

# VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL CONTRARIA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

Infringement of effective judicial protection right performed by appeal court judgement that refutes European Union Court of Justice case law about consumer status

PILAR ÁLVAREZ OLALLA  
Universidad Rey Juan Carlos  
pilar.alvarez.olalla@urjc.es

## *Cómo citar/Citation*

Álvarez Olalla, P. (2018).

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor.

*Derecho Privado y Constitución*, 32, 95-132.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.32.03>

(Recepción: 02/05/2018. Aceptación tras revisión: 05/06/2018. Publicación: 22/06/2018.

## **Resumen**

Este trabajo analiza la cuestión relativa a si supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de que un tribunal nacional se aparte de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la condición de consumidor del fiador o garante de un préstamo mercantil y, en consecuencia, infrinja el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional español ha

estimado el recurso de amparo interpuesto por un matrimonio que garantizó hipotecariamente un préstamo mercantil, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al considerar que la Audiencia Provincial de La Rioja no seleccionó correctamente la norma aplicable, conculcando así el sistema de fuentes y el principio de primacía del derecho de la Unión.

### **Palabras clave**

Consumidor; fiador; cláusulas abusivas; tutela judicial efectiva; principio de primacía.

### **Abstract**

This paper deals with the issue about if Effective Judicial Protection Right is violated by the fact that a national court judgement diverges from EU Court of Justice case law related to guarantor consumer status, and therefore, infringes European Union Law Precedent Principle. Constitutional Court considers entirely the writ of protection brought by a married couple, who mortgaged their dwelling for securing a commercial loan, understanding their Effective Judicial Protection Right has been broken by a national court judgement that didn't apply the suitable rule, violating the European Union Law Precedent Principle.

### **Keywords**

Consumer; guarantor; unfair terms; effective judicial protection; precedence principle.

## SUMARIO

---

I. PRELIMINAR. II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL VALOR DE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE EN EL SISTEMA DE FUENTES DE LOS PAÍSES MIEMBROS. III. LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR. IV. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL FIADOR O GARANTE DE PRÉSTAMO MERCANTIL EN LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE CRÉDITO CONCEDIDO A CONSUMIDORES. V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ACERCA DE SI SON O NO CONSIDERADOS CONSUMIDORES LOS FIADORES O GARANTES DE UN PRÉSTAMO MERCANTIL. VI. LA CUESTIÓN DE SI EL GARANTE PERSONA FÍSICA, EN CALIDAD DE FIADOR O HIPOTECANTE, DE UN PRÉSTAMO MERCANTIL ES O NO CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA GENERAL DE CONSUMIDORES. VII. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75/2017. VIII. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OTORGANDO EL AMPARO POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN ESTE CASO.

*BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. PRELIMINAR

Este trabajo tiene por objeto analizar la doctrina del Tribunal Constitucional al conocer de recursos de amparo interpuestos ante vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, por inaplicación de normas del derecho de la Unión o de la doctrina emanada del TJUE, por parte de los tribunales españoles. Especialmente, será objeto de atención la Sentencia 75/2015, de 19 de junio de 2017, dictada por el Tribunal Constitucional, que ampara a los recurrentes al no haber respetado la Audiencia Provincial de La Rioja, en Auto de 29 de enero de 2016 y Providencia de 19 de diciembre de 2016, la doctrina del TJUE sobre la condición de consumidor del fiador o garante de un préstamo hipotecario mercantil; condición que, según dicha doctrina, dependerá de si dicho fiador o garante tiene o no vinculación funcional con la empresa prestataria.

Para ello, en primer lugar, se hará una breve exposición del significado del principio de primacía del derecho comunitario y del valor que la doctrina

del TJUE tiene, tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito de la legislación interna. A continuación, se expondrá la doctrina del TJUE sobre la condición de consumidor en general. En el epígrafe siguiente, se analizará la cuestión relativa a si el fiador o garante es destinatario de la normativa específica de crédito al consumo, ya sea o no inmobiliario, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, así como la irrelevancia de su posible exclusión en dicho ámbito a la hora de poder considerarlo consumidor protegido en la normativa general de consumo. A renglón seguido, se analiza ya, más concretamente, la condición de consumidor del fiador o garante de un préstamo hipotecario mercantil a efectos de aplicación de la normativa general de consumidores en la doctrina del TJUE; y, a continuación, el estado de esta última cuestión en la jurisprudencia española, así como la evolución de esta última, tras los pronunciamientos del TJUE al respecto. Por último, se analizará la doctrina del TC contenida en la Sentencia 75/2017 antes indicada, que trae causa de un procedimiento de ejecución en el que lo discutido era, precisamente, el carácter o no de consumidor del garante de un préstamo hipotecario mercantil, a efectos de la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas. Finalmente, se hará una valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión.

## II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL VALOR DE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE EN EL SISTEMA DE FUENTES DE LOS PAÍSES MIEMBROS

El principio de primacía del derecho comunitario significa que el derecho emanado de las instituciones europeas tiene un valor prevalente sobre las normas nacionales de los Estados miembros, por lo que ninguna norma de derecho interno puede contradecir lo establecido en la normativa comunitaria. Se trata de un principio de creación jurisprudencial, elaborado por el Tribunal de Justicia desde mediados del siglo XX. Aunque sí se recogió en la fallida Constitución europea de 29 de octubre de 2004, que en su art. I.6 establecía: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros», en la actualidad no está proclamado expresamente en los tratados. El principio de primacía es premisa necesaria para la aplicación del principio de eficacia directa del derecho europeo<sup>1</sup>, principio

<sup>1</sup> El principio de eficacia directa permite a los particulares invocar directamente una norma europea ante una jurisdicción nacional o europea. En el caso de los reglamen-

también elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>2</sup>. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, *Costa contra Enel*, 6/64<sup>3</sup>, con la proclamación de este principio, trataba de evitar que el derecho de la entonces CEE quedara sin efecto por el hecho de que un Estado miembro promulgara una ley posterior contraria a lo establecido en aquel. Afirma el Tribunal:

El Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales. Añade que, esta integración, tiene como corolario «la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, por tanto, oponerse a dicho ordenamiento».

El efecto directo de los reglamentos comunitarios «no tendría alcance si un Estado pudiera unilateralmente anular los efectos por un acto legislativo oponible a los textos comunitarios». En definitiva, cualquier fuente del derecho comunitario, ya sea originaria o derivada, prevalece de manera absoluta sobre las normas internas.

Del mismo modo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Administración de Hacienda del Estado contra Simmenthal S.A.*,

---

tos, estos tienen siempre efecto directo (art. 288 TFUE). En el caso de las directivas, solo tendrán efecto directo vertical (puede invocarlo un particular frente al Estado, pero no frente a otro particular) si no han sido transpuestas en plazo. Las decisiones tienen efecto directo frente al país destinatario, si bien se trata de un efecto vertical (oficina de publicaciones. Síntesis de la legislación de la UE).

