

Grau en Dret

Treball de fi de Grau (21067/22747)

Curs acadèmic 2020-2021

LA NOCIÓ DE CONSUMIDOR EN EL DRET
ESPANYOL
ANÀLISIS DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM

Raquel Almató Camps

195506

Tutor del treball:

Carlos Ignacio Gómez Ligüerre



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Raquel Almató Camps, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Raquel Almató Camps

A Barcelona, a 16 de maig de 2022

RESUM

La noció de consumidor en l'àmbit bancari es regeix per les normes especials protectores dels consumidors que requereixen la declaració de la condició legal de consumidor essent el mateix qui ha de provar, en ares litigioses, tal condició. La rellevància de tal determinació rau en les conseqüències jurídiques front una controvèrsia litigiosa de la condició de consumidor en implicar tots els efectes protectors de la seva normativa. Tanmateix, el fet de ser declarat consumidor no condiciona la proclamació automàtica de les clàusules abusives en un crèdit bancari, ja que per poder determinar que en el marc d'aquests crèdits hi radica un clausulat abusiu, s'haurà de provar que les clàusules inserides en el crèdit objecte de litigi no superen els controls de transparència, contingut i, per tant, d'abusivitat, entre d'altres que no han estat analitzats en el present, puix que els controls esmentats representen els principals i rellevants controls que afectaran el consumidor que precisi demostrar l'abusivitat de les clàusules en el crèdit subscrit. Es tracta, doncs, de determinar la condició de consumidor del demandant de declaració de nul·litat del crèdit amb motiu de l'abusivitat en les seves clàusules per tal que pugui ostentar la protecció pertinent que implica ser consumidor en el nostre ordenament jurídic, destacant a grans trets, que haurà de ser una persona que actuï amb una finalitat privada aliena a qualsevol activitat empresarial o professional.

Paraules clau: *Concepte de Consumidor; Dret Bancari; Contractes amb entitats bancaries; Clàusules abusives; Protecció del consumidor; Límit de la protecció.*

ÍNDIX

1.	INTRODUCCIÓ	1
2.	MARC JURÍDIC	3
2.1.	Consumidor.....	4
2.2.	No consumidor.....	8
3.	CONSUMIDOR.....	9
3.1.	Concepte i fonament	10
3.2.	Àmbit d'aplicació.....	14
4.	JURISPRUDÈNCIA DEL TS PER DETERMINAR EL CONCEPTE DE CONSUMIDOR.....	15
4.1.	La finalitat individual.....	16
4.2.	La finalitat econòmica.....	24
5.	CONCLUSIONS FINALS.....	27
7.	BIBLIOGRAFIA	29
8.	LEGISLACIÓ.....	30

1. INTRODUCCIÓ

Un dels drets més importants per una persona física o jurídica és el dret bancari. El motiu rau en la necessitat que té la població per tal de sol·licitar diverses tipologies de crèdit a fi de poder assolir els seus objectius; adquirir l'habitatge habitual, una segona residència, un cotxe, emprendre un negoci o bé, ser autònom, entre d'altres.

Davant d'aquesta situació, les persones (físiques o jurídiques) precisen la concessió per part d'entitats financeres d'aquests crèdits que els permeten accedir a aquests propòsits. No obstant això, les clàusules que rauen en els contractes a fi d'aconseguir aquests crèdits acostumen a ser abusives, ja que les entitats financeres els concedeixen amb uns interessos a canvi, que constantment superen els barems establerts i és en aquell moment quan l'afectat intenta fer ús del seu dret i aconseguir la pertinent protecció.

Igualment, serà la declaració per part dels tribunals sobre la condició de consumidor o no consumidor del damnificat, el que determinarà la protecció o no d'aquest. Per consegüent, com es veurà al llarg d'aquesta anàlisi, la línia jurisprudencial al respecte és molt clara i amb poques excepcions que també seran esmentades, la declaració de no consumidor per part de l'afectat determina amb una tendència predominant, la no aplicació de la normativa amb els respectius efectes protectors.

No obstant això, el present estudi té per objecte analitzar la noció de consumidor que ha establert la jurisprudència del Tribunal Suprem (en endavant, "TS"), així doncs, un cop establert el marc jurídic del consumidor i els articles que fonamenten el present estudi i context de tal concepte, és indispensable la confecció jurisprudencial de la Sala Primera del TS, ja que com es veurà en el present, el Tribunal un cop confirma o desestima la condició de consumidor del demandant de protecció, accedeix a declarar si romà en el préstec objecte de litigi, una clàusula de caràcter abusiu i, en conseqüència, el contracte esdevé nul o la pertinent clàusula de caràcter abusiu, protegint així, la part dèbil d'aquest.

El TS congrega en les seves sentències la normativa i la jurisprudència emprada i declarada per part del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, (en endavant, "TJUE"). Sens dubte, és indispensable fer-ne menció, ja que l'estat espanyol ha hagut de transposar les Directives emeses per part de la Unió Europea en temes de contractació general, protecció del consumidor, entre d'altres, que s'han copsat en la legislació i jurisprudència estatal. Tot i això, el present, un cop contextualitzat el concepte amb aquells articles precisos per emmarcar tal noció, es limitarà a exposar únicament, l'aplicació per part dels nostres tribunals podent concloure amb

la noció de consumidor de conformitat amb l'aplicació per part del TS i, per tant, del dret espanyol.

Tanmateix, l'aplicació per part del TS serà classificada cenyint-se als casos d'aplicació del concepte de consumidor podent connectar amb les conseqüències jurídiques del mateix breument.

La rellevància en la determinació d'aquesta condició de consumidor o no, radica en l'impacte que suposa aquesta noció en les resolucions vers les clàusules abusives, determinant un sentit o un altre en la resolució atesa aquesta condició, ja que tot i que les directives i recent jurisprudència de la Sala Primera del TS han optat per protegir també al no consumidor en certes relacions contractuals, aquesta noció encara protagonitza el desenllaç d'aplicació de la normativa especial protectora del consumidor. A més a més, es precisa acotar el límit territorial perquè el TS estableix la seva interpretació establint la jurisprudència que aplicarà finalment en l'àmbit estatal.

Adicionalment, el present analitzarà aquelles sentències que han tingut lloc entre el dia 1 de març de 2021 i el dia 1 de març de 2022 podent limitar més prompte l'objecte d'anàlisi aportant finalment un concepte actual de consumidor, i, per tant, l'objecte d'estudi també comptarà amb delimitació temporal podent aportar al present estudi major rigor i addenda.

Car no existeix en el Dret espanyol un concepte jurídic general i uniforme de consumidor, la doctrina ha declarat que la noció de consumidor no està determinada de manera concreta i definitiva, ja que la concepció legal concreta rau condicionada a l'àmbit que radiqui vinculat a aquesta¹.

Així doncs, tenim al nostre abast diverses definicions de consumidor, la qual cosa obliga a consultar la múltiple normativa al respecte i la jurisprudència cas per cas com s'ha mencionat anteriorment.

Pel que fa a les definicions més homogènies de les quals disposem, aquestes es troben a les Directives 85/577/CEE del Consell, de 20 de desembre, relativa a la protecció dels consumidors en el cas de contractes negociats fora dels establiments comercials, 87/102/CEE del Consell de 22 de desembre de 1986, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentaries i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum, 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors, 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels

¹ GARZINO, M.C. (2020) *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor: análisis comparado de los derechos español y argentino*, pàgs. 81-83.

consumidors en matèria dels contractes a distància, 98/6/CE del Parlament Europeu i del Consell de 16 de febrer de 1998, relativa a la protecció dels consumidors en matèria d'indicació dels preus dels productes oferts als consumidors, 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior i 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell de 23 de setembre de 2002, relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, i per la que es modifiquen la Directiva 90/619/CEE del Consell i les Directives 97/7/CE i 98/27/CE ².

Es dedueix d'aquest conjunt de definicions que el concepte de consumidor a què es refereixen les citades normatives tenen certes característiques en comú, comprenen un consumidor dins del concepte de persona física, no professional, que adquireix béns o serveis per al seu consum final, amb l'objectiu de satisfer necessitats personals o familiars ³, únicament però, a grans trets. Així doncs, pel que fa a la normativa comunitària, a grosso modo, la condició de consumidor compren tota persona física que actua amb un propòsit aliè a la seva activitat professional, si més no, pel que fa a les directives comunitàries que busquen protegir al consumidor⁴.

Per tant, la normativa comunitària i estatal que regula el concepte de consumidor és múltiple. Ara bé, el present estudi d'ara endavant, només farà referència a aquella normativa que afecti la concepció de consumidor en l'àmbit espanyol, concretament, tot el que fa referència al concepte de consumidor en ares de l'anàlisi de la protecció del consumidor bancari, és a dir, en tot allò el fet relatiu a la liquidació bancària i temes financers enfront de les clàusules abusives incorporades en els contractes amb entitats bancàries. Així mateix, tot allò no inclòs en el marc de la liquidació bancària restarà omès del present estudi.

En aquest context, cal matisar que la cerca es realitzarà des de l'òptica del control de transparència, d'abusivitat i de contingut amb el fi d'analitzar el concepte de consumidor des del prisma d'abusivitat de les clàusules en els crèdits bancaris.

No obstant això, s'extreu del present que no comptem amb una conceptualització clara i única pel que fa a la noció de consumidor. Amb la qual cosa, es precisa acotar en un àmbit concret tal com ha estat mencionat anteriorment, limitat, per tant, als crèdits bancaris.

Així mateix, es procedeix a continuació a exposar l'anàlisi de diversos estudis al respecte per tal de contextualitzar el concepte objecte de cerca amb la corresponent jurisprudència del TS,

² VAQUÉ, L.G. (2004) *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, pàgs. 51-52.

³ VAQUÉ, L.G. (2004) *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, pàg. 53.

