de los textos nacionales y comunitarios sobre la materia, así como su comparación, así como un exhaustivo análisis jurisprudencial (tanto nacional como comunitario), que pone de manifiesto aquella extensión progresiva del concepto normativo de consumidor.

En consecuencia, entendiendo que el alumno D. ADRIÁN PLASENCIA CASTILLA ha demostrado en el presente Trabajo que reúne los conocimientos necesarios para abordar un trabajo de investigación, en un contexto multidisciplinar (mercantil y civil), original en su desarrollo y correcto en su ejecución, demostrando que tiene el nivel de conocimientos académicos especializados adquiridos en el postgrado.

En consecuencia, califico en forma favorable dicho Trabajo de Fin de Master, con la calificación de 8,0 NOTABLE.

Y para que así conste firmo el presente en La Laguna a 22 de Enero de 2020

Juan Antonio García García

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.

La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>

Identificador del documento: 2355533 Código de verificación: Rwx9/QkZ

Firmado por: Juan Antonio García García
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 22/01/2020 09:16:45

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
II.-EL SINGULAR ESTATUTO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: DERECHOS RECONOCIDOS A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ANTE PRÁCTICAS DEL MERCADO EN LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	6
2.1 -. Mecanismos a través de los cuales se protege la posición jurídica del consumidor en el ámbito contractual	6
2.2 -. Referencia a las obligaciones o deberes de información	7
2.3-. Referencia al control de las condiciones generales	7
2.4-.Referencia al control de contenido contractual: abusividad del contenido contractual	8
III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y SU PROBLEMÁTICA AMPLIACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y A LAS PERSONAS FÍSICAS CON FINES DE INVERSIÓN Y NO DE CONSUMO.	9
3.1.-LA CONCEPCIÓN INICIAL, Y MÁS TRADICIONAL, DEL CONSUMIDOR COMO PERSONA FÍSICA.	9
3.2.- EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y SU AMPLIACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE ACTÚAN AL MARGEN DE SU ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL	13
3.3 AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR AL CONSUMIDOR INVERSIONISTA	19
IV.-LA APLICACIÓN DE DETERMINADAS NORMAS PROTECTORAS DE LA PARTE DÉBIL CONTRACTUAL, SEA O NO CONSUMIDOR	21
4.1.-Los límites en la ampliación del concepto legal de consumidor.-	22
4.2.-La buena fe como criterio de protección del empresario adherente ante el predisponente	24
4.3- Protección del adherente no consumidor ante la normativa de inversiones	27
V.--EL CONSUMIDOR Y SU PROTECCIÓN EN EL CONTRATO DE LEASING	28
5.1-El contrato de leasing y su regulación	28

5.2- El contrato de leasing y su relación con el real decreto legislativo 1/2007 para la defensa de los consumidores y usuarios	29
5.3- La aplicación de la Ley de Represión de la Usura al contrato de leasing	35
5.4-La cláusula de vencimiento anticipado	37
VI.- CONCLUSIONES	38
VII.- BIBLIOGRAFÍA	39
VIII.-LEGISLACIÓN	41
IX.-JURISPRUDENCIA	42

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto abordar la figura del consumidor ampliada desde una perspectiva del contrato de leasing. El interés principal de esta exposición radica en el hecho de que hoy en día el consumidor realiza cada vez más, una multiplicidad de operaciones de financiación para adquirir bienes y prestación de servicios a su favor por parte de una contraparte que es más fuerte, el empresario.

Observaremos a lo largo de esta disertación aspectos problemáticos como “la naturaleza del contrato de leasing” hoy en día discutida dicha naturaleza dada la atipicidad del negocio jurídico del leasing, u otras cuestiones como el derecho de opción de compra a favor del consumidor o el vencimiento anticipado, siendo esto último muchas veces una cláusula que dispone al consumidor o lo expone a una situación de desequilibrio económico ante el empresario al reclamarle este último sujeto la totalidad del crédito cuando se incumple el pago de un determinado número de cuotas por parte del consumidor.

En cualquier caso, no se puede perder de vista la figura del consumidor y usuario que contará con un tratamiento sistematizado y ordenado a lo largo de la exposición de este trabajo, y su especial interés en determinar la protección del consumidor a lo largo de la vida del contrato de leasing.

II.-EL SINGULAR ESTATUTO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: DERECHOS RECONOCIDOS A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ANTE PRÁCTICAS DEL MERCADO EN LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

El artículo 8 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹ reconoce una serie de derechos que se podrían denominar derechos básicos de los consumidores que permiten situar a esta parte débil de la relación contractual en una posición de defensa frente a posibles prácticas abusivas por la contraparte empresarial, dichos derechos son los siguientes:

- 1) Protección de riesgos que pueden afectar a la seguridad y salud del consumidor.
- 2) La protección de sus intereses legítimos económicos y sociales (en particular, protección ante prácticas de competencia desleal por parte del empresario y de posible inclusión de cláusulas abusivas en la contratación).
- 3) La indemnización por los daños y la reparación de los perjuicios ocasionados al consumidor.
- 4) La información correcta sobre los bienes y prestación de servicios a los que se refiera la contratación, y la educación y divulgación para su correcto uso por el consumidor.
- 5) La audiencia en consulta.
- 6) La participación en los procedimientos de elaboración de disposiciones normativas generales que puedan afectar a sus derechos de forma directa y a la representación de sus intereses, a través de asociaciones, fundaciones, federaciones, o confederaciones de consumidores o usuarios legalmente reconocidas.

Y, finalmente se reconoce la irrenunciabilidad de dichos derechos básicos de los consumidores sancionando la renuncia con la declaración de nulidad de pleno derecho, es decir, que el consumidor no puede renunciar a los derechos que legalmente se le reconoce, de lo contrario, si se renuncia a dichos derechos sería declarado fraude de ley, al amparo del artículo 6 del Código Civil.

2.1 - MECANISMOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE PROTEGE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

El artículo 82.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre destaca los conceptos de “desequilibrio” y “buena fe” necesarios para entender la negociación con consumidores y usuarios como parte contractual notoriamente más débil con respecto a la parte empresarial y, lo cierto, es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encarga de dotar de contenido ambos términos y les de su encuadre de la siguiente manera en, **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013** que en sus **Considerando 67 a 69** determina que la Directiva 93/13 en su artículo 3 apartado 1º solamente

¹ Real Decreto Legislativo 1/ 2007 de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

introduce los conceptos de “**desequilibrio**” y “**buena fe**” y los relaciona para la existencia de cláusulas abusivas cuando no se haya negociado una cláusula individualmente. Como dicho concepto de “**desequilibrio**” y “**buena fe**” se aplica por dicha Directiva de forma abstracta para la determinación de la existencia de abusividad o no en el clausulado entre consumidores y empresarios es necesario determinar si hubo o no pacto entre ambas partes para el acuerdo de la disposición de las cláusulas del contrato, si no hubo se estará a lo dispuesto en el Derecho Nacional que resulte aplicable a dicha contratación, y si de dicha aplicación o virtualidad de ese Derecho resulta un desequilibrio en contra del consumidor que lo coloque en una situación menos favorable que la que fija el Derecho de su Estado estaríamos ante una situación de “**desequilibrio**”. De esta manera, el “desequilibrio” de las condiciones de la contratación con consumidores no sería económico en atención con la operación que se va a llevar a cabo con el consumidor en virtud del contrato, sino que para hablar de declaración de abusividad se atenderá al plano jurídico exclusivamente.

2.2 - REFERENCIA A LAS OBLIGACIONES O DEBERES DE INFORMACIÓN

Desde la jurisprudencia se ha abordado el tema del “control de transparencia de las cláusulas de la contratación” cuando se negocien con consumidores y, por ejemplo, el **Tribunal Supremo en sentencia número 188/2019 de 27 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)**² que en su **Fundamento de Derecho 2º** declara que para que exista un control de transparencia real sobre la contratación es necesario que el consumidor en el momento de la negociación tenga un conocimiento suficiente del esfuerzo o sacrificio económico que debe realizar en atención a la prestación económica que desea obtener, y las consecuencias jurídicas que supone la formalización y posterior desarrollo del contrato, así como la carga o cargas jurídicas que contrae ese consumidor como consecuencia de la formalización del negocio jurídico. De esta manera, lo que se pretende es que el consumidor tenga **un conocimiento claro y suficiente como para poder entender y comprender la repercusión de cada una de las cláusulas del contrato desde su perspectiva tanto económica como jurídica, no siendo necesario que se dé una información pormenorizada, sino que es suficiente con que sea clara y comprensible para el consumidor en cuanto a su aplicación y desarrollo.**

2.3-. REFERENCIA AL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES

La **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013**³ reconoce en su **Considerando 36**, la facultad del juez de instar la abusividad de una cláusula sin necesidad de esperar a que el consumidor, una vez que ha sido informado sobre sus derechos

² Tribunal Supremo en sentencia número 188/2019 de 27 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013

en relación con la contratación convenida, inste la declaración de oficio de la cláusula o cláusulas de las que pretende su nulidad.

También el artículo 83 del RD Legislativo 1/2007⁴ reconoce dicha facultad del juez de declarar de oficio las cláusulas que considere abusivas en los siguientes términos “

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

2.4.-REFERENCIA AL CONTROL DE CONTENIDO CONTRACTUAL: ABUSIVIDAD DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

En el Derecho Español la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Derechos de Consumidores y Usuarios garantiza la protección de los derechos de los consumidores y usuarios frente a la existencia de cláusulas abusivas de la contratación, pero fue la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación la que modificó la anterior ley 26/1984, siendo de aplicación ahora en materia de cláusulas abusivas el artículo 82 y siguientes del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo artículo 82.1 ya citado establece o fija lo siguiente de forma literal sobre la determinación de “ **cláusula abusiva**”: “ *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la **buena fe** causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un **desequilibrio** importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”. Hemos destacado los conceptos de “ buena fe” y “ desequilibrio” porque cuando tratemos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de “ cláusulas abusivas” veremos que tienen una trascendencia importante para la determinación y declaración de su abusividad por parte de la autoridad judicial nacional.

Volviendo al caso que nos atañe sobre la determinación de las cláusulas abusivas desde un ámbito legislativo observamos que el artículo 3º apartado 3º letra d de la Directiva 93/13 excluye de su aplicación determinados contratos entre los que se encuentran los “contratos de financiación” y como sabemos el leasing entra en dicho ámbito lo que nos hace pensar desde un primer momento si el leasing quedaría al margen del control de abusividad de sus cláusulas frente a los consumidores y usuarios y la respuesta de la jurisprudencia del TJUE ha sido la siguiente, por ejemplo, **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013⁵** establece en sus **Considerando 27 a 31** la idea de que el control de abusividad

⁴ Cit Real Decreto Legislativo 1/ 2007 de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013.

de las cláusulas que se incluyen en los contratos celebrados por las partes no pueden quedar al margen de apreciación judicial para declarar su abusividad porque de lo contrario se permitiría que el empresario o comerciante pudiese eludir el control de abusividad de las disposiciones fijadas en el negocio jurídico, lo que supondría un detrimento de los derechos reconocidos a favor de los consumidores y usuarios como parte contractual más débil. Por ello y pese, a que determinadas categorías contractuales están excluidas de la Directiva 93/13 la apreciación y determinación de las cláusulas contractuales fijadas en la negociación con consumidores no queda al margen de los controles de abusividad.

La aplicación del estatuto jurídico protector, con su elenco de derechos, facultades y garantías reconocido a favor del sujeto protegido, el consumidor, obligan a delimitar, precisamente, el concepto legal de consumidor en nuestra legislación.

III. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y SU PROBLEMÁTICA AMPLIACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y A LAS PERSONAS FÍSICAS CON FINES DE INVERSIÓN Y NO DE CONSUMO.

El concepto de consumidor y usuario se había venido entendiendo tradicionalmente referido a aquellas personas físicas que adquieren bienes o reciben la prestación de servicios como destinatarios finales de los mismos. No obstante, actualmente, distintas disposiciones legales han venido reconociendo una ampliación de dicho concepto de consumidor para englobar también dentro del mismo a las personas jurídicas cuando concurren determinadas condiciones o circunstancias. Desarrollaré en los siguientes epígrafes cómo se ha consagrado legislativa y jurisprudencialmente esta ampliación del concepto de consumidor desde sus inicios, en los que sólo se contemplaba a la persona física, a la actualidad, en la que dentro del referido concepto de consumidor tienen cabida también las personas jurídicas, así como, incluso las personas físicas cuando realizan actos que sólo de manera flexible y ampliatoria pueden definirse como actos de consumo.