<sup>2</sup> Tampoco el principio de eficacia directa está recogido, como tal, en los tratados, sino que ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Oficina de publicaciones, síntesis de la legislación de la UE,). En este mismo documento se añade: «La primacía del Derecho europeo sobre los Derechos nacionales es absoluta. Por lo tanto, todos los actos europeos con carácter obligatorio se benefician de él, tanto si proceden del Derecho Primario como del Derecho Derivado. Del mismo modo, todos los actos nacionales están sujetos a este principio, con independencia de su naturaleza: ley, reglamento, decreto, resolución, circular, etc. Es irrelevante que estos textos procedan del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro. El poder judicial está igualmente sujeto al principio de primacía. En efecto, el Derecho que genera la jurisprudencia, debe acatar el de la Unión».

<sup>3</sup> El caso tenía su origen en una demanda interpuesta por la empresa nacionalizada de electricidad Enel contra un ciudadano italiano que se negaba a pagar la factura de la luz, pues había sido dueño de acciones de una empresa de electricidad con anterioridad a la nacionalización.

106/77<sup>4</sup> se afirma «las normas de Derecho comunitario deben surtir plenamente efecto, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez» y se añade:

[...] por tanto, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho comunitario; que este efecto también afecta a los Jueces, que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares, por el Derecho comunitario.

Ahora bien, una vez que el juez nacional se enfrenta a una antinomia existente entre una norma nacional y una norma comunitaria, simplemente debe inaplicar dicha norma interna, sin que ello implique derogación de la misma, pues el principio de primacía no es equivalente al principio de jerarquía, que sí traería consigo la derogación de la norma de rango inferior<sup>5</sup>. En efecto, según el TJCE, «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas».

¿Cuál es el valor de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cómo se incardina en el sistema de fuentes comunitario? La función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consiste en «garantizar que la legislación de la UE se interprete y se aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros; y garantizar que los países miembros y las instituciones europeas cumplan la legislación de la UE»<sup>6</sup>.

El TJUE es el intérprete del derecho de la Unión (tanto originario como derivado) junto con los tribunales nacionales, pero aquel es el intérprete supremo. Ambas jurisdicciones colaboran mediante la cuestión prejudicial. La doctrina que emana del TJUE al interpretar el derecho de la Unión resolviendo

<sup>4</sup> En el caso del que trae causa la sentencia, la empresa Simmenthal importaba carne de vaca desde Francia hasta Italia. Italia estableció una tasa de inspección de la carne importada en 1970, que conculcaba el derecho comunitario sobre la materia.

<sup>5</sup> Véase, para una distinción entre los criterios de competencia, jerarquía y prevalencia, Sánchez Barrilao (2004: 134-135) y Garriga Domínguez (2011: 150).

<sup>6</sup> Véase la página oficial del TJUE: <https://bit.ly/2xwYJZE>.

cuestiones prejudiciales no vincula exclusivamente al órgano que plantea la cuestión, sino que pasa a integrar el contenido de la norma comunitaria de tal manera que la norma comunitaria aplicable en los Estados miembros será la norma comunitaria tal y como la interpreta el TJUE. Su doctrina pasa a formar parte del sistema de fuentes de la Unión y, consecuentemente, del sistema de fuentes de los Estados miembros<sup>7</sup>.

En España, el carácter vinculante de la doctrina del TJUE viene proclamado en el art. 4 bis de LOPJ, redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio<sup>8</sup>. Según dicho precepto, «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». La incorporación de la doctrina del TJUE a la norma comunitaria interpretada, y su primacía sobre el derecho interno, ha sido ya reconocida por la STS (Sala Tercera) de 17 de diciembre de 2011 (RJ 2010, 710) con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ. Según esta resolución, si bien «no existe propiamente entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales una relación de subordinación institucional ni jerárquica sino de cooperación y colaboración», el TS reconoce lo que denomina «autoridad de cosa interpretada» a la doctrina del TJUE, de tal modo que

las declaraciones de la jurisprudencia o de la doctrina legal se incorporan a las disposiciones interpretadas y participan de su misma fuerza normativa... Así las cosas, teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmado por el TJCE y reconocido con claridad en nuestro ordenamiento (artículo 93 de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Supremo también reiterada), no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario.

La cuestión es determinar cuáles son los mecanismos de control existentes en caso de que el juez nacional no aplique la normativa comunitaria o la jurisprudencia del TJUE<sup>9</sup>. En la sentencia que analizamos, el TC español

<sup>7</sup> Un análisis detallado de la función y funcionamiento del TJUE puede verse en Mangas y Liñán (2016).

<sup>8</sup> Según la exposición de motivos de la ley de reforma, la progresiva internacionalización de España hace que resulte «conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

<sup>9</sup> En la jurisdicción social, la contradicción de las resoluciones dictadas por parte de las salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, con la doctrina del TJUE,

considera que la infracción por los órganos jurisdiccionales nacionales de la doctrina emanada del TJUE al interpretar el derecho de la Unión, que integra tanto la norma comunitaria como las normas de transposición nacionales, es una infracción del sistema de fuentes español y constituye una aplicación no razonable de la norma, lo cual vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

### III. LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El TJUE, a lo largo de varias sentencias y autos, ha ido perfilando el concepto de consumidor, y lo ha hecho bien con ocasión de la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; bien con ocasión de la aplicación del foro especial de determinación de competencia judicial respecto a contratos celebrados con consumidores, establecido primero en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (arts. 13, 14 y 14), y posteriormente en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>10</sup>; bien en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44 CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, o por último, en el ámbito de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Del análisis de la doctrina emanada del TJUE pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la condición de consumidor, a efecto de aplicación de la normativa antes indicada:

---

es motivo de recurso de casación para unificación de doctrina (art. 219.II de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), previsión esta que no se contiene en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>10</sup> Hoy sustituido por el Reglamento (UE) núm.1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que trata la cuestión de la competencia judicial en caso de contratos celebrados con consumidores en los artículos 17, 18 y 19.

- a) No es consumidor quien actúa en el marco de su actividad profesional o comercial. Más concretamente, no lo es el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 1991, procedimiento penal entablado contra Patrice Di Pinto, C-361/89)<sup>11</sup>, ni quien actúa realizando venta de maquinaria de un empresario a otro mediante letras de cambio (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1978, Bertrand contra Paul Ott Kg, 150/77)<sup>12</sup>, o bien operaciones a plazo sobre divisas, valores o mercaderías (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1993, Shearson Lehmann Hutton Inc contra TVBe)<sup>13</sup>. Tampoco puede considerarse consumidor aquel que celebra un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1997, Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl., C-269/95)<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> En este supuesto, la condición o no de consumidor de los adquirentes del servicio de publicidad a domicilio determinaría que el Sr. Pinto hubiera incurrido o no en conducta tipificada en el Código Penal francés, al no haberse respetado por el prestador de servicios los siete días sin recibir pago alguno, periodo previsto en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

<sup>12</sup> En esta resolución, se dilucidaba si una venta de maquinaria entre empresas era una venta a plazos de mercaderías regulada en la sección 4ª del Convenio de Bruselas que recogía el foro de protección del consumidor en la venta a plazos.