⁴ EBERS, M. (2006) *¿Quién es consumidor?*, pàgs. 229- 230.

copsant un concepte de consumidor cas per cas essent expressat el mateix per grups definits pel tribunal, ja que atenent les característiques entorn dels casos, s'estableixen diverses tipologies del concepte de consumidor pel que fa a les relacions contractuals d'àmbit bancari susceptibles d'abusivitat en les clàusules aplicades per l'entitat bancaria.

1. MARC JURÍDIC

Seguidament, és procedent assenyalar la normativa aplicable pel que fa a la noció de consumidor i no consumidor, podent establir les diferències normatives que ajudaran a configurar la noció del consumidor, ja que la normativa aplicable al cas serà la base per a poder declarar front una controvèrsia jurídica, si l'afectat ostenta la naturalesa de consumidor o no consumidor, i, per tant, la protecció de les normes especials d'aquest.

1.1. Consumidor

Tenint en compte l'àmbit acotat en el present estudi, primerament és necessari referenciar la Llei 16/2011 de Contractes de Crèdit al Consum⁵, redacció que actualment ha estat realitzada de conformitat amb la Llei 3/2014, de 27 de març, per la qual cosa es modifica el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries (en endavant, "TRLGDCU"), aprovat pel Real Decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, donat que l'objectiu de la mateixa és incorporar a l'ordenament jurídic intern la Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2008, relativa als contractes de crèdit al consum i pel que es deroga la Directiva 87/102/CEE del Consell, harmonitzant la protecció del consumidor entre els països membres de la Unió Europea.

La mencionada llei s'aplica a aquells contractes en què el prestatari concedeix o bé es compromet a concedir a un consumidor un crèdit sota la modalitat de pagament ajornat, préstec, obertura de crèdit o qualsevol mitjà equivalent de finançament, així doncs, estableix la consideració de consumidors emmarcant-los en aquelles persones físiques que actuen en un àmbit aliè a la seva activitat professional o empresarial.

La necessitat d'establir una definició en aquesta, seguint la Directiva esmentada, respon a l'interès del legislador per tal d'adaptar la norma a la constant evolució que pateixen les

⁵ Llei 16/2011, de 24 de juny, de Contractes de Crèdit al Consum «BOE» núm. 151, de 25 de juny de 2011. BOE-A-2011-10970.

tècniques financeres i a les futures formes de crèdit. Així doncs, en el seu article 2.1, s'estableix que:

“ARTÍCULO 2

Partes del contrato de crédito.

A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.⁶”

Prosseguint amb les normes aplicables, referenciar la Llei 4/2022, de 25 de febrer, de protecció dels consumidors i usuaris davant situacions de vulnerabilitat social i econòmica, que millora la protecció dels consumidors i usuaris habilitant al Govern per unir en un únic text la Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i les normes de transposició de les directives comunitàries dictades en matèria de protecció de consumidors i usuaris que incideixen en els aspectes regulats en ella, regularitzant, aclarint i així també, harmonitzant els textos legals que havien de ser refosos, seguint la Directiva 98/27/CE. Malgrat això, cuidant l'objecte del present, destacar que a la llei mencionada, s'aclama a la utilització dels temes consumidor i usuari i empresari, així doncs, el concepte de consumidor i usuari s'adapta a la terminologia comunitària respectant però, les característiques del nostre ordenament jurídic en relació amb les “persones jurídiques”⁷.

El consumidor i usuari, en aquesta llei rau definit com aquella persona física o jurídica que actua en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional, ergo que intervé en les relacions de consum amb fins privats, contractant béns i serveis com a destinatari final, sense incorporar-los, ni directa, ni indirectament, en processos de producció, comercialització o prestació a tercers. Tanmateix, s'incorporen les definicions d'empresari, productor, producte i proveïdor, amb la finalitat d'unificar la terminologia utilitzada en el text. Les definicions d'empresari, productor i producte són les que rauen en les normes que es refonen. El concepte de proveïdor és el de qualsevol empresari que subministra o distribueix productes en el mercat, diferenciant-se del venedor, que, tot i no quedar definit, per remissió a la legislació civil és qui intervé en un contracte de compravenda, en el cas d'aquesta llei, actuant en el marc de la seva

⁶ Llei 16/2011, de 24 de juny, de Contractes de Crèdit al Consum «BOE» núm. 151, de 25 de juny de 2011. BOE-A-2011-10970.

⁷ Llei 4/2022, de 25 de febrer, de protecció dels consumidors i usuaris front situacions de vulnerabilitat social i econòmica «BOE» núm. 51, de 1 de març de 2022. BOE-A-2022-3198.

activitat empresarial. La redacció en les definicions exposades que afecten el present estudi, queden exposades de la següent manera:

“ARTÍCULO 4. Concepto de empresario.

A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

ARTÍCULO 5. Concepto de productor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o Servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.⁸”

“ARTÍCULO 7. Concepto de proveedor.

A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución.⁹”

Particularment, tan bon punt el consumidor rau subjecte a un contracte de crèdit immobiliari, es precisa la menció de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari allà on la Directiva 2014/17/UE ha jugat un paper molt important, ja que estableix un règim específic de protecció de les persones consumidores que ostentin la condició de prestataris, garants o titulars de garanties en préstecs o crèdits garantits mitjançant hipoteca sobre béns immobles d'ús residencial, o amb la finalitat d'adquirir béns immobles d'ús residencial¹⁰.

A la Unió Europea aquest dret conté implícit el principi de primacia davant el dret nacional, puix que l'habitatge està reconegut com un dret fonamental citant la present llei l'apartat 65 de la Sentència del TJUE, declarant que “*En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es*

⁸ Llei 4/2022, de 25 de febrer, de protecció dels consumidors i usuaris front situacions de vulnerabilitat social i econòmica «BOE» núm. 51, de 1 de març de 2022. BOE-A-2022-3198.

⁹ Llei 4/2022, de 25 de febrer, de protecció dels consumidors i usuaris front situacions de vulnerabilitat social i econòmica «BOE» núm. 51, de 1 de març de 2022. BOE-A-2022-3198.

¹⁰ Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari «BOE» núm. 65, de 16 de març de 2019. BOE-A-2019-3814.

un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13¹¹”.

La normativa europea referenciada *quid supra* per la llei exposada, refereix concretament als crèdits celebrats amb consumidors que estiguin garantits mitjançant hipoteca o bé, un altre tipus de garantia, en relació amb els béns immobles d'ús residencial, és a dir, el seu objecte és la protecció dels consumidors, entenent-se per tals les persones físiques que no actuen en l'àmbit de la seva activitat professional o empresarial. Tanmateix, permet als estats membres que puguin adoptar disposicions més estrictes en matèria de protecció de les persones consumidores, incloent-hi així la possibilitat, que no obligació, d'ampliar l'àmbit d'aplicació als no consumidors.

Altrament, la llei estén el seu règim jurídic a totes les persones físiques amb independència de què siguin o no consumidors, fent efecte en el nostre ordenament jurídic respecte l'ampliació de la protecció a col·lectius tals com els treballadors autònoms.

Al seu torn, el Real Decret Llei de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera, de conformitat amb el Real Decret Llei 24/2021, de 2 de novembre, de transposició de directives de la Unió Europea en les matèries de bons garantits, distribució transfronterera d'organismes d'inversió col·lectiva, dades obertes i reutilització de la informació del sector públic, exercici de drets d'auto i drets afins aplicables a determinades transmissions en línia i a les retransmissions de programes de ràdio i televisió, exempcions temporals a determinades importacions i subministraments, de persones consumidores i per a la promoció de vehicles de transport per carretera nets i energèticament eficients, en aplicació del contingut de la Directiva 2007/64/CE i establint un marc de protecció homogeni per als usuaris de serveis de pagament. A més a més, en el present es precisa destacar que la llei mencionada amplia la protecció prevista pels consumidors a les microempreses a propòsit de la transparència en les condicions i requisits d'informació aplicables als serveis de pagament, resolució i modificació del contracte marc, i els drets i obligacions pel que fa a la prestació i utilització de serveis de pagament. Respecte del consumidor, la llei estableix en el seu article 3.8, (definicions), que:

“8. Consumidor: una persona física que, en los contratos de servicios de pago objeto de este real decreto-ley, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional.¹²”

¹¹ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 10 de setembre de 2014, C-34/13.

¹² Real Decret- llei, de 23 de novembre, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera «BOE» núm. 284, de 24 de novembre de 2018. BOE-A-2018-16036.

Així mateix, la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, en transposició de la Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors, pel que fa al consumidor, deixa la seva definició, en el seu article 2, com segueix:

“b) « consumidor »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional¹³;

Finalment, no podem obviar l'article 51 de la constitució espanyola que atorga legitimitat a la protecció del consumidor i la seva delimitació per tal de poder aplicar la normativa exposada *supra*¹⁴, per tant, trobem la defensa dels consumidors elevada a la màxima categoria podent copsar la rellevància de tal protecció.

1.2. No consumidor

A continuació s'exposa l'aplicació pel que fa a la condició de no consumidor, ja que comprendre tal concepte és indispensable per saber aquelles situacions que seran excloses per part d'un tribunal espanyol a l'hora d'atorgar la condició de consumidor, havent així de puntualitzar aquelles normes a tenir en compte per a la seva definició d'ara endavant, car la persona física o jurídica que no ostenti la condició de consumidor no podrà gaudir de la protecció de la Llei de Contractes de crèdit al consum mencionat *quid supra* (apartat 2.1) ni menys de la TRLGDCU¹⁵.

No obstant això, la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, exposada a l'apartat anterior, (2.1.), amplia la protecció del consumidor al no consumidor a condició que es tracti d'una persona física perquè expressa en el preàmbul la voluntat del legislador per a la protecció dels treballadors autònoms, tanmateix, queda exclosa la seva protecció a les persones jurídiques. Per part del Real Decret Llei de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera, conté la voluntat d'ampliar la protecció dels consumidors a les microempreses, per tant, s'observa una protecció a un no consumidor que és una persona jurídica sempre que ostenti la naturalesa d'una microempresa¹⁶.