3.1.-LA CONCEPCIÓN INICIAL, Y MÁS TRADICIONAL, DEL CONSUMIDOR COMO PERSONA FÍSICA.

Desde la óptica de nuestro país se incorporó originariamente el concepto de “consumidor” en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁶ (

⁶ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Publicada en el BOE en fecha 24 de julio de 1984

hoy derogada) que en su artículo primero 1.2 aborda dicho término de la siguiente manera” *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.*” Podemos observar que en dicho precepto se seguía por el legislador español una concepción del consumidor que no predicaba exclusivamente el concepto de consumidor desde las personas físicas, sino que, lo amplió a las personas jurídicas como se encuentra en la regulación legal actual en España apartándose o desmarcándose claramente de la legislación europea tradicional que lo concebía a favor de la persona física.

Para CASTAÑEDA⁷ (a la hora del análisis de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) critica al legislador español que para dicho autor, ha contravenido claramente lo que hasta ese momento se ha dispuesto en la regulación comunitaria sobre el concepto de consumidor ya que, en nuestro país se había ampliado a las personas jurídicas cuando se debió haber proseguido por parte del legislativo español a plasmar la idea de que, solamente puede ser consumidor las personas físicas más acorde ello a la normativa europea, puesto que, de entenderse a las personas jurídicas como consumidoras tendrían que tener una finalidad claramente de adquirir bienes o servicios para su consumo propio o privativo, algo que parece inconciliable con el concepto de consumidor que adquiere productos o servicios para su consumo privativo, propio o doméstico dado que las personas jurídicas como regla general tienen el ánimo de adquirir bienes o servicios para su industrialización, profesionalización o para uso empresarial, por ello, el concepto de consumidor se debería constreñir a favor solamente de las personas físicas como sujetos potenciales del consumo.

En oposición a CASTAÑEDA, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO⁸ el consumidor debe ser el “último eslabón de la cadena consumo”, el destinatario final de bienes o servicios, por lo tanto, tiene que tener un propósito ajeno a la actividad profesional o empresarial, no pudiendo adquirir esos productos o servicios con el fin de incorporarlos a la actividad anteriormente referida ni siquiera, obtenerlos con tal propósito, solo, para consumo propio. El problema de esta última concepción es que éste último autor sí incluiría a las personas jurídicas como consumidores cuando actúen adquiriendo productos para su propio consumo privativo, interpretación que tomó de la redacción del artículo 1.2 de la Ley 26/1984, en lugar de establecer el término solamente para personas físicas como ha venido haciendo la legislación europea históricamente y que tendremos ocasión de exponer y desarrollar con posterioridad.

⁷ JOSÉ E. CASTAÑEDA *Nota Breve sobre el Concepto de Consumidor*. Cuadernos de Estudios Empresariales. Volumen 12.2012. Pág. 320

⁸ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO en “*La Protección Jurídica del Consumidor en la Contratación en General*”. Colección Derecho del Consumo. Pág.25

Por otro lado, para CARRASCO PERERA⁹ inicialmente el concepto de consumidor se debería aplicar solo a las personas físicas, y para el supuesto de que las personas jurídicas desearan participar de esa concepción su actuación debería ser ajena a la actividad profesional, empresarial u oficio y su objeto no debe contemplar la obtención de bienes o servicios por parte de estas con esa finalidad. Por lo tanto, el autor realiza un análisis del consumidor a favor de las personas físicas con inclusión de las personas jurídicas desde un punto restringido, irrelevante o marginal de éstas últimas y dándole primacía a las personas físicas.

El término de consumidor no apareció de forma temprana en la legislación comunitaria, sino que, fue el resultado de un proceso evolutivo de largos años y que surge como consecuencia de la experiencia acumulada por el legislador europeo sobre el comportamiento del sujeto consumidor y su relación con el mercado.

El Tratado de la Unión Europea (Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957), Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, no hace una mención de forma directa a los consumidores, pero sí recoge la necesidad que se plasma o se interpreta a lo largo de su articulado que se hace necesario una regulación legal para la mejora de la vida de las personas.¹⁰

No fue hasta el año 1959 cuando se aborda la defensa del consumidor desde un punto de vista o concepción normativa y en Gran Bretaña, a través de los trabajos o proyectos de la Comisión para la defensa y protección de los consumidores y usuarios. El punto de inflexión o hito histórico en el plano comunitario para una regulación del “consumidor y su protección o defensa para el consumo” fue la Conferencia de Jefes de Estado de París de 1972, fecha en la que se llevó a cabo una ordenación sistemática en materia de consumo.¹¹

Posteriormente, con el Programa de las C.E.E para una Política de Protección y de Información del Consumidor, texto que se aprobó el 19 de mayo de 1981 y que tenía como objetivo principal acentuar la relevancia de obtener una calidad- precio en los productos o servicios que se adquieran o consuman e introduce medidas específicas para lograr esa correlación calidad-precio y ponerla en práctica.

Por otra parte, la concepción o forma de concebirse el término de “consumidor” desde un punto de perspectiva originario ha sido siempre “restrictiva” y a favor de la persona física ya que se venía determinando al consumidor como destinatario final de los bienes y servicios, siendo siempre su intervención en el mercado para adquirir esos bienes y servicios para su consumo propio y privativo por ende sin posibilidad alguna de adquirirlos para incorporarlos a procesos productivos, ni mucho menos, para fines empresariales o comerciales.

⁹ CARRASCO PERERA en Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español, Tesis doctoral, Univ. de Vigo, 2016, consultada en <http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/handle/11093/505>. Pág.47

¹⁰ ACEDO PENCO, ÁNGEL La noción del consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal Y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño, Anuario de la Facultad de Derecho, 2000, Pág 305.

¹¹ *Ibidem* ACEDO PENCO ÁNGEL .Pág 306

Ejemplo claro de que la visión del concepto de consumidor era restringida en sus orígenes legislativos comunitarios de la Unión Europea lo tenemos en la Directiva 85/577/CEE del Consejo Europeo de 20 de diciembre de 1985(derogada)¹², referida a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, que incluye al concepto de consumidor como destinatario final para la adquisición de productos o servicios para su consumo personal o doméstico, excluyendo de forma abierta y sin matices o excepciones a los sujetos que adquieren esos bienes o servicios para una actividad profesional o empresarial. Pero tenemos más Directivas que van en el mismo sentido que la anteriormente citada, por ejemplo, Directiva 87/102/C.E. E de 22 de diciembre de 1986 (derogada)¹³, Directiva 97/7/C.E. E de 20 de mayo de 1997 (derogada)¹⁴, así como la Directiva 93/13/C.E.E de 5 de abril de 1993¹⁵

En conexión con la manera de concebir al consumidor desde una vertiente de destinatario final, la interpretación legislativa que se hacía del mismo desde el ámbito subjetivo exclusivamente abarcaba a las “personas físicas” como consumidor con exclusión de las personas jurídicas, para ello emplearemos por ejemplo los conceptos de “consumidor” que afianzaban las anteriores directivas europeas que hemos reseñado. La Directiva 87/102/C.E. E de 22 de diciembre de 1986 que en su artículo 1.2 apartado a) dice así “*«consumidor»: la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión*”. Directiva 97/7/C.E. E de 20 de mayo de 1997 que define al consumidor en su artículo 2.2 apartado a) como “*consumidor»: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”. Directiva 93/13/C.E. E artículo 2 apartado b) “*«consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”.

Desde el punto de vista de la doctrina, hay algunos autores como BOURGOIGNIE¹⁶ que a la hora de analizar el concepto de “consumidor” desde el derecho comunitario de la Unión Europea extiende dicho término al pequeño comerciante dadas sus desventajas con las grandes empresas y su carencia a veces de medios económicos para negociar en los mercados, el hecho de que adquiera productos o servicios para la incorporación de los mismos a su actividad profesional o empresarial, dado el desequilibrio económico con las grandes empresas se les podrían reconocer como consumidores a los efectos de atenuar las dificultades a la hora de suscribir contratos de empresa por las necesidades de su actividad profesional, siendo parecidas

¹² Directiva 85/577/C.E.E del Consejo de Europeo de 20 de diciembre de 1985 sobre protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Publicada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0577>

¹³ Directiva 87/102/C.E.E de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo. Publicada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31987L0102>

¹⁴ Directiva 97/7/C.E.E de 20 de mayo de 1997 sobre protección de los consumidores en contratos a distancia. Publicada en <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=EN>

¹⁵ Directiva 93/13/C.E.E de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Publicada en el BOE en fecha 21 de abril de 1993

¹⁶ HERRERO JIMÉNEZ, MARCIAL. *El Concepto de Consumidor en el Derecho de la Unión Europea*, Revista de Estudios Económicos y Empresariales. Número 28,2016,pág. 188

a las necesidades que plantea un consumidor persona física cuando adquiere bienes y servicios para su consumo propio.

Por otro lado, para CASSANO¹⁷ el criterio del legislador europeo ha ido definiéndose y apartándose del criterio recogido en la Carta Europea de Protección del consumidor, para centrarse en el consumidor como persona física únicamente.

En definitiva, el término de consumidor para personas físicas ha tenido un desarrollo tanto desde la normativa europea como en la española en materia de consumidores teniendo por parte de la doctrina voces que apoyan al consumidor como persona física e incluso a autores que amplían doctrinalmente la protección de estos a favor de los pequeños comerciantes para dotarles de cierta protección hacia los grandes empresarios. Lo que resulta notorio es que, la definición de “consumidor” no es única por parte de la legislación ya que, unas veces contempla solamente a las personas físicas y otras reconoce la participación de las personas jurídicas, con independencia de esto último, lo que nos ha interesado plasmar en este epígrafe es la evolución histórica que ha experimentado el consumidor como persona física desde la normativa europea y española y poner en evidencia la disparidad de criterios que existen a la hora de su contemplación como sujeto dentro del término “consumidor” por parte de la doctrina. Por ejemplo GOZAÍNI¹⁸ define al consumidor como el que adquiere u obtiene el producto de manera finalista y de forma no profesional, es decir, quien consume el bien o al que se le presta el servicio en último lugar dentro de la cadena de consumo sin posibilidad de reincorporar ese bien o servicio al mercado, puesto que de producirse esto último se corre el riesgo de que el significado de “consumidor” se pierda y puedan formar parte del concepto otras personas como las jurídicas y que no se califiquen como profesionales siendo necesario para el profesor que exista una normativa que defina mejor al consumidor. Mientras que para MÉNDEZ PINEDO¹⁹ el derecho de la Unión Europea no ha procedido a la regulación específica de cuáles son los derechos y obligaciones de los consumidores algo que ha provocado una desprotección de dicho sujeto jurídicamente desde el nivel comunitario, por ello resulta necesario caracterizar al consumidor como aquel que adquiere bienes y servicios de forma finalista para su consumo propio, sin fines comerciales ni profesionales, apostando la autora por un consumidor persona física.

3.2.- EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y SU AMPLIACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE ACTÚAN AL MARGEN DE SU ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL

¹⁷ Ibídem HERRERO JIMÉNEZ, MARCIAL, pág.205

¹⁸ GOZAÍNI ALFREDO, OSVALDO. ¿Quién es consumidor a los fines de la protección procesal?. Revista PUCP, 2003. Pág.271.

¹⁹ Ibídem GOZAÍNI ALFREDO OSVALDO, pág.289

Como señalamos anteriormente, el legislador español ha incluido a las personas jurídicas en determinados textos normativos dentro del concepto de consumidor, lo que han planteado, doctrinal y jurisprudencialmente, muchas dudas acerca de si el concepto de consumidor ha sufrido una auténtica transformación que lo aleja de sus notas características tradicionales, y si el concepto de consumidor nacional se corresponde con aquél que manejan los textos legales comunitarios, pues al analizar las Directivas que se quedaron al margen de la refundición por el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dichos textos comunitarios siguen refiriéndose al consumidor sólo y exclusivamente como un concepto restringido a “las personas físicas”, por ejemplo, Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2 apartado e)²⁰, Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2 apartado d)²¹, Directiva 2008/48 sobre créditos al consumo. artículo 3 apartado a)²², entre otras.