<sup>13</sup> Se trataba de un caso en el que lo discutido era la aplicación del foro especial de los consumidores, establecido en el Convenio de 1968, a un sujeto que realizaba operaciones a plazo sobre divisas y valores. En la sentencia se hace constar que el foro especial «está inspirado en el interés por proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que su cocontratante, de manera que esta parte no debe verse forzada a desistir de hacer valer sus derechos judicialmente por estar obligada a ejercitar su acción ante los Tribunales del Estado en el que su cocontratante tiene su domicilio. Estas disposiciones sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales. En virtud de ello, el demandante que actúa en ejercicio de su actividad profesional y que, por tanto, no es, él mismo, el consumidor... no puede beneficiarse de las reglas de determinación de la competencia especiales previstas por dicho Convenio en materia de contratos celebrados por los consumidores».

<sup>14</sup> Igualmente se trataba de un supuesto en que lo debatido era el foro especial de protección de los consumidores establecido en el Convenio de 1968. En este caso, el demandante en el procedimiento del que dimana la cuestión prejudicial, había celebrado un contrato de franquicia con Dentalkit, empresa especializada en la distribución de productos de higiene dental. El TJUE considera que no es de aplicación el foro de los consumidores aunque el demandante no haya iniciado aún su actividad.

Por el contrario, sí es consumidor aquel a quien una sociedad remite a su domicilio una comunicación que podía dar la impresión de que se le atribuiría un premio si encargaba mercancías por un importe determinado, habiendo realizado dicho sujeto tal pedido sin que se le entregara dicho premio, y sin que la adquisición de las mercancías tuviera nada que ver con actividad profesional o empresarial alguna (Sentencia TJCE de 11 de julio 2002, Gabriel contra Oberster Gerichtshof, C-96/00).

- b) Un profesional puede actuar como consumidor cuando lo hace adquiriendo bienes o servicios cuyo destino es ajeno al ámbito de su actividad profesional o empresarial, y ello con independencia de los conocimientos técnicos que por razón de su profesión pueda tener respecto a las características de la operación. Así se desprende de las afirmaciones contenidas en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, Horațiu Ovidiu Costea Y SC Volksbank România SA, C-110/14. Se considera consumidor al abogado que pide un crédito sin que conste el destino, pero que garantiza hipotecariamente dicho crédito con bienes inmuebles propiedad de su bufete. En el contrato aparece su firma como prestatario y, además, como propietario del inmueble en el que radica su bufete, que actúa como fiador real o hipotecante no deudor. El abogado alegó la abusividad de una comisión de riesgo que le cobró el banco, al amparo del sistema de protección de la Directiva 93/13/CEE, entendiendo que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. El TJUE considera que una persona puede actuar a la vez como consumidor y como profesional y que el concepto de consumidor hay que entenderlo en un sentido objetivo, y no en función de los conocimientos que tenga<sup>15</sup>. Lo importante es determinar si al concertar el crédito —aunque además actuara como representante del garante al concertar la hipoteca— actuó

<sup>15</sup> La normativa MiFID, sin embargo, sí tiene en cuenta el nivel de conocimiento del cliente a la hora de valorar la información que debe dar el profesional (arts. 24 y ss.). Por ello, y considerando de aplicación la normativa contenida en dicha directiva, el TS, en sentencia de 30 junio de 2015 (RJ 2015, 2662), con cita de la de 23 de abril (RJ 2015,1863), consideró, en la contratación de un préstamo multidivisa a profesional, que si bien se habían infringido los deberes de información exigidos en la directiva y en la Ley del Mercado de Valores (art. 79 bis), la única sanción posible, con eficacia en el ámbito contractual, es la anulabilidad por error-vicio. Dado el perfil de cliente experimentado, a pesar de que la información que se le suministró no fue suficiente para un cliente no experto, sí lo fue para quien tenía experiencia y conocimientos financieros, por lo que consideró el TS que no procedía la anulación por error-vicio.

como consumidor. Al no constar que el crédito fuera a ser destinado al ejercicio de su actividad, el TJUE consideró que el abogado tenía la condición de consumidor<sup>16</sup>.

- c) El concepto de consumidor se refiere exclusivamente a las personas físicas<sup>17</sup>, por lo que no es consumidor una persona jurídica. Tal afirmación se contiene en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2001, asuntos acumulados *Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99)* e *Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99)*. La cuestión giraba en torno a si podía considerarse consumidora a una empresa que había adquirido bienes ajenos a su actividad, para el uso exclusivo de sus trabajadores (máquinas expendedoras de bebidas), siendo un bien que no tiene relación alguna con el giro de su negocio. Se discutía la posibilidad de aplicación o no de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas a la empresa compradora. Al respecto, hay que recordar que el derecho español, concretamente el art. 3 del TRLGDCU, incluye en el concepto de consumidor a 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<sup>18</sup>. Lo cierto es que esta sentencia del TJCE, al dar por zanjada la cuestión por considerar que la directiva no incluye en su ámbito

---

<sup>16</sup> Ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005 (asunto Gruber) relativa a la necesidad de que el destino profesional sea marginal para determinar la consideración de consumidor en contratos mixtos, se había afirmado igualmente que no es preciso tener en cuenta las circunstancias o los elementos que el contratante podía haber conocido al celebrarse el contrato, salvo que la persona que invoca su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales.

<sup>17</sup> Los codeudores son consumidores, según Sentencia de 9 de julio de 2015 C348/14, *Maria Bucura contra SC Bancpost SA*.

<sup>18</sup> Véase, sobre la cuestión de la ampliación del concepto de consumidor a las personas jurídicas, Bercovitz (1992: 40-41), Arroyo Amayuelas (2009: 227), y más recientemente Bercovitz (2015: 61-64), quien duda de la oportunidad de la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor y llama la atención sobre el hecho de que estas no podrán tener ánimo de lucro a diferencia del consumidor persona física. Cámara Lapuente (2011a: 98) entiende que los argumentos para admitir dicha ampliación del elemento subjetivo de protección son, por un lado, el carácter de la mayoría de las directivas como normas de mínimos, pues ello permite al legislador interno ampliar el concepto de consumidor. Por otro, argumento que el autor estima preferible, que puesto que el concepto de consumidor forma parte del ámbito de aplicación de las directivas, y que este no puede modificarse por los Estados miem-

de aplicación a la persona jurídica, deja sin prejuzgar un asunto clave cual es si el empresario —aunque sea individual y, por tanto, no persona jurídica— puede ser consumidor cuando contrata bienes y servicios que no están directamente relacionados con su actividad, sino solo indirectamente (consumo empresarial)<sup>19</sup>.