¹³ Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació «BOE» núm. 89, de 14 d'abril de 1998. BOE-A-1998-8789.

¹⁴ GARZINO, M.C. (2020) *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor: análisis comparado de los derechos español y argentino*, pàgs. 4-6.

¹⁵ Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries «BOE» núm. 287, de 30 de novembre de 1998/2007 BOE-A-2007-20555.

¹⁶ Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari «BOE» núm. 65, de 16 de març de 2019. BOE-A-2019-3814.

En suma, car l'ampliació de la protecció en les normatives esmentades, la definició de no consumidor, reunint, persona jurídica, activitat professional o empresarial, queda estesa pel que fa a aquelles persones físiques amb condició de no consumidor en la llei dels contractes de crèdit immobiliari i a les microempreses en els serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera, legislativament i, per tant, en un marc, a grans trets teòric.

La normativa expressada en el present apartat, afecta les dues nocions objecte d'estudi, ara bé, és copsable mencionar la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació que com es podrà advertir en la jurisprudència del TS a continuació, és de gran rellevància en les sentències que estableixen o no la protecció en els consumidors o no consumidors.

Aquesta llei manté el concepte ampli de consumidor incloent tant persona física com persona jurídica que sigui destinària final dels béns i serveis, a més a més de tota aquella persona que actuï amb el propòsit aliè a la seva activitat professional tot i que no fos destinatària final dels béns o serveis objecte de contracte. Així doncs, el concepte emprat per a les definicions en la mateixa són les de la Directiva objecte de transposició (Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors), que bé se citen en el seu tenor literal, a continuació:

“Artículo 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) « clàusulas abusivas »: las clàusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;*
- b) « **consumidor** »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;*
- c) « **profesional** »: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.¹⁷”*

Consegüentment, la protecció d'una persona jurídica és molt més limitada que la d'una persona física, donat que la noció de consumidor queda ampliada en certs casos; persona física, microempresa, treballadors autònoms tal com s'ha esmentat. Per tal causa, les definicions, normativament, presenten una classificació molt marcada, però la jurisprudència del TS també ha deixat ambdues nocions tan delimitades i de conformitat amb la voluntat del legislador en la normativa exposada *quid supra?*

¹⁷ Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació «BOE» núm. 89, de 14 d'abril de 1998. BOE-A-1998-8789.

2. CONSUMIDOR

Un cop contextualitzada la normativa aplicable en el marc d'una persona que ostenta la condició legal de consumidor i exposant, d'altra banda, les nocions per a un no consumidor podent configurar també la definició objecte del present estudi per exclusió, es precisa analitzar que han reunit diversos autors al respecte abans de procedir a l'anàlisi jurisprudencial d'aquest.

2.1. Concepte i fonament

La normativa espanyola (majoritàriament amb la transposició de les directives mencionades al respecte) així com en la jurisprudència del TS, regeix fonamentalment el concepte de consumidor que han de seguir els nostres tribunals per tal d'atorgar a les parts contractuals que corresponguin la protecció o no enfront dels crèdits emesos per part d'entitats financeres.

Davant d'aquesta situació, a continuació s'exposaran els trets més rellevants pel que fa a la delimitació del concepte de consumidor en el marc del dret espanyol.

La present es remet a l'article de la magistrada titular del jutjat d'instància número 4 de Castellón, Carolina del Carmen Castillo Martínez, "*De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*", en el qual s'afirma que el concepte de consumidor s'aplica en base de l'obligat principal o bé en aquells casos en els quals el deutor principal és un empresari o professional de manera inqüestionable motiu pel qual se'l declara per regla general, no consumidor. A més a més, l'autora reuneix la doctrina més recent del TJUE sobre el concepte de consumidor, destacant la importància de la determinació de la condició de consumidor per tal de gaudir de la protecció de les normatives europees podent invocar el caràcter abusiu en determinades clàusules en el si del procediment executiu sigui ordinari o hipotecari, en l'àmbit bancari com s'analitza en el present estudi. Així doncs, s'afirma que el concepte de consumidor queda limitat a les persones físiques pel que fa als articles 3 i 4 de la Directiva 2011/83/UE, sent la normativa espanyola qui amplia el concepte a determinades persones jurídiques no recollides en la normativa europea. Tanmateix, l'autora confirma la doctrina del TS que consolida l'exclusió de certes persones com els garants i fiadors¹⁸.

Així doncs, pel que fa a la doctrina del TJUE s'afirma com va ser adoptat un criteri restrictiu en el marc del concepte de consumidor, citant les Sentències de 20 de gener de 2005 (caso Gruber), 14 de març de 1991 (caso Di Pinto) o de 3 de juliol de 1997 (caso Benincasa) en les

¹⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. D. C. (2019). *De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>.

que s'exigia que els béns que fossin adquirits havien de respondre a una necessitat personal o familiar del comerciant per tal que aquest pogués ser considerat consumidor, imposant en certs casos que la condició per tal consideració fos el destí dels béns obtinguts al consum privat¹⁹.

La sentència del TJUE sobre l'assumpte *Dietzinger* versava en un contracte de fiança per part d'un particular que li garantís la devolució d'un préstec amb finalitat empresarial aliena on el tribunal va declarar que la Directiva 2011/83/UE sobre els drets dels consumidors, en el seu àmbit d'aplicació, no es limita a la naturalesa dels béns o serveis que son objecte del contracte en qüestió sempre que el destí final dels mateixos sigui el consum privat, per consegüent, l'autora confirma la prevalença per part del TJUE a exigir la condició o finalitat dels béns mencionada prioritàriament a la condició del contractant per una posició més dèbil²⁰. Tot i així, l'autora menciona l'alteració que va patir la doctrina del TJUE a partir de la sentència del cas *Costea vs. SC Volksbank România*, després de que la sentència del cas *Di Pinto*²¹ en la qual es va declarar com un advocat podia ostentar la condició de consumidor si el contracte era aliè a l'activitat del bufet doncs es considera que manifesta una condició inferior respecte la d'un professional, així doncs el tribunal declara que el fet que es tracti d'un professional tal com un advocat, no implica que aquest no sigui directament, una part dèbil del contracte, considerant irrellevant el fet que el crèdit nascut en el marc del contracte que es troba garantit per una hipoteca contractada per un advocat en condició de representant del seu bufet d'advocat, que grava béns destinats l'exercici de la seva activitat professional, com un immoble del mateix concloent que la condició de la persona en un contracte accessori no determina la seva condició en el contracte principal, per tant, ha de declarar en aquest cas si es tracta d'un consumidor o d'un professional quan l'advocat va formalitzar el contracte principal i no la condició de la persona en el marc del contracte accessori i, en conseqüència, de la hipoteca que garanteix el pagament del deute nascut del contracte principal. El tribunal altera finalment la doctrina a l'establir que en un contracte no es podia ostentar la condició de consumidor qui havia assumit l'obligació accessòria si no l'ostentava qui havia assumit l'obligació principal. Declarant

¹⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. D. C. (2019). *De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>.

²⁰ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 17 de març de 1998, C- 45/96.

²¹ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 14 de març de 1991, C-361/89.

finalment, que seria considerat consumidor quan s'actués en un contracte que no estigués com a tal vinculat a l'activitat professional de l'afectat²².

En el mateix sentit, l'autora destaca com essencial, la sentència del TJUE *Costea vs. SC Volksbank România*, esmentada anteriorment com a punt determinant d'un canvi jurisprudencial, en motiu del fet que fou el cas en què una entitat financera atorgà un crèdit a una societat per temes de solvència on l'administrador d'aquesta, havia de respondre amb tot el seu patrimoni negant a l'administrador i, per tant, en aquests casos, la condició de consumidor²³.

Tanmateix, la qüestió va quedar clara amb l'auto del TJUE sobre l'assumpte C-74/15, interpretant l'article 1 i 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes formalitzats amb consumidors, afirmant que s'ha d'aplicar a un contracte de garantia immobiliària o de fiança celebrat entre una persona física i una entitat de crèdit vers unes obligacions que una societat va assumir amb l'entitat en el marc d'un contracte de crèdit quan la persona en qüestió no té cap relació professional amb la societat objecte de litigi, determinant que l'efecte és gravar amb el seu propi patrimoni un risc financer i que serà el tribunal nacional qui haurà de declarar si la persona va actuar de manera aliena a la seva activitat professional sense ostentar vincles funcionals amb la societat²⁴. Afirmació que fa palmària la necessitat de remetre'ns en el present estudi a l'anàlisi de la jurisprudència del TS per poder determinar el concepte per part d'aquest, aconseguint concloure amb aquella definició que el tribunal nacional haurà d'aplicar per declarar o no la condició de consumidor del contractant d'un crèdit bancari.

En vista d'això, podem afirmar que el TJUE en supòsits de persones físiques o jurídiques sense ànim de lucre que actuïn en un àmbit aliè a la seva activitat comercial, se'ls hi aplicarà la legislació en matèria de protecció de consumidors i usuaris, i si es tracta d'un professional, no implicarà necessàriament perdre la condició de consumidor quan hi hagi vinculació del contracte amb l'activitat professional del professional si però, en el cas contrari²⁵.

²² CASTILLO MARTÍNEZ, C. D. C. (2019). *De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>.

²³ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 3 de setembre de 2015, C-110/14.

²⁴ Auto del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 19 de novembre de 2019, C-74/15.

²⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C. D. C. (2019). *De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>.