Así, desde la perspectiva de la vigente Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)²³, en artículo 3, reconoce como sujetos protegidos, esto es, como consumidores, tanto a las personas físicas como jurídicas, eso sí, siempre que se trate de actos de consumo, de actos que queden al margen de su actividad profesional o empresarial. Así dice el aludido precepto que “ *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”, añadiendo en su párrafo segundo, que “*Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

Este concepto de consumidor, englobando también a las personas jurídicas, aparece igualmente en la Ley 43/2007 de 13 de diciembre, sobre la protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio²⁴, al delimitar como sujeto de su protección al “consumidor” en su artículo 1.3º, cuando señala que “ *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o*

²⁰ Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2 apartado e). Publicada en el BOE en fecha 18 de marzo de 1998

²¹ Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2 apartado d). Publicada en el BOE en fecha 1 de julio de 2011

²² Directiva 2008/48 sobre créditos al consumo, artículo 3 apartado a). Publicado en el BOE en fecha 22 de mayo de 2008

²³Cit. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicado en el BOE en fecha 30 de noviembre de 2007

²⁴ Ley 43/2007 de 13 de diciembre, sobre la protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio. Publicado en el BOE en fecha 14 de diciembre de 2007

colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”; precisando luego en su artículo 3 que “ *Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”, ampliando, por ello, también el concepto en favor de las personas jurídicas.

Por su parte la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito²⁵, recoge en su artículo 1.1 apartado b, a las personas jurídicas como consumidoras, dice así el precepto lo siguiente “ *Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: ...La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor*”, señalando al respecto el último párrafo del referido precepto que “ *Tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”.

La cuestión a dilucidar, a la vista de los textos legales anteriores, en este epígrafe es perfilar los casos en los que nos encontramos ajenos a la actividad profesional o empresarial de la persona jurídica para encuadrar ese acto como de consumo y catalogar a dicha persona jurídica como consumidora al amparo del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en los supuestos en los que el ente actúa como profesional o empresario al tener un ánimo de formalizar el contrato con la finalidad de incorporar el objeto a su actividad productiva o empresarial lo que le caracterizaría en éste último supuesto como empresario y no como consumidor.

La inclusión de las personas jurídicas como consumidores en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios genera un problema trifronte, según CÁMARA LAPUENTE²⁶ : en primer lugar, la consideración de pura política o técnica legislativa sobre si deberían o no incluirse como consumidores a las personas jurídicas; en segundo, la delimitación de los tipos de personas jurídicas que podrían verse incluidas en dicho concepto y, en tercer lugar, el posible desajuste con el Derecho Comunitario.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, esto es si las personas jurídicas deben ser consideradas como consumidoras, el legislador español ha supeditado su inclusión en tal

²⁵ Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Publicada en el BOE en fecha 1 de abril de 2009

²⁶ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *El Concepto Legal de Consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español. Aspectos controvertidos y no resueltos*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol., 3, nº1, 2011, consultada en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>, p. .97

concepto, y su consideración como sujetos dignos de protección bajo las normas de consumo, a “*que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”, art. 3 TRLGDCU.

La jurisprudencia tanto comunitaria como la española han ido determinando casuísticamente qué actos se encuadran ajenos a la actividad empresarial y profesional y qué actos de los sujetos se circunscriben a la actividad del empresario, dando lugar incluso a lo que se han denominado “actos mixtos”²⁷.

Se han ensayado al respecto distintos criterios que nos permitirían diferenciar los actos profesionales de los de consumo.

En primer lugar, se ha defendido que el contratante (persona física o jurídica) debe ser calificado como consumidor siempre que el acto a enjuiciar como de consumo se realice en aquella parte de su actuación que es ajena a su actividad profesional o empresarial. Es un criterio puramente objetivo que se fija en el sector o tipo de actividad en la que el acto se realiza sin atender, por ello, a la finalidad que se persigue con el mismo.

En segundo lugar, el contratante (persona física o jurídica) solamente podría ser catalogado como consumidor si sus actos se rigen de forma exclusiva a favor de la adquisición de un bien o de la prestación de un servicio para su consumo propio y privativo sin que en ningún momento pueda ser empleada dicha finalidad para fines productivos o empresariales propios.

En tercer lugar, el destinatario del bien o servicio será consumidor si el destino principal es ajeno a la actividad profesional o empresarial, aun cuando el bien o servicio sea susceptible o haya satisfecho también otra finalidad secundaria, accesoria o indirecta a aquella principal que es la de consumo. Estaríamos aquí ante los aludidos “actos mixtos”.

Esta última es la tesis que se sigue en España por parte de la doctrina mayoritaria, en la medida que si el bien o el servicio principal es para consumo propio la mera circunstancia de que una parte marginal se destine para la realización de una actividad profesional es residual o inocua que nada altera a la finalidad principal que es la adquisición para su consumo. Por ello, el sujeto será consumidor si el destino profesional o empresarial es realmente marginal, por lo tanto, el uso que se le debe dar al bien o la prestación de servicio objeto del negocio jurídico debe ser irrelevante desde el punto profesional debiendo primar la finalidad de obtención del bien o servicio para su autoconsumo.

Nos centramos en la tercera tesis defendida por la doctrina por ser la mayoritaria en nuestro país y porque la jurisprudencia mayoritaria española se ha decantado por la misma pero también debemos puntualizar que la jurisprudencia no es unánime habiendo supuestos en los que se ha descartado al sujeto como consumidor por no tener una finalidad exclusiva para fines de consumo propio o privativo.

²⁷ Ibidem CÁMARA LAPUENTE SERGIO, Págs. 111 y 112

El hecho de que el legislador español incorporase el pronombre “una” para referirse a las actividades profesionales o empresariales del sujeto ha permitido descartar cualquier acto por parte del empresario que no tenga relación con el consumo propio o privativo y así centrar la actividad del consumidor en los actos que son puramente de consumo²⁸.

La jurisprudencia se centra en los mismos criterios de la tercera tesis pero añade la nota del “criterio objetivo” para decantar las actividades profesionales o empresariales de las que son ajenas a las mismas y por lo tanto se catalogan como actividades de consumo en éste último supuesto, centrándose en el objeto del contrato o negocio jurídico que si tiene finalidad de consumo el sujeto para ese concreto o específico negocio sería consumidor, mientras que por el contrario, si el sujeto formaliza el negocio con fines de incorporarlo a su actividad profesional o empresarial sería empresario y por lo tanto no quedará ajeno a la actividad profesional o empresarial, ejemplos en la jurisprudencia encontramos varios, **sentencia del Tribunal Supremo número 550/2019 de 18 de octubre FJ2º**²⁹, **Sentencia del Tribunal Supremo número 703/2018 de 13 de diciembre**³⁰, **FJ 3º**, o **Auto del Tribunal Supremo de 25 de septiembre del 2019 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) FJ 1º**³¹

Y, en relación con el “criterio objetivo” se deriva a su vez otro criterio, el “objeto dominante” referido a la tesis de que si una parte del objeto o del bien o servicio se destina a la incorporación o inclusión en la actividad profesional o empresarial si es con una finalidad residual o irrelevante con respecto a la finalidad universal del negocio que es su adquisición para su consumo privado, el sujeto seguirá siendo consumidor a todos los efectos, por ejemplo:

El Tribunal Supremo en **Sentencia número 224/2017 de 5 de abril en su FJ 4º**³² en relación con la ajenidad de las operaciones a la actividad profesional o empresarial para considerar al sujeto como consumidor, reitera la jurisprudencia del TJUE en sentencia del **TJUE de 3 de septiembre de 2015**³³ referida al **objeto dominante** anteriormente explicada. También se puede encontrar la figura del objeto dominante por ejemplo en **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 número 224/2017 Fundamento Jurídico Cuarto**³⁴.

En la actualidad, el TJUE ha venido dando un tratamiento más amplio al consumidor todo ello para darle una concepción un poco más aperturista a la expresión “consumidor” en aras de la Directiva 93/13/CEE para brindarle una aplicación e interpretación a dicha norma de forma más flexible. Ejemplos, **Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14**³⁵ que objetiva al concepto de consumidor al poner el centro de atención en el objeto del contrato (si es para consumo propio o para actividad profesional o empresarial) y no en la posición

²⁸ Ibidem CÁMARA LAPUENTE SERGIO, Pág. 102

²⁹ STS número 550/2019 de 18 de octubre (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ2º

³⁰ STS número 703/2018 de 13 de diciembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ3º

³¹ Auto del TS de 25 de septiembre de 2019 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 1º

³² Sentencia del TS número 224/2017 de 5 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª) FJ4º

³³ Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015

³⁴ STS número 224/2017 de 5 de abril de 2017, FJ 4º

³⁵ STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14

subjetiva que tenga el sujeto concreto (consumidor o empresario), centrándose por lo tanto en el estricto ámbito de la operación de consumo y no en la vertiente profesional del negocio. Así mismo, el TS también ha centrado su interpretación sobre el término “consumidor” en la vertiente no empresarial o productiva de la operación y se focaliza en la vertiente de la obtención del bien o del servicio con fines privativos o de consumo propio ejemplos en el mismo sentido, **STS 149/2014 , de 10 de marzo FJ2³⁶ ; 166/2014, de 7 de abril FJ 1³⁷ ; 367/2016, de 3 de junio FJ 4³⁸ ; 16/2017, de 16 de enero FJ 3³⁹ ; 224/2017, de 5 de abril FJ 4⁴⁰; y 594/2017, de 7 de noviembre, FJ 4⁴¹.**

Y, finalmente, no siempre se ha interpretado el concepto de consumidor de forma extensiva ya que en los inicios de la jurisprudencia del TJUE la interpretación del término “consumidor” era restrictiva, por ejemplo **STJUE de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa⁴²**, que exponía lo siguiente acerca del concepto de consumidor “ *«debe interpretarse de forma restrictiva...pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante»*. **Doctrina que se reiteró en sentencia de 20 de enero de 2005 por el propio TJUE⁴³.**

Por lo que se refiere a la segunda cuestión que aludimos, esto es, a la tipología de personas jurídicas que pueden quedar comprendidas bajo el concepto de consumidor, el legislador español optó por incluir, finalmente, junto a las personas jurídicas también a *las entidades sin personalidad jurídica* (art. 3, pfo² ° LGDCU), a fin de que determinados operadores que participan en el mercado no quedaran al margen del concepto de consumidor⁴⁴. Para MARÍN LÓPEZ MANUEL JESÚS⁴⁵ en interpretación del artículo 3 anteriormente citado, ha querido según el autor, incluir a determinados entes o sujetos que no estaban incluidos anteriormente en el concepto de consumidor como son los entes sin personalidad jurídica y las comunidades de bienes excluyendo a las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica que tienen una finalidad puramente lucrativa.

³⁶ STS 149/2014 de 10 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), FJ2^o

³⁷ STS número 166/2014 de 7 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1^a), FJ 1^o

³⁸ STS número 367/2016 de 3 junio, (Sala de lo Civil, Sección 1^a), FJ 4^o

³⁹ STS número 16/2017 de 16 de enero (Sala de lo Civil, Sección 1^a), FJ 3^o

⁴⁰ STS número 224/2017 de 5 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1^a), FJ 4^o

⁴¹ STS número 594/2017 de 7 de noviembre (Sala de lo Civil, Sección 1^a) FJ4^o

⁴² STJUE de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa

⁴³ STJUE de 20 de enero de 2005

⁴⁴ Ibídem CÁMARA LAPUENTE SERGIO.Pág.97

⁴⁵ MARÍN LÓPEZ MANUEL JESÚS. en Comentarios al proyecto de ley de reforma de la lgdcu el “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU., Publicado el 10 de diciembre de 2013 consultado en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/12/MANUEL-MAR%C3%8DN-24-NOV-TEXTO-Concepto-consumidor-en-Proy-modif-TRLGDCU.pdf>

Por lo que se refiere a la tercera cuestión, la ampliación del concepto de consumidor a las personas jurídicas y su desajuste con el derecho comunitario lo cierto es que la Comisión Europea no se planteó y ni se está planteando ampliar el concepto de consumidor a las personas jurídicas sino todo lo contrario, circunscribir ese concepto solamente en favor de las personas físicas (Libro Verde de 2007 y PDDC de 2008).⁴⁶ CÁMARA LAPUENTE⁴⁷ afirma que para poder contemplar a las personas jurídicas como consumidor, tendría que interpretarse la Directiva como una norma de mínimos del legislador comunitario pudiendo así los Estados miembros de la UE determinar qué sujetos quedarían amparados por la calificación como “consumidor” o bien, que la Directiva ya expone la definición de quiénes se consideran consumidores pudiendo exclusivamente el legislador nacional extender determinados derechos subjetivos de los consumidores a otras personas distintas que no merezcan dicha consideración.