- d) No compete al consumidor la carga de la prueba de su condición de tal al celebrar un contrato, si no que el juez nacional que conoce del litigio tiene la obligación, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor. Y ello es así, aunque este no haya alegado expresamente dicha condición (Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Primera] de 4 de junio de 2015, Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV, C-497/13)<sup>20</sup>. Si demanda el empresario, deberá probar que el consumidor no es tal, sino que actuó con en un ámbito relacionado con su empresa o profesión. En caso de que demande el consumidor, hay quien señala que, de regularse este extremo, quizá debería aportar el consumidor un principio de prueba (Cámara Lapuente 2011a: 117). La

---

bros, lo que pueden estos hacer es extender la protección a otros sujetos, tales como a determinadas personas jurídicas.

<sup>19</sup> Cámara Lapuente (2011a: 106). La mayoría de la doctrina española considera que los empresarios, ya sean individuales o persona jurídica, cuando realizan actos de consumo empresarial, esto es, que solo indirectamente están relacionados con su actividad empresarial (compra de consumibles de oficina, *catering* para empleados, etc) no son consumidores. Véase Bercovitz (2015: 65-66), quien considera que la razón esencial para no considerar protegido al consumo empresarial es que el empresario que ingresa en el mercado con ánimo de lucro lo hace porque quiere, mientras que el consumidor no puede evitar hacerlo. Véase también sobre la cuestión Carrasco Perera (2002: 24), Cámara Lapuente (2011a: 93-94 y 2011b: 139), Marín López (2014a: 12) y Bercovitz (1992: 33-35). En la jurisprudencia del TS español, cabe destacar en este sentido la Sentencia de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1223) —consumo eléctrico por empresa de hostelería— o la de 9 de junio de 2009 (RJ, 2009, 3386) —uso de datafono por empresa—, o de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1467) —sobre empresa que contrata mantenimiento de ascensores—.

<sup>20</sup> Se trataba de un caso en el que la condición o no de consumidor de la compradora de un vehículo de ocasión determinaría la aplicación o no de la Directiva de 1999 en materia de garantías en la venta de bienes de consumo. La Sra. Faber había comprado un vehículo de ocasión y en el contrato no se hizo constar si la compraventa se realizó a un consumidor, pues no constaba si la compra se había celebrado en el marco de una actividad profesional o no.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005, a la que aludiremos a continuación, parece dar a entender que el empresario podría probar el carácter profesional del contratante si este, es decir, la persona que invoca su calidad de consumidor, se comportó de tal manera en el momento de contratar que dio la impresión de que estaba actuando con fines profesionales. En nuestro país, la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 8857), sin embargo, y en contra de la doctrina del TJUE, no aplica la normativa de consumidores al no considerar probada la condición de tales por parte de los recurrentes.
- e) En lo atinente a contratos de uso mixto, esto es, de bienes adquiridos por un empresario o profesional para dedicarlos tanto a un uso empresarial como a un uso personal (teléfono móvil, préstamo para adquirir vivienda y despacho unidos, etc.), el Tribunal de Justicia ha adoptado el criterio del uso marginal: el empresario podrá considerarse consumidor si la dedicación al uso profesional o empresarial puede considerarse marginal, hasta el punto de tener un carácter insignificante en el global de la operación (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005, Johann Gruber contra Bay Wa AG, C-464/01). En este caso se trataba de la compra de tejas por un agricultor para el tejado de una granja utilizada parcialmente para usos privados y parcialmente para usos profesionales y el TJCE consideró que el agricultor no tenía la condición de consumidor, a los efectos de aplicación del foro de protección del consumidor del Convenio de Bruselas<sup>21</sup>.
- f) Se considera consumidor a la persona física que, al contratar adquiriendo bienes o servicios, actúa con ánimo de lucro, pero de forma aislada y no habitual. Si bien no existe un pronunciamiento *ratio decidendi* del Tribunal de Justicia al respecto, puede deducirse tal conclusión de la Sentencia

---

<sup>21</sup> El criterio del carácter marginal del uso empresarial del bien como único supuesto en el que el empresario puede ser considerado consumidor, en casos de uso mixto, es seguido por la mayoría de la doctrina en España: Bercovitz (2015: 66), quien habla de uso residual, Cámara (2011b: 146) y Marín López (2014a: 13). Y ha sido aplicado recientemente por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669). El demandante de nulidad de cláusula suelo había solicitado el préstamo para reconstrucción de varios edificios existentes en una finca, siendo uno su vivienda habitual y al menos otro edificio estar dedicado a la explotación en régimen de alquiler por habitaciones. El TS considera que el destino profesional del préstamo no es marginal sino preponderante, por lo que se confirma la sentencia de la Audiencia que había desestimado la cualidad de consumidor del prestatario. Esta sentencia ha sido comentada y contestada, por las referencias al término «uso predominante o preponderante» que la misma contiene, por parte de Marín López (2017: 202).

del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2005, Elisabeth Schulte y Wolfgang Schulte contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG, C-350/03 y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008, Anne-lore Hamilton contra Volksbank Filder eG, C-412/06. En la primera de ellas se dio por hecho que eran consumidores los sujetos que habían concertado un préstamo a domicilio para financiar la adquisición de un inmueble; en la segunda, habiendo concertado el préstamo para adquirir participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria<sup>22</sup>. Puede añadirse que la Directiva 2014/17UE sobre contratos de crédito inmobiliario permite, en su art. 3.3, que los Estados miembros excluyan de su aplicación a los créditos *buy-to-let*, esto es, los créditos en los que se estipule que el bien no puede ser ocupado en ningún momento como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, y que va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de un contrato de alquiler. El motivo para permitir esta exclusión es el hecho de que la valoración de la ratio DTI sería diferente, pues en el futuro se cobrará una renta que debería ser tomada en consideración, y ello incidiría en el modo de evaluar la solvencia<sup>23</sup>. No podría considerarse, sin embargo, que la exclusión es debida a que la compra para alquilar es operación mercantil, pues, según lo dicho en apartados anteriores, el hecho de que exista ánimo de lucro en la concertación de un préstamo no impide que pueda apreciarse la condición de consumidor en el prestatario, si la concertación del contrato es ocasional.

- g) También es consumidor la persona física que utiliza un bien o servicio (cuenta y página de Facebook) para publicar libros, impartir conferencias, gestionar sitios web, recaudar donaciones y propiciar la cesión de acciones para defensa de los derechos de los usuarios. Y ello porque, por

<sup>22</sup> La cuestión controvertida era relativa al ejercicio del derecho de revocación y sus consecuencias. En la reciente jurisprudencia española son numerosas las sentencias del TS que contienen pronunciamientos favorables a considerar consumidor a quien adquiere bienes y servicios con ánimo de lucro, si bien no como actividad habitual, sino de forma ocasional. En la mayoría de los casos, las sentencias se refieren a supuestos de adquisición de bienes en régimen de aprovechamiento por turno como inversión para su reventa. SSTS de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 447), de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 804), de 12 de julio de 2017 (RJ 2017, 3958), de 17 de julio de 2017 (RJ 2017, 3963), de 13 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4017), de 22 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4865), de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 6155) y de 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5412), entre otras.