La magistrada fa referència a la Resolució de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública del 31 de gener de 2022²⁶, en la qual es va denegar la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari per considerar abusiva la clàusula d'interès moratori, aquest ostentava caràcter mercantil amb la finalitat d'invertir actius, els garants, però eren els pares de la representant de la societat mercantil i van hipotecar dos immobles de la seva propietat, un d'ells, el seu habitatge habitual. Així doncs, el marc del litigi versava en l'aplicació o no de la protecció dels consumidors i, per tant, en el concepte de consumidor, on el recurrent considera que en la relació jurídica havien participat dues persones físiques, hipotecats d'un deute aliè i que no es podia discutir la qualitat de consumidors d'aquests. Així i tot, el Centre Directiu considera que la condició de consumidor del garant del préstec no condiciona l'extensió del control d'abusivitat, però es conclou que en el cas no resulta d'aplicació tal limitació per tractar-se d'una operació de crèdit entre professionals en el qual el professional contractant es troba en l'àmbit de la seva activitat empresarial i que, per tant, quan no es pugui aplicar la legislació protectora dels consumidors, amb caràcter general de la relació jurídica ha d'ubicar-se en l'àmbit del contracte per negociació (no el de condicions generals), i que l'equilibri del contracte serà d'acord amb nostre Codi Civil, prevalent així la voluntat dels contractants, per tot això, finalment s'estimà procedent la inscripció del préstec hipotecari²⁷.

Ergo, el consumidor haurà de tenir una finalitat en la contractació bancària fonamentalment d'àmbit privat i per al seu ús personal, un benefici econòmic amb el qual poder sustentar-se no justificarà el no ús privat, puix que s'ha determinat per part del TJUE que si no ha estat declarat per part del consumidor que es dedica a una activitat ni l'ha ofert a tercers com a servei no perd la condició de consumidor²⁸.

Pel que fa al fonament de la delimitació d'aquest concepte, cal destacar que el fet de no ser considerat consumidor conté una transcendència jurídica a l'aplicar-se la protecció especial del mateix o bé, unes exigències distintives per l'entitat bancària, la qual cosa fa necessari un estudi constant d'aquest concepte com és el present justificant així un breu esment a continuació del fonament del concepte objecte d'anàlisi i així doncs, del seu origen.

²⁶ Resolució de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública, de 31 de gener de 2022, «BOE» núm. 41, de 17 de febrer de 2022, pàgs. 20382-20389, en el recurs interposat contra la negativa de la registradora de la propietat d'Alcúdia a inscriure una escriptura de compravenda.

²⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C. D. C. (2019). *De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>.

²⁸ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 10 de desembre de 2020, C-774/19.

Enfront del possible desequilibri entre les parts d'un contracte de crèdit bancari, en la que una d'aquestes parts sigui un consumidor, el legislador tracta de protegir aquest desequilibri mitjançant la TRLGDCU per exemple, exposada anteriorment, recollint els drets dels consumidors²⁹.

En referència al concepte de consumidor, en el seu origen, aquest no era jurídic sinó socioeconòmic, exercint en el camp de l'econòmica domestica podent classificar-lo més jurídicament com una persona que compra béns o serveis de manera aliena a la seva activitat professional, donant als mateixos un destí domèstic³⁰.

Hem de partir de la seva concepció teòrica per tal de comprendre finalment la seva noció legal, d'aquí que la principal classificació a tenir en compte és la dels drets d'ús individual i la del consumidor en funció del destí econòmic que es donin en aquests béns³¹, que com s'observa a continuació, pel que fa a l'àmbit de crèdits bancaris, és la principal classificació per denominar a una persona consumidora o no, que el crèdit sigui per ús privat i personal o que ostenti finalitat econòmica o professional, deixant en aquest cas de ser considerat consumidor.

Afegir, que la TRLGDCU vers la protecció proporcionada, es basa en el destí domèstic aliè a tota activitat professional com bé es podrà així corroborar en el tractament emprat per part del TS.

Tot i això, no comptem amb un únic concepte legal sobre consumidor, ja que cada llei estableix la seva pròpia noció segons la protecció que cerqui oferir.

De tota manera, la clau en l'àmbit objecte d'estudi del present, rau en la finalitat que ostenti el contractant del crèdit, essent no consumidor en cas d'adquirir tal contracte amb fi professional i, per tant, fent una integració al mercat i consumidor si ostenta un fi d'ús privat.

2.2. Àmbit d'aplicació

Pel que fa a la normativa de protecció al consumidor, aquesta té per objecte compensar el desequilibri implícit que conté el procés negocial per raó de la posició d'ambdues parts del negoci, ja que una part ostenta posició superior de l'altre essent palmària la necessitat d'establir les definicions de consumidor i empresari com a element essencial per a resoldre eventuais controvèrsies en el marc d'aquest procés negocial³².

²⁹ Muñoz, J. E. C. (2002). *Nota breve sobre el concepto del consumidor*, pàg. 315.

³⁰ Muñoz, J. E. C. (2002). *Nota breve sobre el concepto del consumidor*, pàg. 316.

³¹ Muñoz, J. E. C. (2002). *Nota breve sobre el concepto del consumidor*, pàg. 316.

³² Juárez, T. A. (2016). *Garantías y Servicios postventa a favor de los consumidores*, pàgs. 18-49.

Recordem que la idea de consumidor, com a destinatari final, és aquell que actua al marge d'una activitat empresarial, professional, d'ofici o de professió, o bé aquell que actua en un marc privat- domèstic. Per saber com i quan hem d'aplicar en aquest concepte degudament, es precisa delimitar l'àmbit objectiu d'aquest, així doncs la normativa aplicable al mateix i, per tant, aquella normativa que s'aplicarà per raó de la condició de consumidor i l'àmbit d'aplicació subjectiu per saber com realitzar tal aplicació normativa. Podem dividir l'àmbit d'aplicació en la seva versant objectiva i subjectiva. Primerament, en l'àmbit objectiu es tracta de seleccionar la normativa aplicable per tal de determinar la definició que ha estat exposada en el segon apartat del present estudi, concretament en el marc jurídic, i, en segon lloc, les circumstàncies del subjecte que determinen finalment la consideració de consumidor i, per tant, de la protecció que li confereixen les normes aplicables objectivament que a continuació serà desenvolupada. Pel que fa a l'àmbit d'aplicació subjectiu, es destaquen aquelles circumstàncies que determinen que una persona física és declarada com a consumidor amb els pertinents efectes legals protectors.

La persona consumidora és un subjecte dèbil que rau en el mercat i que requereix protecció especial. La mencionada protecció es justifica en la debilitat estructural del consumidor front al contractant bancari. Així mateix, la importància en la determinació del seu àmbit subjectiu té lloc en què amb això, el legislador busca equilibrar en l'àmbit legal els qui no hi estan al mercat, puix que un consumidor que contracta un crèdit bancari i, per tant, radica en un contracte amb una entitat bancària, subjectivament no es troba en el mateix nivell de poder en aquest negoci³³.

El concepte de consumidor implica estar en una subordinació estructural en el mercat, ostentar una situació reactiva en aquest i ser dependent respecte de l'objecte del contracte actuant en el seu marc privat³⁴.

3. JURISPRUDÈNCIA DEL TS PER DETERMINAR EL CONCEPTE DE CONSUMIDOR

D'ara endavant, es procedeix a exposar l'anàlisi confeccionat d'un total de cinquanta resolucions de les quals han estat finalment seleccionades trenta-vuit sentències de la Sala Primera del TS, descartant els autos en última instància, ja que pel present estudi ens interessin

³³ GARZINO, M.C. (2020) *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor: análisis comparado de los derechos español y argentino*, pàgs. 19-20.

³⁴ GARZINO, M.C. (2020) *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor: análisis comparado de los derechos español y argentino*, pàg. 58.

aquells recursos que hagin estat admesos a tràmit podent analitzar el que estima o desestima el TS, a més a més, d'haver de descartar aquelles sentències que no tenien com a part dominant de la contractació una entitat bancària.

Recordar que la cerca ha estat acotada temporalment entre el dia 1 de març de 2021 i el dia 1 de març de 2022 i què, a més a més, l'anàlisi configurat tot seguit, ha estat limitat a poder afirmar que ha dit la Sala Primera del TS durant aquest any respecte del concepte de consumidor en ares dels crèdits bancaris per a determinar l'abusivitat o no en les seves clàusules en un context del control de transparència, contingut i, per tant, d'abusivitat.

Un cop elaborat l'anàlisi susdit, la present es permet classificar atesa la concepció proporcionada pel tribunal, la divisió de la noció de consumidor en una finalitat individual i, en conseqüència, privada, i, d'altra banda, en una finalitat econòmica i consegüentment, professional o relacionada amb la seva activitat empresarial. Ara bé, dins de l'aplicació de la normativa especial protectora del consumidor podem trobar certes particularitats que seran esmentades altrament. Igualment, en el marc de la finalitat individual del consumidor, es destacaran també certes particularitats en el marc d'ambdues classificacions vers aquells consumidors que ostenten un coneixement superior al consumidor mitjà, les subrogacions en crèdits bancaris i la correlació de crèdits en diferents moments i, per tant, amb diferents finalitats.

3.1. La finalitat individual

En primer lloc, pel que fa a l'actuació d'aquells consumidors que rauen en el marc de la subrogació en un préstec, destaquem en el seu context que una persona física demanda en ares d'una escriptura de subrogació de creditor en préstec hipotecari, la nul·litat del clausulat que radica en el mateix, essent reconeguda la seva condició legal de consumidora a la qual el tribunal dona la raó per no superar la clàusula litigiosa el control de transparència³⁵.

Així mateix, el cas de dues persones físiques que varen subscriure una escriptura pública per la compra d'un habitatge per part d'aquests i la subrogació en el préstec hipotecari que en el seu dia havien subscrit els venedors, no es posa en dubte la condició de consumidors d'aquests, puix que varen subscriure el contracte litigiós ostentant la condició de consumidor, per tant,

³⁵ Sentència del Tribunal Suprem 641/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 28 de setembre de 2021 (recurs 5872/2018).

s'entra a valorar la falta de transparència, contingut i abusivitat de les clàusules i el recurs és estimat en part, ja que la informació no havia estat proporcionada correctament³⁶.

Altrament, en un cas de dues persones físiques que varen reclamar a l'entitat bancaria l'abusivitat de les clàusules incloses en un contracte de préstec amb garantia hipotecaria, en ser considerats consumidors per part del tribunal de primera instància i de l'Audiència, no s'entrà a valorar tal qüestió i s'accedeix a comprovar pel fet d'ésser consumidors, que no es complia el control de transparència, puix que aquests es varen subrogar a l'entitat que va vendre l'habitatge, en aquest cas no trobem una finalitat econòmica amb fins professionals³⁷.