3.3 AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR AL CONSUMIDOR INVERSIONISTA

En los últimos tiempos se ha experimentado una ampliación del concepto de consumidor al consumidor que realiza inversiones en el mercado y actúa con una finalidad lucrativa por la realización de operaciones comerciales. No podemos olvidar que desde las Directivas de Consumo se ha venido reconociendo de forma tradicional al consumidor referido a las personas físicas como hemos observado y analizado de forma pormenorizada en los anteriores epígrafes, pero desde el punto del consumidor inversionista se tiene que puntualizar su diferencia con respecto al empresario y dicha diferenciación en la obtención del ánimo de lucro viene determinada en primer lugar por la “habitualidad” en las operaciones donde si el sujeto realiza actividades lucrativas de forma asidua llevaría a enmarcar a este sujeto como empresario, mientras que si no las realiza de forma habitual sería consumidor, conviene recordar lo tipificado en el artículo 1.1º del Código de Comercio que define a la figura del empresario y lo diferencia claramente del consumidor, dice así de forma literal o textual el precepto citado “*Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él **habitualmente**”.*

La jurisprudencia se ha referido en multiplicidad de sentencias a la nota de la “habitualidad” que trataremos de forma pormenorizada o detallada posteriormente. Y, por otra parte conviene destacar que la jurisprudencia hace una exclusión en el sentido subjetivo, es decir, en relación con el sujeto o persona que puede tener un ánimo de lucro de forma puntual con la realización de las operaciones comerciales excluyendo a las personas jurídicas de ese ánimo de lucro y reconociendo a las personas físicas como sujetos que potencialmente pueden obtener algún beneficio **puntual** como consumidores inversionistas. Por ejemplo, **Sentencia del TS número**

⁴⁶ CÁMARA LAPUENTE SERGIO. *Ibidem*. Pág.98

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE SERGIO. *Ibidem*. Pág.98

127/2018 de 24 de enero de 2018, FJ 6º⁴⁸, pero también hay otros ejemplos jurisprudenciales que procederé a sistematizar en el mismo sentido del anterior, **sentencia del TS número 17/2017 de 16 de enero de 2017, FJ 4º**⁴⁹ donde se recopila lo dicho anteriormente sobre la posibilidad del consumidor persona física de poder obtener ánimo de lucro con la operación que realice y amplía la posibilidad del mismo de obtener ánimo de lucro en el derecho de aprovechamiento por turnos siempre que no se trate de un empresario que se dedique de forma habitual a ese tipo de operaciones en el sector profesional, esto último viene reflejado en el mismo FJ 4º. Por otra parte, la **Sentencia del TS número 356/2018 de 13 de junio de 2018 FJ 3º**⁵⁰ en la que el TS recopila la jurisprudencia del TJUE sobre la posibilidad de obtener ánimo de lucro el consumidor con la operación que realice en concreto sin perder su condición de consumidor dictaminando en el caso concreto de la sentencia que el sujeto no pierde la condición de consumidor, aunque tenga un ánimo puntual de comprar la vivienda para arrendar a terceros. La **Sentencia del TS número 683/2017 de 18 de diciembre de 2017 FJ 4º**⁵¹ recoge la finalidad especulativa o de inversión que puede tener el consumidor en una determinada actividad sin perder su condición. En el caso tratado en la anterior sentencia, el TS reconoce que el mero ánimo de invertir sus ahorros de forma puntual para lucrarse con el alquiler o la reventa de su derecho no lo convierte en empresario. En este sentido de reconocer al consumidor inversor como tal sin perder la condición de consumidor encontramos más sentencias como por ejemplo, **SSTJUE en los asuntos Hamilton (TJCCEE (Sala Primera))**⁵², Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Sentencia 10-4-08 –[EDJ 2008/16670-](#)), en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la mencionada que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria y **Schulte (TJCEE (Gran Sala), Caso Elisabeth Schulte y otros contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG. Sentencia 25-10-05 –EDJ 2005/157222-**)⁵³ en el que el Tribunal de Luxemburgo consideró consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquirirían para revender o especular con su valor.

En conclusión, de la jurisprudencia se desprende la facultad del consumidor de ejercer como consumidor inversionista o con fines especulativos con la intencionalidad de obtener lucro de determinadas operaciones que realice, con la salvedad de que el sujeto no se dedique de forma profesional a la realización de las actividades y no las lleve a cabo de una forma habitual o con una cierta frecuencia en el tiempo y cuyo reconocimiento es a favor de las personas físicas con exclusión de las jurídicas para la obtención de lucro puesto que tal y como dictamina la jurisprudencia el ánimo de lucro que pueda inferirse de determinadas operaciones que realice

⁴⁸ STS número 127/2018 de 24 de enero de 2018(Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 6º

⁴⁹ STS número 17/2017 de 16 de enero de 2017 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 4º

⁵⁰ STS número 356/2018 de 13 de junio de 2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ3º

⁵¹ STS número 683/2017 de 18 de diciembre de 2017, FJ4º

⁵² STJUE asunto Hamilton (TJCCEE (Sala Primera), Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Sentencia de 10 de abril de 2008

⁵³ STJUE Schulte (TJCEE (Gran Sala), Caso Elisabeth Schulte y otros contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG. Sentencia de 25 de octubre de 2005

el consumidor no es contrario al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios que únicamente pone el límite que esas actividades se efectúen fuera de una actividad profesional o empresarial, pero no excluye el precepto la intención lucrativa o de inversión del consumidor, por ejemplo, **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, número 336/2014 de 14 de octubre, FJ 2º⁵⁴ in fine, SAP de SC de Tenerife, Sección 3ª, de 14 de septiembre, FJ 3º⁵⁵, SAP de SC de Tenerife, Sección 4ª, número 119/2018 de 16 de abril, FJ 4º⁵⁶.**

IV.-LA APLICACIÓN DE DETERMINADAS NORMAS PROTECTORAS DE LA PARTE DÉBIL CONTRACTUAL, SEA O NO CONSUMIDOR

Desde la perspectiva legal del consumidor lo cierto es que el legislador en el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁵⁷ prevé en su artículo 3 la posibilidad de que las personas jurídicas sin ánimo de lucro o las entidades sin personalidad jurídica sean consumidores a efectos de la ley, siempre y cuando actúen al margen de cualquier actividad profesional o empresarial como ya hemos analizado anteriormente, la cuestión a dilucidar en este apartado de nuestra exposición es, si es posible que las personas jurídicas cuando actúen como sociedad mercantil pueden resultar protegidas por la normativa de protección de consumidores en materia de transparencia para evitar los posibles abusos que se puedan producir cuando alguna de las partes contractuales tenga la posición de dominante frente a la contraparte. El TS en sentencia de 3 de junio de 2016 número 367/2016⁵⁸ ha dictaminado que es improcedente aplicar la protección en materia de transparencia de las condiciones contractuales cuando se contratan con consumidores y que sea extensible a los empresarios cuando actúan como no consumidores dado que ni el legislador español ni el comunitario han permitido que se extienda dicha protección al adherente no consumidor, FJ 4º de la sentencia anteriormente referenciada o reseñada de 3 de junio de 2016. En este mismo sentido encontramos más ejemplos de la jurisprudencia del TS, por ejemplo, sentencia del TS 246/2014 de 28 de mayo, FJ 2º⁵⁹ por el cual se niega la aplicación de la legislación especial en materia de protección de consumidores a un empresario que adquiere un despacho para el ejercicio profesional del mismo. Sentencia del TS número 227/2015 de 30 de abril FJ 5º⁶⁰ que

⁵⁴ SAP Pontevedra, Sección 1ª, número 336/2014 de 14 de octubre, FJ 2º in fine

⁵⁵ SAP de SC de Tenerife, Sección 3ª, de 14 de septiembre, FJ3º

⁵⁶ SAP de SC de Tenerife, Sección 4ª, número 119/2018 de 16 de abril, FJ 4º

⁵⁷ Cit Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicado en el BOE en fecha 30 de noviembre de 2007

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo número 367/2016 de 3 de junio de 2016(Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 4º

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo número 246/2014 de 28 de mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 2º

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo número 227/2015 de 30 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 5º

niega la facultad al adherente no consumidor de aplicársele la normativa especial en defensa y protección de los consumidores o usuarios. Así como, sentencia del TS 149/2014 de 10 de marzo⁶¹, sentencia del TS número 166/2014 de 7 de abril⁶², sentencia del TS número 246/2014 de 28 de mayo, entre otras.

4.1.-LOS LÍMITES EN LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO LEGAL DE CONSUMIDOR.-

La interpretación en materia de protección de consumidores y usuarios y no extensión de la misma a adherentes no consumidores la ha extraído el TS a través de la jurisprudencia comunitaria del TJUE en **Sentencia de 3 de septiembre de 2015 (Asunto 110-14)**⁶³ por el cual el tribunal comunitario interpretaba la **Directiva 93/13/CEE**⁶⁴ en la que dilucidaba o resolvía la cuestión interpretativa de que el consumidor adherente se podría encontrar en una situación de desventaja contractual frente a la parte contraria, es decir, frente a la parte profesional cuando se impongan por éste último cláusulas que no sean transparentes o que resulten abusivas o incomprensibles para el consumidor medio. Excluyendo así al adherente no consumidor, por ende.

Por lo tanto, hemos visto que el empresario no queda protegido por la legislación especial en materia de protección de consumidores, aunque tenga la condición en la contratación de adherente cuando contrate con otros empresarios. Por ello al quedar excluido el adherente no consumidor de la aplicabilidad de dicha normativa de consumidores, fuera de ella se ha ideado la aplicación legal de manera versátil a favor de empresarios adherentes para su protección ante prácticas abusivas de la contraparte en materia de contratación, por ejemplo, la legislación de seguros en la que el asegurado queda protegido con independencia de que tenga la condición o no de consumidor por el mero hecho de gozar de la posición de asegurado en el que podría encontrarse englobado el empresario. O la legislación bancaria, en específico, en materia de transparencia que resulta aplicable para cualquier sujeto que entre en contacto con la contratación bancaria siendo indiferente la condición subjetiva que tenga. Así que, el empresario en aras de una protección ante el abuso que se tercie por la contraparte en la contratación queda protegido por el control de transparencia del clausulado o condicionado general de los contratos cuando actúe como adherente ya sea o no consumidor dado que el sujeto que contrata un determinado servicio u obtiene un determinado bien debe conocer del alcance de las pretensiones que en ese contrato se encuentran abarcadas así como de las consecuencias jurídicas y económicas que de la cláusula se derivan o desprenden de cara al despliegue de los efectos del negocio jurídico en el futuro, eso sí, recurriendo a la normativa

⁶¹ STS número 149/2014 de 10 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁶² STS número 246/2014 de 28 de mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015(Asunto 110-14)

⁶⁴ Cit, Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Publicada en el BOE en fecha 21 de abril de 1993

sectorial de consumo y no a la legislación especial de protección de consumidores y usuarios, porque como hemos visto, el empresario queda separado de esta última.⁶⁵

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016**⁶⁶ se podría desprender de la misma que existen tres fases claramente del control contractual sobre las cláusulas en aplicación del principio de transparencia contractual y son las siguientes:

La primera referida al control de incorporación de la cláusula, es decir, si el adherente no fue conecedor de dicha cláusula ni tampoco tiene la posibilidad de llegar a conocerla, esa condición contractual debe ser nula y por lo tanto no formar parte del negocio jurídico. Una segunda en relación con el control del contenido de la cláusula y que solamente operaría o cobraría vigencia si la primera etapa de incorporación se ha superado con éxito, analizándose de oficio por los jueces y tribunales si resulta o no abusiva la misma y que, desde la sentencia del **TS de 9 de mayo de 2013**⁶⁷ esta abusividad no puede ir referida a los elementos esenciales del contrato que hacen ser al contrato lo que es y que cobre virtualidad práctica, como es la referencia al objeto principal del mismo o la relación entre el precio y la prestación derivada del mismo, ya que se debe tomar la decisión libremente por el contratante si adherirse o no a las condiciones del contratista al amparo del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y esa decisión debe quedar libre de cualquier abuso por la parte dominante. Y, en último lugar la fase referida al control de transparencia propiamente dicha, en la que se debe asegurar que el contratante conoce el alcance de las pretensiones contratadas y las cargas u obligaciones tanto jurídicas como económicas que de él dimanen de lo contrario sería una condición abusiva por falta de transparencia.