<sup>23</sup> Lo cual no es justificación suficiente para permitir la exclusión, a juicio de Arroyo Amayuelas (2017: 9).

más que tal uso no sea personal, no es un uso que lleve a cabo en calidad de «operador económico». Recientemente se ha pronunciado sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2018, Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited, C-498/16. De nuevo, de la condición de consumidor o no dependía la aplicación del foro de protección de los consumidores previsto en el art. 15 del Reglamento de 2001. El Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que el concepto de «consumidor» debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Se reitera a continuación la doctrina relativa a la consideración de consumidor solo si el uso profesional es marginal, en caso de contratos de adquisición de bienes o servicios con destino mixto. Pero, en definitiva, lo relevante en este caso no es que el uso que se dé al servicio haya dejado de ser estrictamente personal, sino el hecho de que el usuario, en este caso, no es un operador económico, y que la consideración de consumidor es independiente de los conocimientos y de la información sobre el bien o servicio de que disponga realmente la persona, o de la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios, o de su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos. Dejar de considerar consumidor al usuario de redes sociales en estos casos sería tanto como impedir «una defensa efectiva de los derechos que tienen los consumidores frente a sus cocontratantes profesionales, incluidos los relativos a la protección de sus datos personales». Tal interpretación no tendría en cuenta, además, según señala el TUJE, el objetivo formulado en el art. 169 TFUE, apdo. 1, de promover su derecho a organizarse para salvaguardar sus intereses<sup>24</sup>.

- h) Es consumidora la persona física que concierta un contrato de novación de crédito para refinanciar las deudas que deja pendientes una sociedad mercantil de la que era gerente, que termina su actividad, habiéndose concertado el nuevo crédito con el fin de salvaguardar la vivienda habitual de

---

<sup>24</sup> En la sentencia se aborda otra cuestión prejudicial, que es la relativa a si el foro de protección del consumidor demandante es también el que procede en caso de cesión de acciones de otros consumidores que viven en domicilios diferentes dentro del mismo Estado, en otros Estados miembros o en terceros países. La respuesta del TJUE al respecto es negativa.

un familiar que había garantizado hipotecariamente las deudas iniciales —Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 27 de abril de 2017, Michael Tibor Bachman contra FAER IFN SA, C-535/16—<sup>25</sup>. Por el contrario, una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, como una participación mayoritaria en ella, o el hecho de ser su gestor, no puede considerarse consumidor cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito —Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013. Česká spořitelna, a.s. contra Gerald Feichter, C-419/11—.

#### IV. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL FIADOR O GARANTE DE PRÉSTAMO MERCANTIL EN LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE CRÉDITO CONCEDIDO A CONSUMIDORES

En este epígrafe queremos llamar la atención sobre el hecho de que, si bien un fiador o garante puede no ser considerado consumidor a efectos de la normativa específica sobre crédito concedido a consumidores, ello no significa que no pueda ser considerado consumidor a efectos de la aplicación de la normativa general de protección de consumidores (foro de competencia judicial, cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, etc).

Los contratos de garantía personal o real quedan al margen de la Directiva 48/2008 de crédito al consumo y, consecuentemente, también quedan al margen de la aplicación de la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo<sup>26</sup>. Y ello porque tales contratos nos son propiamente «de crédito», sino

<sup>25</sup> Se dilucidaba la aplicación de la Directiva 93/13 CEE al gerente de una empresa de transportes que había concertado dos microcréditos para su empresa habiendo garantizado hipotecariamente dichos créditos su madre, con su vivienda. A fin de evitar la ejecución de la vivienda de la madre, y una vez concluida la actividad de la sociedad, el gerente concierta un nuevo préstamo hipotecario, novatorio del anterior, que garantiza hipotecariamente la madre, de nuevo. El TJCE considera que el objetivo del contrato de novación es proteger la vivienda de la madre y no destinarlo a la actividad comercial, por lo que considera no solo a la madre, sino al exgerente, como consumidor. Véase también sobre la cuestión de la novación del Auto de 14 de septiembre de 2016 (caso *Dumitras*).

<sup>26</sup> Tampoco los incluían en su ámbito de aplicación sus predecesoras, la Directiva 87/102 y la Ley 7/1995. Véase, confirmando que la Directiva 87/102 no incluye en su ámbito de aplicación al fiador, la Sentencia del TJCE de 23 de marzo de 2000, C-208/98.

«de garantía». Además, en el caso de las garantías reales, tales contratos quedan expresamente excluidos en el art. 2.2 a) de la Directiva y en el art. 3 a) de la Ley 16/2011. En definitiva, un fiador no podrá, con la ley en la mano, invocar la protección de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo<sup>27</sup>. A pesar de ello, se ha defendido que sería conveniente una regulación específica del fiador en el ámbito de la normativa de crédito al consumo, en tanto el fiador se compromete a devolver el préstamo en caso de que no lo haga el deudor principal y asume obligaciones similares<sup>28</sup>. Ahora bien, una cosa es que el contrato de garantía no esté sometido a la aplicación de la normativa en materia de crédito al consumo y otra que el fiador o garante no pueda ser considerado consumidor al efecto de la aplicación de otras normas protectoras de consumidores, como al foro especial de competencia establecido en el Reglamento de 2001 (posteriormente Reglamento de 2012), o a la normativa en materia de cláusulas abusivas contemplada en la Directiva 93/13/CEE y en el TRLGDU, o a la normativa de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Para que dicha normativa sea aplicable lo relevante es que el consumidor actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial.

Por su parte, en el caso de los contratos de crédito inmobiliario, si bien la Directiva 17/2014 UE se refiere a los «contratos de crédito» y no a los contratos de garantía (caso del fiador o hipotecante no deudor), al tratarse de una directiva de mínimos (excepto en lo relativo a los requisitos de la FEIN y de composición de la TAE) ello no impide que los Estados miembros extiendan su protección al garante, y de hecho ello está así previsto en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en la actualidad en el Congreso de los Diputados<sup>29</sup>. Nuestro proyecto de ley incluye a los fiadores y

---

<sup>27</sup> Salvo en los casos en los que el mismo es expresamente aludido en la LCCC, como ocurre en el caso de oposición de excepciones al prestamista tenedor de letras de cambio (art. 24), en caso de contratos vinculados (Marín López, 2014b: 90).

<sup>28</sup> Véase en este sentido Marín López (2014b: 87-90), quien alega a favor de esta opción el hecho de que, al ser la Directiva 87/102 una norma de mínimos, varios países incluyeron una especial protección al fiador, como el caso de Francia o Inglaterra. Asimismo, señala que la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002 sí extendió la protección a los garantes que fueran consumidores.