En una altra sentència del TS observem el cas en què el caràcter no professional de l'actuació dels demandants en el préstec implica el control de transparència de la clàusula terra en cas de subrogació en el préstec hipotecari al promotor per part del tribunal.

En aquest cas, es recorda el concepte de consumidor exemplificant la situació dels presents demandants ja que la finalitat no era la d'una activitat o professional donat que, una mateixa persona pot ser considerada consumidora respecte de certes operacions, però en aquest cas, varen ser considerats consumidors per no tenir com a objecte un contracte consistent en una activitat professional, perquè responia a l'únic objectiu de satisfer les necessitats residencials privades dels compradors així doncs, els demandants varen intervenir en aquest negoci jurídic com a consumidors pel fet de pretendre mitjançant el crèdit, satisfer una necessitat individual. La condició legal és aliena a la situació subjectiva de la persona, per tant, el tribunal declara que *“el hecho de que uno de los demandantes sea socio de la entidad que promovió la construcción del edificio donde se ubica la vivienda adquirida y avalase solidariamente el préstamo hipotecario concedido a dicha sociedad no resulta incompatible con que, en un negocio jurídico distinto y posterior, cuya finalidad era ajena a dicha actividad empresarial, pueda intervenir como consumidor.”*, destacant un cop més que ens hem de remetre al cas contracti per poder determinar la finalitat de la persona que contracte el crèdit bancari³⁸.

De manera que, en el marc d'una subrogació en un préstec hipotecari observem la condició de consumidor en persones físiques que en el moment de subrogar-se en tal préstec ostentaven una finalitat individual, d'ús privat, condició que és molt palmària quan es tracti de finançar l'obtenció de l'habitatge habitual. A més a més, veiem com s'aplica la protecció especial del consumidor quan tal condició és confirmada i declarada pel tribunal, tot i això, no sempre seran superats els controls de transparència, contingut i abusivitat.

³⁶ Sentència del Tribunal Suprem 208/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 19 d'abril de 2021 (recurs 5121/2017).

³⁷ Sentència del Tribunal Suprem 158/2022 (Sala de lo Civil, secció 1ª) d'1 de març de 2022 (recurs 2425/2018).

³⁸ Sentència del Tribunal Suprem 166/2022 (Sala de lo Civil, secció 1ª) d'1 de març de 2022 (recurs 1265/2018).

Altrament, es precisa exposar la sentència en què tres persones físiques interposaren demanda contra dues entitats bancàries sol·licitant la nul·litat de la no incorporació vàlida al contracte de préstec de la clàusula sòl i no superar el control de transparència en el préstec hipotecari subscrit en els que es varen subrogar els actors. Els fets previs de la mateixa es precisen exposar, amb motiu de què en la situació objecte de recurs, dos dels demandants formalitzaren un contracte de compravenda de negoci pel qual adquiriria el negoci de farmàcia i òptica amb denominació comercial. D'altra banda, els mateixos, varen subscriure una escriptura de préstec amb garantia d'hipoteca immobiliària amb una entitat bancària que cediria a posteriori el préstec amb garantia a l'altra entitat demandada. Posteriorment, els demandants prèvia compra del local hipotecat es varen subrogar com a deutors en el préstec hipotecari anterior. A continuació dos dels demandants com a únics integrants d'una comunitat de béns es varen subscriure com a prestataris d'una escriptura de préstec amb garantia d'hipoteca mobiliària sobre establiment mercantil dedicat a la farmàcia, l'altre demandant i un tercer, també varen intervenir en l'atorgament d'aquest préstec a efectes de prestar conformitat amb la hipoteca que constituïa sobre el dret de traspàs de l'arrendament del local comercial de la seva propietat. Tanmateix, la sentència d'apel·lació considera als demandants la condició de no consumidor, però que, tot i això, no superaren el control d'incorporació sobre la subrogació com a deutors en el préstec hipotecari. A més a més, la sala, respecte del control d'incorporació de les condicions generals de la contractació reitera que el caràcter professional de la intervenció en els contractes dels demandants implica la no aplicació del estatut propi dels consumidors, ja que tant el jutjat de primera instància com l'audiència varen concloure que els demandants no varen actuar en les contractacions objecte de litigi com a consumidors i reitera la jurisprudència del TS i del TJUE sobre la restricció quant al concepte de consumidor perquè han d'haver actuat fora i de manera independent a qualsevol activitat o finalitat professional amb l'únic objectiu de satisfer les seves pròpies necessitats de consum privat d'un individu per poder aplicar la protecció del consumidor que no està tal protecció justificada quan els contractes tingui per objecte una activitat econòmica. El TS específicament declara que l'exclusió de la qualitat de consumidors en els demandants fa improcedent la realització dels controls de transparència material i abusivitat si podent entrar en el control d'incorporació de les condicions generals de la contractació amb adherents professionals (la clàusula sòl). Per tant, que el adherent hagi tingut oportunitat real de conèixer al temps de la celebració l'existència de la condició general controvertida i, en segon lloc, que la mateixa tingui una redacció clara, concreta i senzilla, que permeti una comprensió gramatical normal. El recurs finalment és estimat en part per la no incorporació de la clàusula sòl en el préstec mencionat, totes les altres qüestions en què es

precisa la condició de consumidor queden excloses i els altres préstecs no queden dins la no incorporació de la clàusula terra³⁹. Observem clarament, com es pot donar el cas de què una persona, en un moment determinat de subrogació en un préstec, sigui considerada com a consumidora i en un altre moment ho sigui com a no consumidora dins d'una mateixa controvèrsia, atesa la finalitat de tal subrogació.

En segon lloc, en el marc de la subscripció d'un contracte de préstec amb garantia hipotecària i dels préstecs, doncs s'emmarquen en el mateix grup perquè tot i que el préstec amb garantia hipotecària és un mètode per tal d'aconseguir el finançament mitjançant un habitatge com a garantia del préstec i la hipoteca esdevé com a garantia de què el deute serà retornada per tal de comprar un habitatge, a efectes de la determinació de la qualitat de consumidor o no, són similars doncs ambdós tenen l'habitatge com a finalitat i en aquest context, destaquem diverses sentències en les quals una o dues persones físiques subscriuen un préstec hipotecari, declarades consumidores al adquirir un habitatge i en cassació no es qüestiona tal condició doncs actuen amb una finalitat aliena a la seva activitat professional o empresarial⁴⁰, i el tribunal realitza la comprovació de transparència⁴¹, contingut i abusivitat mitjançant l'aplicació de les normes especials de protecció dels consumidors per ser consumidors⁴², tot i això, no sempre es declara l'abusivitat de les clàusules litigioses, puix han de superar els controls esmentats i en alguns casos observem com tot i ser considerat consumidor l'afectat i part dèbil contractual, les clàusules superen els controls de transparència⁴³, i d'abusivitat⁴⁴, no quedant en altres inclús provat el desequilibri i la mala fe, declarant la no abusivitat de les clàusules denunciades pel consumidor⁴⁵, no produint així cap desequilibri en perjudici d'aquests⁴⁶. En un altre cas, dues persones físiques per tal de finançar l'adquisició d'un habitatge, varen concertar amb una entitat bancària un préstec hipotecari, no essent qüestionada la seva condició legal de consumidor, el tribunal estima el recurs interposat per la part consumidora entrant a valorar i declarant així la

³⁹ Sentència del Tribunal Suprem 130/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 9 de març de 2021 (recurs 4929/2017).

⁴⁰ Sentència del Tribunal Suprem 127/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 18 de febrer de 2022 (recurs 2547/2017) i Sentència del Tribunal Suprem 643/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 28 de setembre de 2021 (recurs 1685/2018)

⁴¹ Sentència del Tribunal Suprem 157/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) d'1 de març de 2022 (recurs 3228/2018)

⁴² Sentència del Tribunal Suprem 125/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 16 de febrer de 2022 (recurs 3081/2017) i Sentència del Tribunal Suprem 116/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 15 de febrer de 2022 (recurs 2207/2017).

⁴³ Sentència del Tribunal Suprem 67/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) d'1 de febrer de 2022 (recurs 13/2017) i Sentència del Tribunal Suprem 42/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 27 de gener de 2022 (recurs 2528/2016).

⁴⁴ Sentència del Tribunal Suprem 43/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 27 de gener de 2022 (recurs 4119/2016).

⁴⁵ Sentència del Tribunal Suprem 44/2022 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 27 de gener de 2022 (recurs 4132/2016).

⁴⁶ Sentència del Tribunal Suprem 754/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 2 de novembre de 2021 (recurs 4148/2018) i Sentència del Tribunal Suprem 360/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 25 de maig de 2021 (recurs 5813/2018).

no negociació individual, les exigències de transparència i abusivitat⁴⁷. Així mateix, en el cas d'una persona física que demanda la nul·litat de la condició general de contractació de la clàusula sòl inserta en l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària vers una entitat bancària, s'estimà en part el recurs interposat per l'entitat bancària, no posant en dubte la condició legal de consumidor del demandant per nul·litat de la clàusula de renúncia d'accions per no complir l'estàndard d'informació⁴⁸. Cal recordar que la condició de consumidor no implicarà la nul·litat de les clàusules *per se*, com en el cas d'una persona física que subscriu una escriptura de préstec hipotecari amb una entitat bancària i no es posa en tela de judici la condició legal de consumidor, però s'estima el recurs íntegrament a favor de l'entitat bancària⁴⁹. Inclús, trobem molts casos en què algunes clàusules esdevenen i altres que no, com per exemple en el cas de dues persones físiques contra entitat bancària amb la que varen subscriure un préstec hipotecari dels que no s'entra a qüestionar la condició legal de consumidor tot i això, no totes les clàusules al·legades com abusives varen estar declarades com a tal i el recurs és estimat en part com per exemple la clàusula sòl, però no és vàlida la clàusula de renúncia. Així doncs, hem de recordar que la declaració de la condició legal de consumidor implicarà l'aplicació de les normes de protecció i, per tant la possibilitat d'analitzar i comprovar el control de transparència, de contingut i d'abusivitat, malgrat això, poden superar-lo⁵⁰.