Por otra parte, la **sentencia del TS de 30 de enero de 2017**⁶⁸, FJ 6º ha dictaminado que resulta imposible o inviable legislativamente en este momento dada la tipificación de la materia sobre protección de consumidores o de usuarios de ampliarse al adherente no consumidor porque actualmente se contempla de forma exclusiva al consumidor como único sujeto que se podría proteger ante la falta de transparencia o la presencia de abusividad en el condicionado del contrato sobre esta legislación de protección de consumidores, siendo una opción del legislativo su extensión a favor de adherentes no consumidores.

El hecho de que no se incluyan a los adherentes no consumidores en dicha salvaguarda legal de la normativa de consumidores resulta un sistema “injusto, imperfecto e insatisfactorio” según DOHRMANN ALBIEZ, K.J.⁶⁹

⁶⁵ GONZÁLEZ PALACIOS DOLORES. *La Protección del Contratante Débil en los contratos en los que no interviene un consumidor*. Publicado en <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iv-numero-vii/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/la-proteccion-del-contratante-debil-en-los-contratos-en-los-que-no-interviene-un-consumidor/>

⁶⁶ Ibidem GONZÁLEZ PALACIOS DOLORES STS de 3 de junio de 2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁶⁷ STS de 9 de mayo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁶⁸ STS de 30 de enero de 2017 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 6º

⁶⁹ DOHRMANN ALBIEZ, K.J en *La Protección del Contratante Débil en los contratos en los que no interviene un consumidor*. Publicado en <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iv-numero-vii/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/la-proteccion-del-contratante-debil-en-los-contratos-en-los-que-no-interviene-un-consumidor/>

En conclusión, el legislador español y el comunitario no han extendido la posibilidad de contemplar a los adherentes no consumidores en aras de la normativa legal proteccionista de consumidores y usuarios ante prácticas abusivas o poco transparentes de la contraparte del contrato, algo que sin duda ha dispuesto a dicho sujeto en una situación de indefensión cuando se enfrenta ante posibles prácticas de abuso por parte de la parte contraria mediante la inclusión de condiciones poco claras o per se que resultan incomprensibles para la parte que se adhiere a las condiciones generales impuestas en el negocio jurídico afectando con ello, a la libre decisión de ese sujeto y a su libre autonomía de la voluntad al no tener la facultad de poder defenderse ante prácticas abusivas basándose en la legislación de consumidores en vez de, acudir a la normativa sectorial como la de seguros o la bancaria para buscar o encontrar dicha tutela o protección que sin duda es mucho más reducida y menos garantista que la que tienen los consumidores en sus disposiciones normativas especiales.

No obstante, y si bien se ha descartado la protección de determinados sujetos como consumidores, desautorizando la deformación del concepto legal de consumidor para englobar en su ámbito a supuestos muy alejados del propósito inicial del legislador, se ha abierto otra vía de protección de determinados sujetos, cierto que no son consumidores, pero responden a la categoría de contratantes débiles o contratantes que carecen de la posición económica y jurídica suficiente para contrarrestar situaciones de abuso o unilateralización de las instituciones y figuras del derecho civil tradicional.

4.2.-LA BUENA FE COMO CRITERIO DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE ANTE EL PREDISPONENTE

En nuestro ordenamiento jurídico carecemos con respecto a la normativa de contratos predispuestos de una cláusula general de la buena fe distinta a la que se aprecia en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General en Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que solamente sería aplicable a consumidores con exclusión de los que no lo sean, sin posibilidad de extensión al no consumidor por analogía.⁷⁰ No obstante, en relación con los sujetos no consumidores, su protección como posible parte débil contractual ha encontrado su sede en principios generales del derecho civil

Se ha propuesto el límite del art. 7 del CC. Mas el problema que se ha venido planteando con la aplicación práctica del artículo 7.1 del CC “ *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*” es que, el legislador no ha establecido pautas claras acerca de cómo debe aplicarse el mismo en la práctica entorno a conductas diversas en las que el principio

⁷⁰ MATO PACÍN NATALIA M^a, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, consultado en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-81, cit., Pág. 390

puede ser de aplicación. Para MIQUEL⁷¹ en clave interpretativa del precepto citado, el legislador no le ha dotado al juzgador de los pasos que este tiene que seguir para su virtualidad práctica y conexión real con los principios de honestidad, fidelidad, y protección a la confianza suscitada por la contraparte.

Si bien, el artículo 7.1 del CC que resulta aplicable no solamente en sede de contratos sino que es extensible a otros aspectos del ordenamiento jurídico, el precepto que si nos permite un encaje perfecto en sede contractual es el artículo 1258 del CC que dice así “ *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*” .

El recurso al principio de la buena fe como límite a las condiciones generales de la contratación resulta posible sin muchas dudas, dados los amplios términos en los que el Código civil reconoce el mismo, porque si de algo sirve el principio es que impregna a todo el ordenamiento jurídico sin excepciones, y las condiciones generales no pueden quedar al margen de dicho control⁷². El principio de la buena fe además, dado su carácter abierto, permite adaptarse a cualquier situación o circunstancia donde deba ser aplicada la misma y, permite hacer un verdadero control material de los contenidos de los ordenamientos jurídicos del Derecho Comparado, del Europeo y del Español.⁷³

La doctrina ha puesto de manifiesto que, al no existir verdaderas voluntades bilaterales en los contratos de adhesión, el artículo 1258 del CC resulta ser una regla de encaje que permite darle una solución al problema, pero no resuelve todas las cuestiones relativas al desequilibrio de posiciones que se originan entre partes desiguales donde el adherente se adhiere simplemente a las condiciones del predisponente sin prácticamente margen para negociar.

Este principio de buena fe despliega su eficacia, es lo que dice la doctrina, a través de dos posibles vertientes, una primera centrada en el aspecto interpretativo del contrato, la segunda, en la integración del contenido contractual.

En relación con la primera vertiente del principio de buena fe (interpretativo) se ha destacado (LACRUZ p.ejm.) como ésta debe guiar el desenvolvimiento normal de las relaciones contractuales que debe darse objetivamente mediante la interpretación de estas relaciones, protegiendo la confianza del destinatario en que ante una determinada conducta reprobable de la contraparte será sancionada.

Y, por otro lado, encontramos las reglas de la integración⁷⁴ que permiten resolver los conflictos que derivan de la anulación o de la falta de contenido contractual. En otras palabras, en defecto de pacto por las partes, operarían una serie de obligaciones y deberes previstas por el

⁷¹ *Ibidem*, Pág. 393

⁷² *Ibidem*, Pág. 408

⁷³ *Ibidem*, Pág. 409

⁷⁴ *Ibidem*, Pág. 398

ordenamiento jurídico que pese a que no hayan sido pactados por los contrayentes del negocio se aplicarían de igual manera por traer causa del contrato formalizado, tal y como dice DIEZ PICAZO.⁷⁵

No obstante, en materia de condiciones generales de la contratación la doctrina ha destacado que al no existir realmente una igualdad entre las partes porque habrá siempre una parte que predispone las cláusulas a las cuales se adhiere el adherente simplemente sin un gran margen de autonomía de voluntad, lo que la coloca en una posición de desequilibrio y desventaja con respecto a la contraparte, el art. 1258 CC no puede ser aplicada de la misma manera que si hubiese una igualdad real de negociación entre las partes fuera de los contratos de adhesión.⁷⁶ El alcance del art. 1258 CC y del principio de buena fe debe, por tanto, modularse en relación con este tipo de contratos.

Por ello, algún autor señala como en nuestro Derecho ha habido una voluntad real de los jueces y tribunales de ejercer un control material sobre las cláusulas predispuestas y paliar los abusos de derechos sobre la contratación adhesiva a pesar de no contar con un artículo que de forma directa y expresa pudiera servirles de fundamento para realizar dicho control⁷⁷. Alguna Sentencia ha manejado diversos criterios que deben guiar a la hora de realizar el referido control material, por ejemplo, SAP de Salamanca de 30 de diciembre de 2010 . Así se manejan criterios tales como, por un lado, conocer la posición de dominio que ocupe en el mercado el empresario predisponente, por otro lado, la ajenidad del objeto del contrato realizado del ámbito normal del predisponente, y finalmente, la transparencia en la predisposición de las cláusulas. Los dos primeros criterios, posición de dominio y ajenidad, sirven para detectar la situación de desequilibrio o debilidad del empresario adherente. Y, la transparencia que permite un equilibrio entre las partes al conocer, el adherente las condiciones a las que se obliga y las consecuencias económicas y jurídicas de dicho condicionado general al cual se adhiere. La buena fe en clave de transparencia en contratos de adhesión vendría configurada en el sentido de que, el adherente conozca dichas disposiciones como hemos dicho y las comprenda adecuadamente, así, el adherente conocería el resultado práctico de dichas obligaciones y deberes y se paliaría una posible situación de abuso por el predisponente en los supuestos que no se determine con claridad las condiciones del contrato.⁷⁸

Para garantizar un verdadero entendimiento del condicionado por parte del adherente se atiende a su nivel de conocimiento, su experiencia en el sector en el que contrata habitualmente y de la posición relativa que tenga el adherente con respecto al predisponente en dicho sector de contratación. La buena fe en sede de transparencia también obliga a considerar los intereses de la contraparte y a un equilibrio entre los derechos y deberes de las partes. En contratación mediante condiciones generales no se observa la voluntad querida por ambas partes, sino solamente la querida por el predisponente.⁷⁹

⁷⁵ *Ibidem*, Pág. 399

⁷⁶ *Ibidem*, Pág. 400

⁷⁷ *Ibidem*, Pág. 415

⁷⁸ *Ibidem*, pág.425

⁷⁹ *Ibidem*, pág.426

En definitiva, el principio de la buena fe en la contratación entre predisponente y adherente ha permitido paliar los posibles abusos que se ocasionan como consecuencia de la contratación adhesiva a través de un condicionado general y, pese a la inexistencia de un contenido legislativo pormenorizado que desarrolle el principio de la buena fe en este tipo de contratación, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han preocupado por darle una aplicación extensiva al artículo 1258 del CC para garantizar que la formalización de este tipo de negocios no se realiza de forma abusiva recurriendo en mayor medida a la transparencia contractual como principio que preserva el equilibrio entre las partes al permitir al adherente conocer el alcance de sus derechos, deberes y obligaciones.

4.3- PROTECCIÓN DEL ADHERENTE NO CONSUMIDOR ANTE LA NORMATIVA DE INVERSIONES

Como hemos visto anteriormente, el empresario adherente no cuenta con la protección que poseen los consumidores relativa a la legislación de consumidores y usuarios frente a posiciones de abuso de la contraparte y en normativa de transparencia, dicha situación de diferenciación entre el empresario adherente no consumidor y el consumidor adherente se pone en evidencia cuando se adhieren al condicionado general de condiciones de la contratación del predisponente, no siéndoles de aplicación la normativa de protección en materia de consumidores al adherente no consumidor cuando concierten contratos que tengan como finalidad la adquisición del bien o la prestación del servicio para la incorporación de los mismos a una actividad profesional, comercial o empresarial, remitiéndose en caso de condiciones que resulten nulas al artículo 1255 del CC sobre la nulidad en contratación negociada y a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Así lo pone de manifiesto la sentencia del TS de 3 de junio de 2016, número 367/2016 en su FJ 4^o⁸⁰ al excluir al empresario adherente no consumidor de la normativa de protección de consumidores ante situaciones de abuso o falta de transparencia de condiciones generales, más propio dicho ámbito de consumidores, refiriéndonos a los empresarios adherentes sobre la normativa sectorial para la declaración de nulidad de las disposiciones no negociadas o que resulten nulas por falta de transparencia, por ejemplo, normativa de contratación bancaria o de seguros donde se protege al adherente con independencia de la posición que tenga con respecto al mercado, no atendiendo así a su condición subjetiva como adherente sobre esta normativa sectorial.