<sup>29</sup> En su art. 1, párr. primero, se establece: «Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir». La extensión de la protección a garantes y fiadores se reitera, de nuevo, en el art. 2.2 del proyecto de ley.

garantes de los contratos de préstamo que caen bajo su ámbito de aplicación, con la particularidad de que ni siquiera se exige que el propio fiador o garante sea consumidor en todos los casos. El proyecto de ley se aplica (arts. 1 y 2):

- a) A la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, y a los fiadores o garantes de dichos créditos. En este caso basta con que el fiador o garante sea persona física, sin que sea necesario que sea consumidor; esto es: está protegido aunque celebre contratos de fianza o garantía en el ámbito de sus actividades mercantiles o profesionales, siempre que lo haga para garantizar una operación de concesión de crédito con garantía (valga la redundancia) real sobre un inmueble, y este sea de uso residencial. Pues bien, este fiador no consumidor estará protegido por el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pero no por el resto de la normativa general en materia de consumidores y usuarios. Esto es, un socio de una mercantil que garantiza con fianza un crédito mercantil con garantía hipotecaria sobre la vivienda de su socio recibe la protección de la LCCI como fiador. También la recibe el socio que hipoteca la vivienda (hipotecante no deudor). Ahora bien, ninguno de los dos es consumidor a los efectos de la normativa general de consumidores (TRLGCU, Reglamento 2001 o 2012, etc)<sup>30</sup>.
- b) A la concesión de créditos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, si bien, en este caso, es necesario que el prestamista, o el fiador o el garante, sea consumidor. Si estos créditos no gozan de garantía hipotecaria sobre un inmueble residencial (pues en ese caso estaríamos en el supuesto anterior), se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la ley siempre que el prestatario, fiador o garante sean considerados consumidores, es decir, que al contratar o garantizar el préstamo con el que adquieren o conservan derechos de propiedad sobre inmuebles no actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, no se excluye del concepto de consumidor al particular que actúa ocasionalmente con ánimo de lucro. Este fiador o garante (y también el prestatario) estará protegido tanto por el

---

<sup>30</sup> Solo podrán recibir la protección de los arts. 1258 CC y 57 CCom, según los cuales los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Como luego veremos, así lo establece una reciente jurisprudencia del TS.

proyecto de ley como por las normas generales protección de consumidor, en tanto sea considerado como tal consumidor. Consecuentemente, aunque la concesión del préstamo tenga finalidad mercantil a la hora de adquirir derechos o conservarlos, sobre bienes inmuebles, si el fiador o garante no actúa con propósito mercantil, el prestatario no será consumidor, pero sí el fiador. Y ello tanto de cara a la futura LCCI como a la normativa general de protección del consumidor.

Por último, cabe añadir que la persona jurídica que no actúa con propósito mercantil ni con ánimo de lucro, podrá ser destinataria de las normas internas de protección del consumidor (TRLGDU en materia, por ejemplo, de cláusulas abusivas), pero nunca estará protegida por la normativa específica ni de crédito al consumo ni de crédito inmobiliario, pues estas últimas exigen que el prestatario, o en su caso el fiador o garante, sean persona física.

## **V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ACERCA DE SI SON O NO CONSIDERADOS CONSUMIDORES LOS FIADORES O GARANTES DE UN PRÉSTAMO MERCANTIL**

A continuación, y puesto que se trata precisamente de la cuestión objeto de debate en el pleito del que trae causa la doctrina del Tribunal Constitucional que en este trabajo se va a analizar, dedicaremos una especial atención a la condición o no de consumidor del fiador o garante persona física de un préstamo mercantil.

Según la doctrina del Tribunal de Justicia, una persona física que celebra un contrato de garantía accesorio a un préstamo mercantil, y que no tiene relación funcional con la empresa prestataria, es consumidor. El caso, como es lógico, tiene lugar cuando familiares hipotecan bienes propios para facilitar el acceso al crédito del empresario o socio de la sociedad mercantil que solicita la financiación. Partiendo del carácter objetivo que tiene el concepto de consumidor, esto es, siendo el dato relevante que el contrato celebrado sea ajeno a cualquier propósito empresarial o profesional, ocurre que, si una persona física concierta un contrato de garantía, accesorio a un crédito mercantil, y dicha persona es alguien ajeno a la actividad comercial, ha de considerarse al mismo como consumidor. Se considera al contrato de garantía como contrato independiente y sus cláusulas pueden ser declaradas abusivas si el mismo fue concertado por una persona física que actúa al margen de cualquier propósito profesional y no tiene vinculación funcional con la empresa que celebra el contrato principal.

Así lo estableció la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1998, *Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG c. Dietzinger*, C-45796, caso en el que el hijo de un comerciante había avalado con contrato de fianza la deuda comercial de la empresa en la que su padre era gerente<sup>31</sup>. El Tribunal de Justicia considera que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional no está excluido del ámbito de aplicación de la directiva, aunque garantice el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional.

Igual posición mantiene el Tribunal en el caso enjuiciado en el Auto del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2015, *Dumitru Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA*, C-74/2015, en el que viene a añadirse la doctrina en virtud de la cual lo relevante a la hora de determinar la condición de consumidor o no del fiador o garante es el hecho de que este tenga un vínculo funcional o no con la empresa prestataria. En el caso enjuiciado, el matrimonio formado por Dumitru y su esposa Ileana Tarcău había hipotecado un inmueble de su propiedad para garantizar el crédito contraído por la mercantil SC Crisco SRL, de la cual era socio único y gerente el hijo de ambos, Cristian. Los padres se habían convertido en fiadores personales de dicho préstamo. Considerándose consumidores, solicitaron, en aplicación de la normativa nacional rumana protectora de los consumidores, la anulación de los contratos de garantía y, subsidiariamente, la declaración de abusivas de determinadas cláusulas del contrato por ellos celebrado. El Tribunal de Primera Instancia rumano desestimó la pretensión considerando que, puesto que el beneficiario del crédito era una entidad mercantil, los demandantes no tenían consideración de consumidores. Recurrida la resolución, el Tribunal de Apelación planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE. En primer lugar, si es consumidor la persona física que celebra un contrato de garantía o fianza de un préstamo del que es prestataria una mercantil, cuando dichas personas físicas carecen de relación con la actividad de la sociedad y actúan con propósito ajeno a actividades mercantiles o profesionales. Asimismo, se pregunta al TJUE si la Directiva 93/13 se aplica solo a los contratos de venta de bienes y prestación de servicios o también a los contratos accesorios a otros contratos de crédito celebrados por una mercantil, cuando aquellos se celebran por personas físicas ajenas a la sociedad prestataria y que actúan con propósito ajeno a actividades mercantiles o profesionales. El TJUE responde

---

<sup>31</sup> Se trataba de determinar si le era aplicable al fiador la Directiva 85/577 en materia de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, pues el contrato de fianza se celebró en el domicilio del padre del fiador.

que la Directiva 93/13 no define su ámbito de aplicación por el objeto del contrato (a diferencia, por ejemplo, de las directivas en materia de crédito al consumo), sino por la condición de consumidor de una de las partes, esto es, por la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional o empresarial, pues ese es el fundamento que sustenta la protección de la normativa: el hecho de que el sujeto que actúa al margen de su actividad profesional o empresarial está en inferioridad de condiciones tanto en lo relativo a la información de la operación como a la hora de negociar el contrato de adhesión.