Prosseguint amb les sentències de préstecs amb garantia hipotecària, mencionar, d'una banda, la sentència en què dues persones físiques subscriuen una escriptura de préstec amb garantia hipotecària amb una entitat bancària per un habitatge habitual, la condició de consumidor no és qüestionada, ja que tornem a veure com el fet que el préstec tingui per objecte una activitat individual i, per tant, d'àmbit privat, motiva en tots els casos la determinació de la condició de consumidor en la persona física afectada, i així el tribunal entrant en les normes especials dels consumidors i podent entrar a comprovar el control, valora la transparència, contingut i abusivitat, no obstant, són superats i, per tant s'estima el recurs de cassació interposat per l'entitat bancària⁵¹. D'altra banda, el cas en què la formalització de trenta-cinc contractes de préstec amb garantia hipotecària entre els demandants (persones físiques) i l'entitat bancària, denominats "hipoteca tranquil·litat", no es qüestiona la condició legal dels consumidors i

⁴⁷ Sentència del Tribunal Suprem 558/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 22 de juliol de 2021 (recurs 3369/2018).

⁴⁸ Sentència del Tribunal Suprem 407/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 15 de juny de 2021 (recurs 5279/2018).

⁴⁹ Sentència del Tribunal Suprem 644/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 28 de setembre de 2021 (recurs 1818/2018).

⁵⁰ Sentència del Tribunal Suprem 216/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 20 d'abril de 2021 (recurs 2966/2018).

⁵¹ Sentència del Tribunal Suprem 162/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 23 de març de 2021 (recurs 4332/2018).

s'accedeix a analitzar el control de transparència i abusivitat els quals varen ser superats essent estimat el recurs de cassació interposat per l'entitat bancària⁵², tots els demandants persones físiques per aconseguir un habitatge foren declarats consumidors i així confirmat pel TS.

Tanmateix, en el marc de la subscripció d'un préstec hipotecari multidivisa per part de dues persones físiques que ostenten la condició legal de consumidor, es provà la falta d'informació per part de l'entitat bancària i varen poder ser declarats nul·les les clàusules potencialment abusives, concretament els clients no obtingueren una informació correcta, completa, clara i comprensible sobre la naturalesa, operativitat i riscos de l'operació que durien a terme.⁵³ Altrament, en un altre cas que radica en el si d'un préstec hipotecari multidivisa al declarar la condició de consumidors, les clàusules no superaren el control de transparència en motiu de no haver rebut la informació adequada sobre la naturalesa dels riscos associats a les clàusules⁵⁴, i en un altre cas a més a més, reitera el tribunal que els prestataris tenien per objecte la obtenció d'un habitatge amb una hipoteca al consumidor, fent palmària la declaració dels mateixos com consumidors⁵⁵, no superant altrament el control de transparència per falta d'informació. Així doncs, la consideració en representació dels afectats per part de l'Associació de Consumidors i Usuaris de Serveis Generals de Banca i Borsa que recorre contra una entitat bancària per no informar degudament als consumidors, en representació de dos dels seus socis (dues persones físiques), varen sol·licitar la nul·litat del clausulat jacent en el préstec hipotecari multidivisa que havien subscrit amb l'entitat bancària, així mateix, el tribunal no es posa en tela de judici la condició de consumidor dels demandants que varen subscriure el préstec i s'estima el recurs interposat per l'associació contra l'entitat bancària per falta de transparència en les clàusules relatives a la divisa⁵⁶. Així, s'observa com la interposició per part de l'Associació no afecta la determinació de la condició de consumidor ni als seus efectes jurídics al tractar-se a més a més d'una persona jurídica sense ànim de lucre que representa als consumidors que varen subscriure el préstec. D'igual manera, en un cas de dues persones físiques que formalitzen un contracte de préstec hipotecari amb una entitat bancària en la modalitat denominada multimoneda, és declarada la condició legal de consumidor dels contractants acreditant que no ostentaven

⁵² Sentència del Tribunal Suprem 166/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 23 de març de 2021 (recurs 4612/2018).

⁵³ Sentència del Tribunal Suprem 390/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 8 de juny de 2021 (recurs 4976/2017).

⁵⁴ Sentència del Tribunal Suprem 829/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 30 de novembre de 2021 (recurs 198/2019).

⁵⁵ Sentència del Tribunal Suprem 776/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 10 de novembre de 2021 (recurs 5284/2017).

⁵⁶ Sentència del Tribunal Suprem 672/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 5 d'octubre de 2021 (recurs 5336/2018).

especials coneixements financers (eren militar i ama de casa, s'exposa textualment) i que no varen ser ells els qui duren la iniciativa de subscriure aquesta tipologia d'hipoteca i que es tractava d'un comercial, així doncs, s'estima el recurs per part dels consumidors finalment per falta d'informació suficient i adequada, per tant, falta de transparència⁵⁷. És important puntualitzar en aquest context la influència en la determinació de l'aplicació del concepte de consumidors pel que fa a les persones que no ostenten coneixements en la matèria conseqüència de la litis.

En aquest context, per fer referència a la representació per part d'una associació sense ànim de lucre, un cas en el qual l'Associació d'Usuaris Financers representant a dos associats, persones físiques contra entitat bancària per abusivitat en les clàusules d'un contracte de préstec hipotecari amb opció multidivisa, representats dels quals, no es qüestiona la condició legal de consumidors valorant finalment la falta de transparència i l'abusivitat de determinades clàusules en implicar un element enganyós essent greu el risc ocultat pel consumidor⁵⁸, i en un cas similar, destacant l'assessorament rebut al moment de la subscripció d'un préstec, destaquem el cas en què la recurrent és l'Associació de Consumidors i Usuaris de Serveis Generals en representació de dos persones físiques associades a la mateixa contra l'entitat bancària per la subscripció d'un préstec hipotecari multidivisa del que se'n deriva l'interès cassacional en la vulneració del concepte de transparència i abusivitat del TS. El jutjat de primera instància considera que varen ser assessorats per una entitat especialitzada i que en el moment de la contractació haurien d'haver conegut o degut conèixer el risc potencial de tal contractació. Així mateix, l'Audiència Provincial argumenta que el préstec multidivisa no era un producte de risc i que va ser contractat a petició dels prestataris, a més a més els acompanyava com a assessor un representant de l'entitat mercantil especialitzada mencionada la qual cosa determina una atenuació de la obligació de informació tot i ésser consumidor el contractant. Tanmateix, el fet d'anar acompanyat d'un expert no eximeix a l'entitat bancària de proporcionar la informació necessària al consumidor sobre els riscos de la contractació i per això, s'estima el recurs interposat per l'associació de consumidors⁵⁹.

En la sentència en què dues persones físiques formalitzaren un contracte de préstec hipotecari amb l'entitat bancària en la modalitat denominada multimoneda, se sol·licita per part dels demandants la declaració d'abusivitat i falta de transparència de les clàusules que rauen en el mencionat préstec, tot i que no es posa en dubte la condició de consumidors i s'empra la

⁵⁷ Sentència del Tribunal Suprem 391/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 8 de juny de 2021 (recurs 3112/2018).

⁵⁸ Sentència del Tribunal Suprem 271/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 20 d'abril de 2021 (recurs 2970/2018).

⁵⁹ Sentència del Tribunal Suprem 188/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 31 de març de 2021 (recurs 2953/2018).

normativa especial de la protecció dels mateixos, es fa referència al perfil dels demandants destacant que un d'ells ostentava coneixements sobre el mercat de divises i la condició d'ambdós d'advocats en exercici. Malgrat això, el tribunal declara que s'havia de proporcionar la informació pertinent perquè no eren coneixements específics d'aquest sector si no aliens a l'àmbit financer i no queden superats els controls de protecció dels consumidors de manera que el recurs de cassació interposat pels demandants queda estimat com que no havien rebut la informació adequada respecte dels riscos associats a les clàusules relatives al préstec litigiós⁶⁰. En tercer lloc, destaquem aquelles sentències que rauen en el si de la figura del fiador en un crèdit bancari, en una d'elles, el TS considera que sempre que el fiador tingui la condició de consumidor, aquest podrà gaudir de la protecció enfront de clàusules abusives, inclús en el cas en què el contracte del qual neix l'obligació garantida sigui una operació mercantil, sempre que la persona física actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat professional i no requereixi vincles funcionals amb la societat involucrada (mercantil prestatària o acreditada amb el règim jurídic de protecció dels consumidors derivat de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors)⁶¹.

Així doncs, per tal d'ostentar la condició legal de consumidora, la demandant, per ser interventora com a fiadora en un contracte de préstec de finançament se li aplicà la doctrina del TJUE vers un contracte de garantia immobiliària o de fiança celebrat entre una persona física i una entitat de crèdit per tal de garantir les obligacions que una societat mercantil havia assumit contractualment enfront de la referida entitat en el marc d'un contracte de crèdit, establint que quan aquella persona física actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat professional i que es trobi mancants de vincles funcionals amb la citada societat, considerant que el fet que el domicili de la demandant i de l'administrador únic de la prestatària fos el mateix no era element suficient per poder afirmar un vincle funcional entre aquella i aquesta. Així mateix, recorda el tribunal que el control d'incorporació és aplicable a qualsevol contracte, però els de transparència i abusivitat rauen reservats als contractes subscrits amb consumidors. Tanmateix, s'exposa que en el cas comentat, préstec amb garantia, hi havia el dubte en la consideració de la garant vers l'accessòriament de la garantia respecte d'una relació que no pot qualificada de consum arrossega la conseqüència o no d'impossibilitar la classificació de consumidora de la garantia inclús en el cas de ser persona física que actuï fora del seu àmbit professional. Així doncs, el consumidor ha d'apreciar-se no només del contracte principal sinó del de garantia o fiança, i en

⁶⁰ Sentència del Tribunal Suprem 155/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 16 de març de 2021 (recurs 2251/2018).