Por lo tanto, el empresario adherente no consumidor no puede ampararse en la normativa de consumidores y usuarios para alegar la abusividad de una cláusula o la falta de transparencia de la misma, lo único que podrá hacer es ampararse en la nulidad de la cláusula negociada y apelar a la legislación sectorial en contratación adhesiva. En este mismo sentido encontramos

⁸⁰ Cit STS de 3 de junio de 2016 número 367/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

más ejemplos de la jurisprudencia del TS, por ejemplo, **sentencia del TS 246/2014 de 28 de mayo, FJ 2º**⁸¹ por el cual se niega la aplicación de la legislación especial en materia de protección de consumidores a un empresario que adquiere un despacho para el ejercicio profesional del mismo. **Sentencia del TS número 227/2015 de 30 de abril FJ 5º**⁸² que niega la facultad al adherente no consumidor de aplicársele la normativa especial en defensa y protección de los consumidores o usuarios. Así como, **sentencia del TS 149/2014 de 10 de marzo**⁸³, **sentencia del TS número 166/2014 de 7 de abril**⁸⁴, **sentencia del TS número 246/2014 de 28 de mayo**, entre otras.

V.--EL CONSUMIDOR Y SU PROTECCIÓN EN EL CONTRATO DE LEASING

5.1-EL CONTRATO DE LEASING Y SU REGULACIÓN

El contrato de leasing en términos del Anteproyecto de Ley del Código de Comercio lo define en los artículos 576-1 a 576⁸⁵ como aquel contrato mediante el cual el financiador cede un activo en arrendamiento al arrendatario(con el objetivo de poder incorporar dicho bien a su actividad económica, a cambio del pago de cuotas periódicas previamente pactadas entre el financiador y el arrendatario, transfiriendo todo el riesgo al arrendatario), que el arrendador ha adquirido previamente de un proveedor designado o aprobado por el arrendatario o del propio arrendatario.

También podemos encontrar la figura del leasing en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles disposición adicional primera, y en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Y, finalmente se encuentra en el artículo 106 y disposiciones transitorias cuarta, vigésimo novena y trigésima, de la Ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades que define el contrato de leasing como aquél que : “«por objeto exclusiva la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales.»

Por lo tanto, el contrato de leasing como figura contractual sirve al consumidor o usuario para la adquisición de productos para su propio consumo a través de la sociedad de leasing que se

⁸¹ Cit Sentencia del Tribunal Supremo número 246/2014 de 28 de mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 2º

⁸² Cit Sentencia del Tribunal Supremo número 227/2015 de 30 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 5º

⁸³ STS número 149/2014 de 10 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁸⁴ STS número 246/2014 de 28 de mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁸⁵ Anteproyecto de Ley del Código de Comercio. Publicado en el BOE en fecha 29 de enero de 2015

los facilita por medio de un tercero (proveedor o fabricante de ese producto o bien) a cambio del pago de una cuota periódica a favor de la entidad de leasing que abona el propio usuario de leasing.

En cuanto a su naturaleza jurídica, ésta ha sido muy discutida (dudando en calificarlo ya como un contrato de compraventa, de arrendamiento o de financiación)., si bien, se ha impuesto de manera mayoritaria que el contrato de leasing es un contrato de naturaleza mixta, una contrato de naturaleza "sui generis", es decir, que no se puede reducir a una categoría jurídica concreta sino que tiene su propia naturaleza que lo diferencia de aquellos contratos con los que comparte alguna nota definitoria o con los que comparte una similar función económica o social.

En todo caso, dada la práctica habitual de perfección de este tipo contractual, el contrato de leasing suele ser un contrato de adhesión, sometido a condiciones generales de la contratación, en el que una de las partes unilateraliza y predispone el contenido contractual, abusando de su posición de dominio, económico y jurídico, para sesgar el contenido contractual a su exclusiva ventaja.

En cuanto a los sujetos del contrato de leasing. Se considera que existe una estructura trilateral con respecto a dicho negocio jurídico del leasing ⁸⁶, en la medida que hay un fabricante o proveedor del producto, junto con la sociedad de leasing que arrienda dicho objeto que adquiere del proveedor o fabricante y finalmente, el usuario o arrendatario de leasing. En Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995⁸⁷ hace acopio de esta estructura trilateral del contrato de leasing contemplando a la figura del empresario o usuario que adquiere los productos para sí, la sociedad intermediaria de leasing, que es la que interviene en la financiación del producto con lucro en la transacción económica y, por último el vendedor, fabricante o distribuidor de los bienes que facilita a la sociedad de leasing el mismo.

Por otro lado, se viene a considerar que, si bien el proveedor interviene en la preparación del negocio y ejecución del mismo, una vez que se procedido a la formalización del contrato de leasing ya deja de forma parte de esta estructura tripartita y pasa a convertirse el contrato en bilateral donde estarían exclusivamente desde el plano subjetivo, la sociedad de leasing (arrendadora) y, el usuario de leasing (arrendatario).

5.2- EL CONTRATO DE LEASING Y SU RELACIÓN CON EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007 PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

⁸⁶ CARBAJO VASCO DOMINGO, DIAZ ECHEGARAY JOSÉ LUIS Y SERRANO MORACHO FRANCISCO en "Arrendamientos Financieros y Operativos tras la NIFF16: Perspectiva Contable, Jurídica y Fiscal". Editorial Tirant.2017. Pág. 76 y 77.

⁸⁷ Ibidem. Págs. 76 y 77.

Al tratarse de una operación de bienes al consumo y al tratarse de defender los intereses de los consumidores y usuarios dado que en este tipo de contratos dirigidos a consumidores que adquieren productos o bienes para su consumo están salvaguardados o amparados por la Ley en Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 13 de abril, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸⁸ que dice así: (*“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*) ,se les aplican la disposición legal anteriormente reseñada y, también cuenta el consumidor con el respaldo de la Ley de Represión de la Usura⁸⁹.

Como estudiamos en el epígrafe relativo al consumidor inversor y al apartado también relativo a la protección de la parte más débil contractual, el adherente no consumidor, tuvimos con ocasión de su análisis la delimitación de si nos encontrábamos ante un verdadero consumidor o de lo contrario no por concurrir las notas relativas a la ajenidad en las actividades profesionales, empresariales o comerciales del sujeto y, si resulta extensiva la aplicación de los efectos relativos a la normativa de protección en materia de consumidores o usuarios a los adherentes no consumidores.

Se concluyó que la normativa en materia de protección de consumidores o usuarios no resulta aplicable al no consumidor adherente si actúa en el tráfico jurídico o económico como empresario que adquiere bienes o servicios con la finalidad principal de incorporar el producto de ese contrato a una actividad productiva, empresarial o comercial, y con independencia de que su posición contractual sea de adherente porque al no actuar al margen de operaciones comerciales, empresariales o productivas actúa como empresario y por ende, la normativa sobre transparencia y control de abusividad del condicionado general de la contratación en materia de legislación especial de consumidores no resulta aplicable, siendo de virtualidad práctica para el no consumidor adherente, el control de las condiciones generales que operan para las cláusulas negociadas acorde con el artículo 1255 del CC, y en especial, las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que dice así textualmente *“ Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*. ⁹⁰Por lo tanto, para la protección del adherente no consumidor

⁸⁸ Cit. RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicada en el Boletín Oficial del Estado

⁸⁹ Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. Publicado en el BOE.

⁹⁰ CÁMARA LAPUENTE SERGIO. Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el “marco jurisprudencial heterodoxo”): (construcciones extralimitadas). Publicado en Almacén de Derecho en fecha 27 de junio de 2016, consultado en <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>

deberemos acudir a la normativa sectorial donde se tutela la posición del mismo frente a actos que contravienen lo pactado o que son lesivos para sus intereses, sin posibilidad de recurrir a la normativa de consumidores o usuarios porque no son consumidores los sujetos que no actúan al margen de operaciones mercantiles, empresariales, comerciales o de producción, tal y como expone el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias “ *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”. A continuación, se expondrán una serie de casos de la jurisprudencia que tienen relación con la figura del adherente no consumidor y su posición respecto al leasing financiero donde se pone de manifiesto que este sujeto no queda salvaguardado por esta normativa de consumidores o usuarios frente a cláusulas abusivas o no transparentes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de octubre de 2015, número 1456/2015⁹¹, expone como supuesto de hecho que el fiador que forma parte de un contrato de leasing cuya finalidad principal del deudor principal (adherente no consumidor) es la obtención de un bien mediante el arrendamiento financiero no es consumidor a los efectos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias porque, no es ajena su actividad en el caso concreto a la actividad empresarial, sino que prevé la formalización del negocio jurídico para incorporar su objeto a la actividad profesional que viene desempeñando. Por lo tanto, el fiador que interviene en el contrato al ser accesorio el contrato de fianza al principal (contrato de leasing) queda vinculado por la finalidad del objeto principal del contrato que es ajena a la actividad de adquisición del bien para consumo propio o privativo, lo que supone que al ser ajeno el contrato a una finalidad de consumo no resulta de aplicación la normativa de consumidores o usuarios sobre abusividad o falta de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sino la normativa sectorial de protección del adherente no consumidor y del control de nulidad de las condiciones generales negociadas acorde con el artículo 1255 del CC, tal y como se refleja en dicha resolución en el FJ 5º. Pero lo cierto es que, en los últimos tiempos el TJUE ha venido a extender la protección en materia legislativa de consumidores a favor de los fiadores, ejemplo ATJUE de 19 de noviembre de 2015.⁹²

Pero también encontramos otros ejemplos en la jurisprudencia como, la sentencia de la Audiencia Provincial de Elche número 2817/2013 de 11 de julio de 2013⁹³ en cuyo supuesto concreto referido al contrato de renting pero de cuya doctrina jurisprudencial de la resolución se desprende lo mismo que hemos dicho en la anterior sentencia reseñada que, al no ostentar ninguna de las partes la condición de consumidora a los efectos del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias no resulta aplicable la normativa tuitiva y de protección de consumidores o

⁹¹ SAP de Barcelona de 22 de octubre de 2015, número 1456/2015, FJ 5º

⁹² ATJUE de 19 de noviembre de 2015

⁹³ SAP de Elche de 11 de julio de 2013 número 2817/2013

usuarios sino el control de nulidad de las condiciones generales negociadas y la normativa sectorial de protección del adherente no consumidor, y más cuando el arrendatario de renting se subroga en los derechos del arrendador de renting para proceder contra el proveedor del bien perdiendo así cualquier condición de consumidor y, dejaría de existir cualquier situación de abusividad o de desequilibrio de las partes del contrato al proceder a ostentar los derechos del arrendador la arrendataria de renting. En el mismo sentido que las dos resoluciones anteriores encontramos, Sentencia del TS de 19 de febrero de 2010 número 85/2010, FJ 3º in fine⁹⁴, y la Sentencia del TS de 1 de octubre de 2012 número 568/2012, FJ 3º⁹⁵.

El principal problema que nos encontramos a la hora de determinar si existe abusividad o no en la incorporación de cláusulas al condicionado general de la contratación es que no existe un concepto de “cláusula abusiva” lo que ha derivado en la práctica a la convergencia por parte de la jurisprudencia a determinar cuándo nos encontramos o no ante una cláusula abusiva remitiéndose en múltiples ocasiones al siguiente argumento para extender la declaración de abusividad de las cláusulas a contratos celebrados entre empresarios, todo hay que decirlo, se trata de aplicación por parte de la jurisprudencia minoritaria y referida a la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.⁹⁶ *“Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante [sic]. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”*. Sin embargo, la Sentencia del TS de 3 de junio de 2016⁹⁷ rechaza dicha posibilidad de extensión de la declaración de abusividad a empresarios como ya hemos analizado con anterioridad en nuestro trabajo.