Y concluye que el contrato de garantía es un contrato distinto respecto al crédito, a pesar de su carácter accesorio, y el concepto de consumidor, en el sentido del art. 2, letra b) de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo. Por ello, el carácter de consumidor debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión. En definitiva, la Directiva 93/13 «puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

Por ello, si una persona física se constituye en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, «el Juez nacional debe determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado»<sup>32</sup>. También puede verse en sentido similar el posterior Auto del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, Pavel Dumitras y Mioara Dumitras, contra BRD Groupe Société Générale, C-534/15, en el que un matrimonio había suscrito varios contratos de compromiso hipotecario para avalar a una sociedad de la que era administrador

---

<sup>32</sup> Tales consideraciones no son compartidas por Bercovitz (2017: 572-574), para quien el TJUE realiza «una interpretación del concepto de consumidor que supone una manifiesta ampliación del mismo» al entender que resulta difícil apreciar que, «en supuestos en los que la garantía prestada por personas físicas a los créditos concedidos por las entidades financieras a las sociedades», los mismos «no respondan a alguna implicación de aquéllas en la actividad empresarial de éstas; implicación que no tiene por qué circunscribirse a la existencia de una relación funcional con la sociedad». Y añade: «Entiendo que no cabe considerar consumidor a quien participa de alguna manera en la actividad empresarial de una sociedad».

único el marido. Posteriormente, una sociedad asume los compromisos de pago de la anterior y se firman por el matrimonio nuevas garantías para la refinanciación, no siendo ya administrador el marido de la nueva mercantil prestataria. El TJUE considera a ambos consumidores<sup>33</sup>.

## VI. LA CUESTIÓN DE SI EL GARANTE PERSONA FÍSICA, EN CALIDAD DE FIADOR O HIPOTECANTE DE UN PRÉSTAMO MERCANTIL, ES O NO CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA GENERAL DE CONSUMIDORES

Visto que lo relevante, a efectos de aplicación de la normativa general de consumo, es determinar cuándo el fiador o garante puede ser considerado consumidor, en caso de que garantice un préstamo mercantil y con independencia de que el mismo sea destinatario o no de las especiales normas de protección de crédito al consumo o crédito inmobiliario, veamos cuál ha sido la posición al respecto en nuestra jurisprudencia.

La línea mayoritaria en la jurisprudencia menor, con relación al contrato de fianza accesorio del préstamo mercantil, era mantener que la persona física —ya fuera avalista, fiadora o hipotecante no deudora— no podía ser considerada consumidor, dado el carácter accesorio del contrato de garantía respecto al crédito. De este modo, si el crédito asegurado era mercantil y, por tanto, excluido de la condición de contrato celebrado con consumidor, tal caracterización contaminaba o se extendía a los contratos de garantía accesorios. Así se entendía, al menos, en la jurisprudencia menor anterior al Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcáu) a pesar de que una sentencia anterior del TJUE, la de 17 de marzo de 1998 (caso Dietzinger), como hemos visto, ya había establecido que lo relevante era no el carácter de la operación garantizada, sino determinar si el fiador había actuado o no en el marco de una actividad profesional al celebrar dicho contrato de garantía.

En esta línea, favorable a negar la condición de consumidor al fiador o garante de un préstamo mercantil, dado el carácter accesorio del contrato de

<sup>33</sup> Nótese que, en este caso, si bien la mujer desde el principio no tenía vinculación funcional alguna con la empresa prestataria, el marido sí era el administrador y socio único de la empresa que pidió los préstamos iniciales, si bien cuando se pidió el préstamo de refinanciación, que ambos avalaron hipotecariamente, ya no era socio ni tenía cargo alguno en la empresa prestataria.

garantía, pueden encontrarse sentencias como la de la AP de Pontevedra de 24 febrero 2011 (JUR 2011\157893), en la que se afirma:

Teniendo en cuenta que la fianza es un contrato por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona jurídica en orden al desenvolvimiento de su actividad empresarial, y por lo demás de modo solidario, dado el carácter accesorio del contrato de fianza, que sigue en todo a la obligación principal, el fiador mantiene una misma posición que el deudor principal, no siendo admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas según la condición de los obligados (deudor principal o fiador). En el sentido expresado, cabe citar las sentencias de la AP Ciudad Real, de fecha 4-4-2002, AP Granada, de fecha 11-11-2005, AP Murcia, de fecha 19-4-2007, y AP Toledo, de fecha 22-3-2010.

Más ejemplos encontramos en la Sentencia de la AP de Granada de 3 de octubre de 2014 (AC 2014\2096), o en el Auto de la misma Audiencia, de 18 diciembre de 2014. En ambos casos el órgano de apelación parte de la premisa de que ha de aplicarse al contrato accesorio el mismo régimen jurídico que al contrato principal; y no se argumenta en torno a si el avalista o fiador tiene o no relación funcional con la mercantil prestataria. Concretamente, se considera que «al responder en calidad de fiador, no puede aceptarse su condición de consumidor, en cuanto a que siendo el obligado principal una empresa mercantil, esta circunstancia excluye la aplicación de la legislación de consumidores y usuarios, al ser ésta la condición que se ha de tener en cuenta, extendiéndola a las avalistas en este caso persona física, que se obligan accesoriamente». Más recientemente, y aun tratándose de resoluciones posteriores al Auto del TJUE de 19 de diciembre de 2015 (caso Tarcău), pueden citarse, en esta línea, el Auto de la AP de Cádiz de 20 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 243543) o el Auto de la AP de Madrid de 21 de julio de 2017 (JUR 2017, 242176), según el cual si el deudor principal no es consumidor, por actuar en el marco de su actividad empresarial o profesional, siendo la fianza una obligación accesorio de la principal, el fiador tampoco puede tener la consideración de consumidor, pues la obligación accesorio tiene la misma naturaleza y calificación que la obligación principal. Por supuesto, cabe citar, también, el Auto de la AP de La Rioja de 29 de enero de 2016 que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017 que se analiza en epígrafes posteriores.