⁶¹ Sentència del Tribunal Suprem 820/2021 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 29 de novembre de 2021 (recurs 89/2019).

aquesta sentència la demandant ostenta la condició de consumidora tot i això, no s'estima la desproporció, ja que el contracte s'ajusta a la normativa específica d'aquest⁶².

Finalment, exposar la sentència que va tenir lloc en el marc d'una relació de serveis professionals d'un advocat a la seva clienta, qui ostenta condició de consumidors. El recurs de cassació té lloc en el si de la no consideració d'una clàusula com abusiva que causa un desequilibri important dels drets i obligacions de la demandant i consumidora de manera contrària al principi de bona fe, essent l'advocat considerat professional i la clienta consumidora, se li aplicaren a aquesta última la protecció de les normes especials del consumidor⁶³.

3.2. La finalitat econòmica

Pel que fa a la segona gran classificació de la noció del consumidor, queden excloses aquelles persones que han actuat amb una finalitat econòmica i, per tant, amb fins professionals o de la seva activitat empresarial.

En primer lloc, destaquem la sentència en què l'entitat bancària interposa recurs extraordinari per infracció processal i recurs de cassació contra la sentència que estima parcialment la demanda d'un consumidor considerant nul·la una de les tres clàusules al·legades com abusives per raó del seu interès de demora. Tanmateix, la finalitat del préstec, era majoritàriament per al finançament d'inversions empresarials del deutor, segons el tribunal de primera instància, però es va recórrer la decisió al·legant la seva condició de consumidor. El recurs d'apel·lació, estimat en part, revoca la sentència pel que fa a la clàusula sobre els interessos de demora considerant que aquesta clàusula provoca un desequilibri de la posició contractual de l'adherent perquè el concepte de clàusula contractual abusiva té el seu àmbit propi en relació amb els consumidors i, per tant les condicions generals entre professionals no poden tenir un abús per part de la posició dominant. Considerant així, que es pot declarar la nul·litat d'una condició general que sigui abusiva quan sigui contrària a la bona fe i provoqui un desequilibri important entre els drets i obligacions de les parts inclús tot i que es tracti de contractes entre professionals o empresaris, determinant que:

"Desde la perspectiva expuesta podrán ser reputadas nulas y como tales ineficaces las condiciones generales abusivas impuestas por un predisponente, que sean contrarias a la

⁶² Sentència del Tribunal Suprem 820/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 29 de novembre de 2021 (recurs 89/2019).

⁶³ Sentència del Tribunal Suprem 192/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 6 d'abril de 2021 (recurs 1553/2018).

*moral (art.1255 del Código Civil) introduciendo, en contra de los postulados de la buena fe (art. 1258 del Código Civil), un desequilibrio importante e injustificado de los derechos y obligaciones de las partes, contrario así a la buena fe (art. 7 del Código Civil), situación que podemos considerar existente, en el caso que enjuiciamos, en el que se impuso un interés de demora de nada menos el 25%". Tanmateix, el TS considera que el tribunal d'apel·lació s'aparta de l'essencial de la pretensió exercitada pel demandant que era la nul·litat per abusivitat en l'aplicació de la normativa de consum i no un altre, ja que invoca la seva condició de consumidor, i no ostentant tal condició el tribunal respon amb una altra pretensió com podem veure *quid supra*⁶⁴.*

Destacar d'una altra sentència el fet relatiu a la condició de consumidor, que en primera instància es va acreditar que els demandants, contractants d'un préstec garantit amb hipoteca immobiliària, no ostentaven condició de consumidors, igual que en apel·lació. Finalment, no es pot entrar en cap mena de protecció relacionada amb el control d'abusivitat, altre cop, la finalitat dels préstecs tenia com a destí el finançament de la compra del local on desenvolupar professionalment el negoci de farmàcia. Tanmateix, s'intenta la pretensió del control d'incorporació que s'aplica pel nostre TS inclús sense ostentar condició de consumidor i és per aquest motiu que s'estima en part el recurs però no per aplicació de la normativa especial dels consumidors⁶⁵.

Es prossegueix amb el cas en què dues persones físiques subscriuen un préstec hipotecari, però fou declarat pel tribunal d'apel·lació, que: *"La adquisición del mismo fue para realizar obras en la vivienda y refinanciar deudas de la empresa (panadería que regentaba). Pues bien, habiéndose acreditado que Dña. Virtudes regenta una panadería en alquiler y que esa es su actividad profesional, queda excluido el carácter de consumidor a pesar de que parte del préstamo solicitado se haya dedicado también a actividades distintas de la refinanciación de deudas propias de su actividad laboral, al tratarse de una operación de naturaleza mercantil. Se puede afirmar que nos movemos, por tanto, en un ámbito ajeno al consumo privado."*⁶⁶. Així doncs, declarada en apel·lació la consideració de no consumidor, s'estima el recurs per part del TS de l'entitat bancària, confirmant-se tal consideració en cassació, ja que no aplicava la protecció del consumidor, donat que els prestataris varen subscriure's en el mencionat contracte amb una finalitat econòmica⁶⁷.

⁶⁴ Sentència del Tribunal Suprem 506/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 7 de juliol de 2021 (recurs 1081/2017).

⁶⁵ Sentència del Tribunal Suprem 130/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 9 de març de 2021 (recurs 4929/2017).

⁶⁶ Sentència del Jutjat de Primera Instància d'Ávala (Sala de lo Civil, secció 5ª) de 4 de maig de 2017 (recurs 137/2017).

⁶⁷ Sentència del Tribunal Suprem 122/2022 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 15 de febrer de 2022 (recurs 2670/2017).

Altrament, en el cas d'una persona física que treballa per compte d'altri i la seva parella, autònoma d'una empresa de transport com avalador d'una hipoteca en garantia de préstec que recau sobre un habitatge de protecció oficial i sobre un local destinat a bar que està llogat. En apel·lació, no s'aplica la protecció especial de consumidors enfront de les clàusules abusives en motiu del destí del préstec, ja que anava destinat a recondicionar un local de negoci i, per tant, el tribunal estima el recurs interposat per l'entitat bancària en confirmar tal condició i la no aplicació de la protecció de la mateixa. A més a més, el tribunal indica que es podia analitzar el control de transparència i contingut pel que fa a l'abusivitat de les clàusules abusives, no obstant, conclou que no hi ha ni un desequilibri important ni mala fe⁶⁸.

En el marc d'un contracte de préstec hipotecari, ostentant els prestataris la qualitat de consumidors, el TS recorda que el concepte de consumidor ha d'interpretar-se de forma restrictiva, en relació amb la posició d'aquesta persona en un contracte determinat i amb la naturalesa i finalitat del mateix, atenint-se a les circumstàncies de cada cas. En relació als contractes que ostenten una doble finalitat, si el contracte es subscriu amb un objecte relacionat en part i en part no, a l'activitat comercial d'una persona, aquesta haurà de ser considerada consumidor. Tot i això, en aquest cas fou predominant la finalitat del contracte objecte de litigi, amb la qual cosa, els prestataris no podien ostentar la condició legal de consumidors i és per aquest motiu, que el recurs interposat per l'entitat bancària, fou estimat⁶⁹. Així doncs, observem en una sentència molt recent, com en el cas que trobem ambdues finalitats, desenvolupades en aquest apartat, podrà prevaldre per a determinar l'aplicació de la protecció especial dels consumidors, aquella que domini sobre l'altre i, per tant, si un consumidor ha actuat majoritàriament amb fins econòmics aquests determinaran la seva condició com a no consumidor.

Finalment, és en el cas de dues persones físiques que sol·liciten la nul·litat per abusivitat en l'escriptura d'un préstec hipotecari, que són dos empresaris actuant com a prestataris en una hipoteca que es va constituir sobre un local d'un dels demandants, en instàncies d'apel·lació foren declarats consumidors, malgrat això, la Sala primera del TS declarà el caràcter professional de l'actuació dels demandants en el préstec i, per tant la inaplicabilitat de l'estatut propi dels consumidors, ja que el tribunal considera que aquests no tenien per objecte satisfer

⁶⁸ Sentència del Tribunal Suprem 110/2022 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 14 de febrer de 2022 (recurs 16/2017).

⁶⁹ Sentència del Tribunal Suprem 26/2022 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 18 de gener de 2022 (recurs 4049/2018).

les pròpies necessitats de consum privat si no refinançar les activitats empresarials de la refinanciació litigiosa⁷⁰.

4. CONCLUSIONS FINALS

A partir de l'aplicació de les normes especials protectores dels consumidors en ares litigioses en motiu de l'abusivitat en clàusules de crèdits amb entitats bancàries, els consumidors i aquelles persones físiques i jurídiques que no tinguin per objecte una finalitat econòmica o professional, poden gaudir d'uns efectes jurídics que inclouen l'aplicació del control de transparència, contingut i abusivitat, i entre d'altres que no s'han tingut en compte en el present estudi, podent determinar amb més protecció, l'abusivitat en les clàusules incloses en un crèdit bancari.

L'anàlisi jurisprudencial s'ha realitzat amb motiu de la no existència en el nostre dret d'un concepte jurídic general i uniforme de consumidor depenen de la concepció legal concreta ates l'àmbit específic⁷¹, i és per aquest motiu que la present ha volgut recollir la normativa aplicable a l'àmbit concret de contractació de crèdits amb entitats bancàries acotant els efectes, situacions i, per tant, conseqüències jurídiques podent determinar la noció de consumidors, esmentant, breument els seus efectes, ja que per poder analitzar els seus efectes hauríem de realitzar un nou estudi amb major amplitud per tal de poder determinar totes les conseqüències que es troben implícites en els crèdits en motiu de les clàusules abusives estudiant també la posició jurídica del no consumidor en aquest àmbit.