Por otra parte, el autor CÁMARA LAPUENTE⁹⁸ pone de manifiesto que, en materia de contratos de adhesión, el legislador no ha hecho acopio del Derecho Comparado para dotar de contenido a lo que se entiende como un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que dimanen del contrato, como si lo ha hecho Francia que en el año 2008 ha procedido a reformar su Código de Comercio para dotar de contenido legislativamente acerca de lo que se entiende por “desequilibrio entre los derechos y obligaciones entre las partes y abuso en la contratación” en contratos celebrados entre empresarios.

A pesar de lo dicho anteriormente, es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico existen determinadas normas o disposiciones legales que si recogen o recopilan los supuestos en los

⁹⁴ STS de 19 de febrero de 2010 número 85/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª, FJ 3º, in fine)

⁹⁵ STS de 1 de octubre de 2012 número 568/2012 (Sala de lo Civil, Sección 1ª, FJ 3º)

⁹⁶ Cit CÁMARA LAPUENTE SERGIO, cit.

⁹⁷ Cit STS de 3 de junio de 2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

⁹⁸ Cit CÁMARA LAPUENTE SERGIO, cit.

que nos encontramos ante un auténtico desequilibrio en las condiciones de los contratos formalizados por empresarios. Por ejemplo, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen mecanismos de lucha contra la morosidad⁹⁹ en cuyo artículo 9 dice lo siguiente “*Será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso*”. O, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías¹⁰⁰, artículo 38.4 que dice lo siguiente “*El pacto en contrario se considerará nulo en todos aquellos casos en que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador y carecerá de efecto cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto sólo pueda mostrar su aceptación o rechazo global*”. Ejemplo sobre control del abuso contractual podemos encontrar la Ley 50/1980, del contrato de seguro¹⁰¹, que en su precepto 3.1 contiene lo siguiente “*Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito*”. Por lo tanto, ejemplos en la normativa española sectorial encontramos sobre el abuso y el control de transparencia en materia de contratación, pero no una disposición general que contenga un concepto unívoco sobre cuándo se entiende que estamos ante una posición de abuso y ante una falta de transparencia.

Lo cierto es que la aplicación flexible y por irradiación de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios a los contratos de adhesión entre empresarios no ha prosperado en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, Sentencia del TS 15 de diciembre de 2005¹⁰² donde niega la condición de consumidor y la aplicación de su normativa a un dueño de un restaurante por no ser destinatario final de la operación. Sentencia del TS 10 de marzo de 2014¹⁰³ niega la consideración de abusiva de una cláusula penal indemnizatoria por el desistimiento unilateral de un contrato de mantenimiento de ascensores de una residencia de mayores. O, Sentencia de 28 de mayo de 2014¹⁰⁴ niega el abuso y aplicación de la normativa de consumidores a abogado que concierta el contrato con finalidades profesionales.

⁹⁹ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen mecanismos de lucha contra la morosidad. Publicada en el BOE en fecha 30 de diciembre de 2004

¹⁰⁰ Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Publicada en el BOE en fecha 12 de noviembre de 2009

¹⁰¹ Ley 50/1980, del contrato de seguro. Publicada en el BOE en fecha 17 de octubre de 1980

¹⁰² STS de 15 de diciembre de 2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en cit CÁMARA LAPUENTE SERGIO. Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas,.....

¹⁰³ STS 10 de marzo de 2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) ibídem CÁMARA LAPUENTE SERGIO.

¹⁰⁴ STS de 28 de mayo de 2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) ibídem CÁMARA LAPUENTE SERGIO.

Además, se ha discutido por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia de si la falta de transparencia puede ser una causa directa para declarar la abusividad de la cláusula¹⁰⁵. Lo cierto es que, el TJUE se venía desmarcando de dicha conexión entre falta de transparencia y abusividad, pero tras la sentencia de 21 de diciembre de 2016¹⁰⁶ ya conecta abusividad con falta de transparencia, siendo criticado por parte de la doctrina en la medida que el TJUE está arrogándose la competencia de legislador al conectar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 referido a “control de cláusulas abusivas referidas al objeto del contrato principal” con el 6 de la misma Directiva relativo a “consecuencias del carácter abusivo”, por la vía del artículo 3 referido a la “definición de cláusula abusiva”. Otras resoluciones dictadas por el tribunal comunitario parecen que apunta en el sentido anterior de conectar condición abusiva del contrato con falta de transparencia, ejemplos, ATJUE 16.11.2010 (Pohotovost) o las SSTJUE 15.3.2012 (Perenicová), 25.2.2015 (Matei) y 9.7.2015 (Bucura).¹⁰⁷

Y, ya la STJUE de 26 de enero de 2017¹⁰⁸ parece decantarse por la conexión directa entre abusividad y falta de transparencia al exponer que “*sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible*”.

El TS también en los últimos tiempos ha vinculado la falta de transparencia con situación de abuso contractual, por ejemplo, Sentencia del TS número 489/2018 de 13 de septiembre, FJ 2º¹⁰⁹, STS número 311/2018 de 24 de mayo, FJ 3º¹¹⁰, STS 216/2018 de 11 de abril, FJ 5º¹¹¹, entre otras.

Desde la doctrina se ha venido criticando el hecho de que el TS no extienda los efectos de nulidad de las cláusulas abusivas a los contratos celebrados por empresarios, ejerciendo el control de transparencia en el momento de su incorporación, ya que prácticamente existe el mismo control de incorporación para los contratos de consumo (artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y el artículo 5 de la Ley Condiciones Generales de la Contratación, concluyendo que, la cláusula no transparente no sería nula por abusiva, sino que directamente no se incorporaría al contrato¹¹². Esta misma interpretación de no incorporar cláusulas a los contratos que no resulten transparentes encontramos su apoyo en el voto particular del Magistrado de la Sentencia de 3

¹⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE SERGIO.. *Cláusulas Suelo y Cláusulas Abusivas*. Publicado en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/7334-limitaciones-y-extralimitaciones-del-ts-y-tambien-del-tjue>

¹⁰⁶ STJUE de 21 de diciembre de 2016

¹⁰⁷ Ibidem CÁMARA LAPUENTE SERGIO.

¹⁰⁸ STJUE de 26 de enero de 2017

¹⁰⁹ STS de 13 de septiembre de 2018, número 489/2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 2º

¹¹⁰ STS de 24 de mayo de 2018, número 311/2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 3º

¹¹¹ STS de 11 de abril de 2018, número 216/2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 5º

¹¹² Cit CÁMARA LAPUENTE SERGIO. *Cláusulas Suelo y Cláusulas Abusivas*. Publicado en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/7334-limitaciones-y-extralimitaciones-del-ts-y-tambien-del-tjue>

de junio de 2016 del TS que sostiene que “*el control de transparencia debería reconducirse al de incorporación, y, por tanto, aplicarse también a empresarios*”.¹¹³

5.3- LA APLICACIÓN DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA AL CONTRATO DE LEASING

Resulta también posible control de la legalidad del contenido y finalidad del contrato de leasing desde la perspectiva de la Ley de Represión de la Usura. El artículo 1 de dicha disposición legal que establece cuáles son las condiciones para que un crédito sea abusivo, señalando las siguientes:

- 1.- “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino”.
- 2.- “Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias”.
- 3.- “Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia la Audiencia Provincial de Albacete en sentencia **313/2017 de 6 de noviembre (Sección Primera)**¹¹⁴ reproduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia **628/2015 de 25 de noviembre (Sala de lo Civil, Sección Pleno)**¹¹⁵ por la cual el Alto Tribunal venía a considerar que no es necesario que concurren los tres requisitos referenciados en el artículo uno de la Ley de la Represión de la Usura sino que es suficiente con que concorra el requisito de que se pacten unos intereses superiores al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, sin necesidad de que concurren los dos requisitos posteriores, sino solamente es suficiente para considerarlo leonino cuando estemos en presencia del primer punto por lo tanto.

En otra sentencia más reciente esta vez de la Audiencia Provincial de Barcelona en resolución **408/2018 de 10 de mayo de 2018, Sección 17**¹¹⁶ estableció la nulidad del préstamo objeto del litigio por pactarse unos intereses abusivos del 21, 70 por ciento muy superior al interés legal del dinero, y al ser aplicable la Ley de la Represión de la Usura en base al artículo 1 de la misma disposición legal y en relación con la **sentencia del Tribunal Supremo de 25 de**

¹¹³ *Ibidem* CÁMARA LAPUENTE SERGIO

¹¹⁴ SAP de Albacete 313/2017 de 6 de noviembre (Sección Primera).

¹¹⁵ STS 628/2015 de 25 de noviembre de 2015(Sala de lo Civil, Sección Pleno).

¹¹⁶ SAP de Barcelona 405/2018 de 10 de mayo de 2018 (Sección 17).

noviembre de 2015¹¹⁷ que declara esta última que al tratarse de una operación contractual que se encuadra dentro de las operaciones destinadas al consumo procede la aplicación de dicha Ley configurándose la disposición normativa como un límite a la autonomía de la voluntad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea por otra parte (TJUE) en sentencia de 21 de enero de 2015¹¹⁸ en su **Considerando 43** establece que la cláusula relativa a los intereses de demora pactados no pueden superar tres veces el interés legal del dinero pero que en cualquier caso la superación de ese límite no prejuzga la apreciación por parte del juez que la cláusula pueda ser abusiva y, además en el caso de que aprecie que dicha cláusula relativa a los intereses es abusiva no impide que el juez nacional deje sin aplicar la misma.

En definitiva la jurisprudencia ha sido clara a la hora de determinar la abusividad de la cláusula relativa a los intereses de demora previamente pactados estableciendo por su parte el TJUE que no pueden ser superiores dichos intereses a tres veces el interés legal del dinero y el Tribunal Supremo ha fijado que para que una cláusula sea abusiva basta con que concorra el requisito de que los intereses sean superiores al interés legal del dinero sin que concurren los otros dos requisitos subsiguientes del artículo 1 de la Ley de la Represión de la Usura, siendo esa ley aplicable a operaciones de consumo que tenga relación con consumidores.

La posible abusividad de la cláusula de reserva de dominio.-Desde un ámbito jurisprudencial La Audiencia Provincial de Ourense en sentencia de 22 de abril de 1996¹¹⁹ en su Fundamento Jurídico Tercero declara que para que exista una oposición efectiva por parte de la sociedad de leasing frente a terceros para recobrar dicho bien es necesario que acredite la inscripción en el Registro correspondiente de dicho derecho de reserva de dominio puesto que de lo contrario no se podría alegar la titularidad por parte de la entidad de leasing.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª), número 237/1998 de 16 de octubre¹²⁰ declara en su Fundamento Jurídico Segundo para una mayor comprensión del derecho de reserva de dominio que, los contratos de arrendamiento financiero de leasing no se podrían entender si no se reconoce la propiedad mediata a la entidad de leasing, puesto que si ya con la cesión del objeto del contrato a favor del arrendatario de leasing se reconociese su titularidad desde el principio éste tipo de contrato perdería su razón de ser, en la medida que no tendría sentido el derecho de opción de compra que se incorporaría a la finalización del contrato. Y, finalmente en su Fundamento Jurídico Tercero ya reconoce que, en efecto, el derecho de reserva de dominio al estar inscrito en el Registro a favor de la sociedad de leasing permite oponer su titularidad frente a terceros, lo que faculta a la sociedad de leasing a la recuperación de dicho bien objeto del negocio.

¹¹⁷ STS de 25 de noviembre de 2015.

¹¹⁸ STJUE de 21 de enero de 2015.

¹¹⁹ SAP Ourense de 22 de abril de 1996

¹²⁰ SAP de Cáceres (Sección 2ª), número 237/1998 de 16 de octubre

Por otra parte resulta reseñable la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª), número 345/2011 de 30 de diciembre¹²¹ que en su Fundamento de Derecho Segundo establece la función de garantía de la reserva de dominio, en el sentido de que con dicha reserva solamente se pretende garantizar que la sociedad de leasing va a recuperar dicho bien en caso de incumplimiento de los pagos pactados por parte de la arrendataria de leasing que en ningún caso otorgan facultades dominicales a la entidad de leasing sirviendo exclusivamente como garantía de pago a favor de la misma frente al arrendatario de leasing.(En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), número 172/2017 de 31 de marzo¹²², FJ 1º).