No obstant, les sentències analitzades han estat aquelles dictades per la Sala Primera del Tribunal Suprem entre l'1 de març de 2021 i l'1 de març de 2022, podent establir la noció de consumidor a partir de l'anàlisi de l'últim any, proporcionant així la definició més recent per part del tribunal de cassació. A més a més, es precisava acotar l'òptica de cerca, la qual ha vessat en el concepte de consumidor pel que fa a la seva configuració partint del control de transparència, de contingut i d'abusivitat en les clàusules incloses en un crèdit celebrat amb una entitat bancària.

La protecció del consumidor en aquest àmbit, abasta tota persona física i aquelles entitats que no ostentin ànim de lucre. Així doncs, pel que fa a persones jurídiques sense ànim de lucre en

⁷⁰ Sentència del Tribunal Suprem 808/2021 (Sala de lo Civil, secció 1ª) de 23 de novembre de 2021 (recurs 2949/2018).

⁷¹ GARZINO, M.C. (2020) *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor: análisis comparado de los derechos español y argentino*, pàgs. 81-83.

la contractació d'un crèdit bancari, aquestes no han protagonitzat cap de les sentències del any esmentat.

Així doncs, analitzat el marc normatiu vers la noció de consumidor, en l'àmbit del dret bancari, s'ha pogut comprovar com el legislador pot establir clarament les definicions de consumidor i de no consumidor inclús, expressar explícitament la intenció d'ampliar la protecció del consumidor inclús per alguns no consumidors tals com els autònoms i les microempreses, però en finalitzar l'anàlisi jurisprudencial del Tribunal Suprem, pel que fa a l'últim any, les conclusions pràctiques són molt diverses a les normatives.

La primera idea que s'extreu de l'anàlisi és que la pretensió del legislador no es troba patent a la gran majoria de resolucions, hem vist aplicada la protecció de les normes especials en aquelles persones físiques que se subrogaven en un préstec hipotecari, hipoteca, subscripció de crèdit de préstec, subscripció d'hipoteca, crèdit amb garantia hipotecaria i préstecs hipotecaris multidivisa, en els que tot i que no sempre se superaven els controls de transparència, contingut i abusivitat, s'aplicava la protecció sense qüestionar la condició de consumidor en els casos que a més a més de ser una persona física, el crèdit tenia per objecte un habitatge o bé quedava molt determinat i demostrat en primeres instàncies la condició de consumidor. Tot i així, en aquests casos el tribunal reitera la restricció de l'aplicació de la protecció dels consumidors, eliminant tal protecció per exemple en el cas de tenir per objecte una operació de naturalesa mercantil i que, per tant, no s'està en un àmbit aliè al consum privat, observant com el fet de tenir un fi empresarial i no cobrir amb el crèdit bancari unes necessitats de consum privat, el tribunal no entra a valorar els controls esmentats. Recordant, a més a més, com observem en diverses sentències, que el fet de ser declarat consumidor no implicarà *per se* i de manera automàtica tal protecció doncs bé, s'haurà de provar la falta d'informació i, per tant de transparència, de contingut i d'abusivitat per declarar la nul·litat de les clàusules incloses en el crèdit.

En segon lloc, cal destacar que un cop s'estableix la finalitat econòmica dels demandants, el tribunal reitera com no s'aplicaran les normes especials de protecció dels consumidors si, però es podrà declarar la nul·litat d'una condició general que sigui abusiva però només en el cas de provar la contrarietat a la moral, a la bona fe i un clar desequilibri entre els drets i obligacions de les parts inclús en aquells casos que es tracti de contractes entre professional o empresaris, però no mitjançant la normativa especial dels consumidors com podem observar en la gran majoria de sentències on les parts demandants i part dèbil del contracte, al·leguen les proteccions dels consumidors i en ser declarats no consumidors en motiu de la seva finalitat econòmica troben frustrada la seva pretensió.

Finalment, cal afegir que aquest últim tema seria una bona nova línia d'estudi, a la que hauríem de fer referència a sentències com la del proppassat 11 de març de 2020, en la que la part demandant tenia la finalitat d'adquirir una llicència municipal d'auto-taxi, però al·legant la normativa adient, recordant com ha reiterat la jurisprudència que els contractes que tenen lloc sota les condicions generals de la contractació no essent els adherents consumidors, no se'ls hi podrà realitzar els controls de transparència i abusivitat sinó únicament, el control d'incorporació i és en aquest camí com es pot aconseguir una mínima protecció per al no consumidor⁷². Altrament, s'haurien d'analitzar les circumstàncies que foren al·legades en primera instància i en apel·lació en el marc de les sentències analitzades en el present per veure aquelles circumstàncies en què declarada la condició de consumidor, aquesta no fou qüestionada posteriorment en cassació.

En conclusió, classifiquem atesa la jurisprudència, la inclusió o no en el concepte de consumidor segons la finalitat del crèdit concedit per l'entitat bancaria, en finalitat individual i per ús privat i, per tant, ostentant la condició de consumidor i aplicació de la normativa especial de protecció d'aquest, i finalitat econòmica i, per tant ostentant el crèdit un fi empresarial o professional amb la no aplicació de tal normativa però podent obtenir un control d'incorporació de les clàusules incloses en el crèdit objecte de litigi.

Així doncs, per tal que una persona, que haurà de ser física, ostenti la condició legal de consumidor, haurà d'actuar amb un propòsit aliè a la seva activitat professional i no podrà tenir vincles funcionals amb la societat que estigui obligada en relació amb el crèdit o bé, amb la garantia d'aquest.

5. BIBLIOGRAFIA

Castillo Martínez, C. D. C. (2019). *De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes*. *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1 de febrero de 2019. <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>

Ebers, M. (2006). *¿ Quién es consumidor?*. *Anuario de Derecho Civil*, 229-238.

⁷² Sentència del Tribunal Suprem 168/2020 (Sala de lo Civil, secció 1^a) de 11 de març de 2020 (recurs 3022/2017).

Garzino, M. C. (2020). *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor: análisis comparado de los derechos español y argentino* (Doctoral dissertation, Universitat Pompeu Fabra).

Juárez Torrejón, Ángel. (2016). *Garantías y Servicios postventa a favor de los consumidores*. Marcial Pons. Madrid. Pàgs. 131-140.

Lapuente, S. C. (2011). *El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*. Cuadernos de derecho transnacional, 84-117.

Muñoz, J. E. C. (2002). *Nota breve sobre el concepto del consumidor*. Cuadernos de estudios empresariales, (12), 315.

Pérez, D. V. (2021). *El consumidor bancario ante el IRPH (una experiencia propia del Dragon Khan)*. Justicia: revista de derecho procesal, (1), 107-162.

Vaqué, L. G. (2004). *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Revista de derecho Comunitario europeo, 8(17), 47-82.

6. LEGISLACIÓ

Directiva 85/577/CEE del Consell, de 20 de desembre de 1985, referent a la protecció dels consumidors en el cas de contractes negociats fora dels establiments comercials (DO n° L 372 de 31 de desembre de 1985, p. 31).

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:ES:HTML>

Directiva 87/102/CEE del Consell, de 22 de desembre de 1986, relativa a la aproximació de les disposicions legals, reglamentaries i administratives dels Estats Membres en matèria de crèdit al consum (DO n.º L 42 de 12 de febrer de 1987, p. 48).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31987L0102>

Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors (DO n.º L 95 de 21 d'abril de 1993, p. 29) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància (DO n.º L 144 de 4 de juny de 1997, p. 19-17).
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:ES:HTML>

Directiva 98/6/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de febrer de 1998, relativa a la protecció dels consumidors en matèria d'indicació dels preus dels productes oferts als consumidors (DO n.º L80 de 18 de març de 1998, p. 27) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0006&from=DE>

Directiva 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior (Directiva sobre el comerç electrònic), (DO n.º L 178 de 17 de juliol de 2000, p.1) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295>

Directiva 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell de 23 de setembre de 2002, relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, i per la qual es modifica la Directiva 90/619/CEE del Consell i les Directives 97/7/CE i 98/27/CE (DO L 271 de 9 d'octubre de 2002, p. 16) <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0065:20071225:ES:PDF>

Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2008, relativa als contractes de crèdit al consum i per la que es deroga la Directiva 87/102/CEE del Consell http://83.247.150.238/doc/doc_11058807_1.pdf

Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell de 25 d'octubre del 2011 sobre els drets dels consumidors, per la qual es modifica la Directiva 93/13/CEE del Consell i la Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell i es deroga la Directiva 85/577/CEE del Consell i la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>

Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell de 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per béns immobles d'ús residencial i per la qual es modifiquen les Directives 2008/48/CE i 2013/36/UE i el Reglament (UE) n° 1093/2010 <https://www.boe.es/doue/2014/060/L00034-00085.pdf>

Constitució espanyola. Corts Generals «BOE» núm. 311, de 29 de desembre de 1978. Referència: BOE-A-1978-31229. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019. Referència: BOE-A-2019-3814. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2019/BOE-A-2019-3814-consolidado.pdf>

Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum «BOE» núm. 151, de 25 de juny de 2011. Referència: BOE-A-2011-10970. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-10970>

Llei 4/2022, de 15 de febrer, de protecció dels consumidors i usuaris front a situacions de vulnerabilitat social i econòmica «BOE» núm. 51, de 1 de marzo de 2022. Referència: BOE-A-2022-3198. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-3198

Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació «BOE» núm. 89, de 14 d'abril de 1998. Referència: BOE-A-1998-8789. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8789>

Real Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi Civil «BOE» núm. 206 de 25 de juliol de 1889. Referència: BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Real Decret- llei 19/2018, de 23 de novembre, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera «BOE» núm. 284, de 24 de novembre de 2018. Referència: BOE-A-2018-16036. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16036>

Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries «BOE» núm. 287, de 30 de novembre de 2019. Referència: BOE-A-2007-20555.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>