5.4-LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Conjuntamente con el derecho de reserva de dominio anteriormente expuesto y desarrollado procederemos a exponer el vencimiento anticipado y la repercusión jurisprudencial que tiene el mismo a los efectos de determinar cuándo estamos realmente ante un supuesto de vencimiento anticipado y las consecuencias que supone su estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), número 48/2017 de 23 de noviembre¹²³ recoge la doctrina fundamental sobre el vencimiento anticipado tanto del Tribunal Supremo como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en su Fundamento Jurídico Segundo párrafo segundo acerca de la doctrina del TS sentada en sentencia de 19 de mayo de 2009¹²⁴ viene a determinar que no es válido cualquier incumplimiento para determinar la resolución por incumplimiento del contrato nos dice que el incumplimiento debe ser “esencial” que para la determinación de esa esencialidad es necesario atender a la identidad cuantitativa, cualitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 14 de marzo de 2013¹²⁵, apartado 73 dio a entender que el ejercicio de una cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento del pago de una cuota era abusiva y desproporcionada, en la medida que para poder hablar de incumplimiento esencial debería de tratarse de más de una sola cuota impagada, y estableció las bases para apreciarse dicho incumplimiento debiéndose tener como parámetro la duración y cuantía del préstamo. En relación con la anterior sentencia del TJUE se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015¹²⁶ que dictaminó que el incumplimiento de una obligación accesoria o el impago de una sola cuota resulta abusiva, tal y como declara el FJ 5º quinto motivo y a su vez dicha sentencia sienta el criterio de que al menos se deben incumplir **3 cuotas del préstamo** para poder invocar y que se estime una cláusula de vencimiento anticipado. Por lo tanto, se declara la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, pero

¹²¹ SAP de Palencia (Sección 1ª), número 345/2011 de 30 de diciembre

¹²² Auto de la AP de Málaga (Sección 5ª), número 172/2017 de 31 de marzo

¹²³ Auto de la AP de Teruel (Sección 1ª), número 48/2017 de 23 de noviembre

¹²⁴ STS de 19 de mayo de 2009

¹²⁵ STJUE de 14 de marzo de 2013

¹²⁶ STS número 705/2015 de 23 de diciembre de 2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FJ 5º

para poder invocarse la misma y apreciarse debe haberse incumplido un número mínimo de 3 cuotas.

VI.- CONCLUSIONES

El consumidor como hemos podido analizar del presente trabajo, presenta en la actualidad una concepción amplia desde el punto de vista normativo, que supone la recepción por el legislador de un distinto papel del consumidor como operador del mercado y del tráfico jurídico, la jurisprudencia y la legislación no solamente lo circunscribe o lo constriñe a la adquisición de bienes y prestación de servicios para su consumo final, sino que además permite que obtenga ánimo de lucro en las operaciones que realice como “consumidor inversor” siempre que, por supuesto, no realice las operaciones con finalidad de actividad profesional y con carácter habitual puesto que se convertiría en empresario.

Por otra parte, el concepto anteriormente referenciado sobre “consumidor” desde una perspectiva amplia y enfocada desde el contrato de leasing para la adquisición de bienes al consumo, resulta problemática la conjugación de la figura de este sujeto con la naturaleza del contrato, ya que unas veces el consumidor pasa de ser mandante de la sociedad de leasing quien adquiere ésta última un determinado bien a favor del consumidor, para luego transformarse el usuario en arrendatario de leasing, en la medida que la entidad arrendadora (la sociedad de leasing) pasaría a ceder el derecho de uso sobre el bien a favor del usuario (arrendatario del bien) a cambio del pago por éste último de una cuota cuyos vencimientos se han pactado previamente para finalmente convertirse el consumidor a la finalización del contrato en, un comprador ejercitando el derecho de compra sobre el bien que ha sido objeto de leasing. Por lo tanto, observamos la problemática que existe a la hora de ubicar al consumidor en una determinada figura jurídica de los contratos (mandato, arrendamiento y compraventa) dentro de una única categoría contractual denominada “contrato de leasing”.

Por último, se encuentra la facultad de ejercicio del derecho de vencimiento anticipado de la sociedad de leasing a favor del usuario o arrendatario de leasing en los supuestos que éste último, incumpla un determinado número de pago de cuotas objeto del negocio jurídico permitiendo a la entidad de leasing reclamar anticipadamente el capital íntegro pactado del contrato de leasing sin necesidad de llegar al término del plazo de cada una de las cuotas, perdiendo así el arrendatario el derecho a hacer uso del plazo. Desde nuestro punto de vista, esta facultad o derecho de la sociedad de leasing sería en cierta medida “abusivo”, puesto que, no solamente dispondría al consumidor en una situación de imposibilidad de pago o de insolvencia al reclamarse anticipadamente el pago de todas las cuotas sin esperar a los vencimientos de cada una de ellas, sino que, además, se reconoce el derecho de la sociedad arrendadora de recuperar o recobrar el bien objeto del contrato, entendiéndose que sería suficiente con reclamar las cantidades adeudadas en virtud del negocio jurídico, sin necesidad también de exigir la restitución del bien (por aplicación o virtualidad del derecho de reserva de dominio).

Además, se podría aprobar una regulación legal y dotar de sustantividad al contrato de leasing ,ya que muchas situaciones de abuso por parte de la entidad de leasing parten de la base del ejercicio del derecho de “vencimiento anticipado” que no tiene en cuenta la capacidad de solvencia del deudor pudiendo llegar a ser atractivo estudiar el índice de solvencia del consumidor al inicio del contrato y, necesariamente con anterioridad a la prestación del consentimiento informado del usuario para evitar que se formalice un contrato en el que no está garantizada la solvencia del deudor ni su cumplimiento ante el impago de cada una de las cuotas que componen el negocio jurídico.

VII.- Bibliografía

ÁCEDO PENCO, ÁNGEL La noción del consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal Y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño, Anuario de la Facultad de Derecho, 2000.

CASTAÑEDA, JOSÉ E. *Nota Breve sobre el Concepto de Consumidor*. Cuadernos de Estudios Empresariales. Volumen 12,2012.

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el “marco jurisprudencial heterodoxo”): (construcciones extralimitadas). Publicado en Almacén de Derecho en fecha 27 de junio de 2016, consultado en <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Cláusulas Suelo y Cláusulas Abusivas*. Publicado en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/7334-limitaciones-y-extralimitaciones-del-ts-y-tambien-del-tjue>

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *El Concepto Legal de Consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español. Aspectos controvertidos y no resueltos*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, nº 1, 2011, consultada en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>.

CARBAJO VASCO DOMINGO, DIAZ ECHEGARAY JOSÉ LUIS Y SERRANO MORACHO FRANCISCO en “*Arrendamientos Financieros y Operativos tras la NIFF16: Perspectiva Contable, Jurídica y Fiscal*”. Editorial Tirant.2017.

ESTÉVEZ ABELEIRA TERESA, Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español, Tesis doctoral, Univ. de Vigo, 2016, consultada en <http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/handle/11093/5057>

GONZÁLEZ PALACIOS, DOLORES. *La Protección del Contratante Débil en los contratos en los que no interviene un consumidor*. Publicado en <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iv-numero-vii/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/la-proteccion-del-contratante-debil-en-los-contratos-en-los-que-no-interviene-un-consumidor/>

GOZAÍNI ALFREDO, OSVALDO. ¿Quién es consumidor a los fines de la protección procesal. Revista PUCP, 2003.

HERRERO JIMÉNEZ, MARCIAL. *El Concepto de Consumidor en el Derecho de la Unión Europea*. Revista de Estudios Económicos y Empresariales. Número 28,2016.

MARÍN LÓPEZ MANUEL JESÚS en Comentarios al proyecto de ley de reforma de la lgdcu el “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU., Publicado el 10 de diciembre de 2013 consultado en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/12/MANUEL-MAR%C3%8DN-24-NOV-TEXTO-Concepto-consumidor-en-Proy-modif-TRLGDCU.pdf>

MATO PACÍN NATALIA M^a, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, consultado en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-81

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO en “La Protección Jurídica del Consumidor en la Contratación en General”. Colección Derecho del Consumo.

VIII.-LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/ 2007 de 16 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Publicada en el BOE en fecha 24 de julio de 1984

Directiva 85/577/C.E.E del Consejo de Europeo de 20 de diciembre de 1985 sobre protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Publicada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0577>

Directiva 87/102/C.E.E de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo. Publicada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31987L0102>

Directiva 97/7/C.E.E de 20 de mayo de 1997 sobre protección de los consumidores en contratos a distancia. Publicada en <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=EN>

Directiva 93/13/C.E.E de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Publicada en el BOE en fecha 21 de abril de 1993

Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2 apartado e). Publicada en el BOE en fecha 18 de marzo de 1998

Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2 apartado d). Publicada en el BOE en fecha 1 de julio de 2011

Directiva 2008/48 sobre créditos al consumo, artículo 3 apartado a). Publicado en el BOE en fecha 22 de mayo de 2008

Ley 43/2007 de 13 de diciembre, sobre la protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio. Publicado en el BOE en fecha 14 de diciembre de 2007

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Publicada en el BOE en fecha 1 de abril de 2009

Anteproyecto de Ley del Código de Comercio. Publicado en el BOE en fecha 29 de enero de 2015

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. Publicado en el BOE.

Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen mecanismos de lucha contra la morosidad. Publicada en el BOE en fecha 30 de diciembre de 2004

Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Publicada en el BOE en fecha 12 de noviembre de 2009

Ley 50/1980, del contrato de seguro. Publicada en el BOE en fecha 17 de octubre de 1980

IX.-JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo en sentencia número 188/2019 de 27 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 550/2019 de 18 de octubre (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 703/2018 de 13 de diciembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

Auto del TS de 25 de septiembre de 2019 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

Sentencia del TS número 224/2017 de 5 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS 149/2014 de 10 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 166/2014 de 7 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 705/2015 de 23 de diciembre de 2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 367/2016 de 3 junio, (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 16/2017 de 16 de enero (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 594/2017 de 7 de noviembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 127/2018 de 24 de enero de 2018(Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 356/2018 de 13 de junio de 2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS número 683/2017 de 18 de diciembre de 2017

Sentencia del Tribunal Supremo número 246/2014 de 28 de mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

Sentencia del Tribunal Supremo número 227/2015 de 30 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS de 9 de mayo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS de 30 de enero de 2017 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS de 19 de mayo de 2009

STS de 19 de febrero de 2010 número 85/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS de 1 de octubre de 2012 número 568/2012 (Sala de lo Civil, Sección 1ª)

STS 628/2015 de 25 de noviembre de 2015(Sala de lo Civil, Sección Pleno).

STJUE de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa

STJUE de 20 de enero de 2005

STJUE asunto Hamilton (TJCCEE (Sala Primera), Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG. Sentencia de 10 de abril de 2008

STJUE Schulte (TJCEE (Gran Sala), Caso Elisabeth Schulte y otros contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG. Sentencia de 25 de octubre de 2005

STJUE de 14 de marzo de 2013

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015(Asunto 110-14)

STJUE de 21 de diciembre de 2016

STJUE de 26 de enero de 2017

ATJUE de 19 de noviembre de 2015

STJUE de 21 de enero de 2015

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013.

SAP Pontevedra, Sección 1ª, número 336/2014 de 14 de octubre

SAP de SC de Tenerife, Sección 3ª, de 14 de septiembre

SAP de SC de Tenerife, Sección 4ª, número 119/2018 de 16 de abril

SAP de Barcelona de 22 de octubre de 2015, número 1456/2015

SAP de Elche de 11 de julio de 2013 número 2817/2013

SAP de Albacete 313/2017 de 6 de noviembre (Sección Primera).

SAP de Barcelona 405/2018 de 10 de mayo de 2018 (Sección 17).

SAP Ourense de 22 de abril de 1996

SAP de Cáceres (Sección 2ª), número 237/1998 de 16 de octubre

SAP de Palencia (Sección 1ª), número 345/2011 de 30 de diciembre

Auto de la AP de Málaga (Sección 5ª), número 172/2017 de 31 de marzo

Auto de la AP de Teruel (Sección 1ª), número 48/2017 de 23 de noviembre