Sin embargo, especialmente a raíz del Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, predominan las resoluciones que valoran la conexión del fiador o garante con la empresa prestataria, a la hora de admitir o no su condición de consumidor. Así, la SAP de Pontevedra de 1 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 225402) —nótese que es, en dos meses, anterior al Auto TUE— valoró

que los fiadores eran administradores de la sociedad prestataria a fin de negarle la condición de consumidor. También se valora la, en este caso, ausencia de relación funcional del fiador con la empresa prestataria en el Auto de la AP de Pontevedra de 6 abril de 2016 (JUR 2016, 105461) y en la RD-GRN de 14 de julio de 2017 (RJ 2017, 3931). Curioso resulta el Auto de la AP de Cádiz de 7 febrero de 2017 (JUR 2017, 123678), que afirma hacer aplicación de la doctrina del caso Tarcãu, pero considera que la esposa no era consumidora a pesar de no ser administradora de la sociedad prestataria, habiendo sido otorgado el contrato de hipoteca por su marido con un poder. Asimismo, hay que mencionar el propio Auto de la AP de La Rioja de 8 de julio de 2016, posterior al que es objeto de recurso de amparo en la STC que luego se analizará, que sí valora la ausencia de vinculación de la esposa con la empresa prestataria, siendo los mismos los sujetos implicados que en el caso del Auto de 29 de enero de 2016. En el caso enjuiciado en la Sentencia de la AP de Valencia de 26 de octubre de 2017 (JUR 2018, 58053) la prestataria solicitó un préstamo hipotecario gravando su vivienda habitual. Entregado el capital social a sus hijos, estos lo invirtieron en su empresa, sin que se acreditase vínculo de la prestataria con la sociedad, ni ánimo de lucro en la operación. Nótese que, en este caso, no se trataba de una fiadora, sino de la prestataria principal. También puede verse el Auto de la AP de A Coruña de 7 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 27779), en el que se afirma que el fiador solidario de préstamo mercantil, sin vinculación funcional con la prestataria, es consumidor. E, igualmente, la Sentencia de la AP de Madrid de 28 de enero de 2018 que negó la condición de consumidor a la fiadora que era presidenta de la sociedad prestataria.

Especialmente relevante al respecto es la Sentencia del TS de 7 noviembre de 2017 (RJ 2017, 4763), que, siguiendo la doctrina del TJUE, valora la vinculación de la esposa fiadora del crédito mercantil solicitado por la empresa del marido, a la hora de denegarle la condición de consumidora y, consecuentemente, la inaplicación de la nulidad de la cláusula suelo. Lo curioso es el argumento utilizado para establecer esa conexión: la conexión de la esposa fiadora con la empresa prestataria deriva del hecho de que los bienes gananciales hipotecados deben responder de las deudas de la actividad comercial del marido conforme a los arts. 6 y 7 del CCom. Esto es, el TS vincula a la esposa con la prestataria mercantil, en virtud del régimen de responsabilidad por deudas de la sociedad de gananciales por actos de comercio, y no por su vinculación funcional con la empresa:

En casos como el presente, para resolver si la prestataria tenía vinculación funcional con la operación empresarial en cuyo marco se solicitó el préstamo, debemos tener en cuenta el sistema de responsabilidad establecido en los Códigos Civil y de Co-

mercio para los casos en que uno de los cónyuges ejerza el comercio. El art. 6 CCom establece que «en el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas... Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Pero el artículo 7 del propio Código establece que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el art. 1365.2 CC, en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual «responderán directamente de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio (LEG 1885, 21).

En el mismo sentido se había pronunciado el Auto de la AP de Valencia de 14 de octubre de 2016 (JUR 2017, 13637).

No podemos sino discrepar de tal apreciación. Una cosa es el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales por deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio, y otra la vinculación funcional del cónyuge fiador con la empresa regentada por su consorte. Creemos que, para que esa vinculación pueda quedar acreditada, al menos es necesario que la empresa sea de carácter ganancial, en cuyo caso al menos el cónyuge fiador sería partícipe de la misma como titular de la sociedad de gananciales<sup>34</sup>. No debe, por el contrario, considerarse vinculado funcionalmente un cónyuge con la empresa privativa del otro cónyuge por el solo hecho de que, en aplicación de la normativa establecida en los arts. 6 y ss. del Código de Comercio, los bienes gananciales —o solo las resultas, según medie o no consentimiento para el ejercicio del comercio o este se presuma— respondan provisionalmente o *ad extra* de dichas deudas mercantiles privativas. Una cosa es la responsabilidad frente a tercero de los bienes gananciales y otra que ello, *per se*, implique una vinculación del cónyuge no comerciante con la empresa privativa de su consorte. En definitiva, el TS sigue la doctrina del TJUE en el sentido de que valora la vinculación o no del fiador con la empresa prestataria. Otra cosa es que consideremos que dicha vinculación no es suficiente, en la medida en que

---

<sup>34</sup> Bercovitz (2017), si bien se manifiesta en contra de la consideración de consumidor del fiador o garante en estos casos, (véase *supra* nota 32), también da relevancia al régimen económico del matrimonio vigente a la hora de establecer la vinculación con la mercantil, al señalar que «para afirmar que un ama de casa es totalmente ajena a la actividad de una sociedad, habrá que comprobar si tal es el caso de su cónyuge y cuál es el régimen económico del matrimonio».

el criterio para apreciar la vinculación debe ser el carácter de administrador de la misma o el hecho de ser socio o partícipe.

Pues bien, como luego veremos, el juicio consistente en comprobar que la persona física fiadora o garante actúa o no como administradora o carece o no de vínculos con la entidad prestataria es el que no realizan el juez de instancia ni la Audiencia de La Rioja en el auto recurrido en amparo que da lugar a la STC 75/2017. En dicho auto, el órgano jurisdiccional se limita a señalar que al tener un objeto mercantil el préstamo garantizado, el contrato de garantía celebrado por un particular también es mercantil, apartándose de la doctrina del TJUE sobre el concepto de consumidor.

Por último, no debemos terminar esta exposición respecto a la protección del fiador o garante de préstamo mercantil sin hacer una alusión a la protección alternativa avalada por el TS a favor de prestatarios y fiadores o garantes que no puedan considerarse consumidores, y a la que hemos aludido con anterioridad<sup>35</sup>. En caso de que no sea de aplicación la normativa de protección de consumidores en materia, por ejemplo, de cláusulas abusivas, tales como cláusulas suelo, intereses moratorios o cláusulas de vencimiento anticipado, el TS, en sentencias como la de 3 de junio de 2016, (RJ 2016, 2306), de 18, 20 y 30 de enero de 2017 (RJ 2016; 922, 926, 371), de 23 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 6184) o 10 de enero de 2018 (RJ 2018 58), considera que los profesionales y empresarios pueden obtener protección frente a cláusulas que impliquen un desequilibrio en su posición contractual respecto al adherente, por la vía de los arts. 1258 CC y 57 CCom. y la aplicación del principio de la buena fe. En concreto, afirma el TS que

los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme

---

<sup>35</sup> Véase *supra* nota 30.

a la buena fe, y según las circunstancias —publicidad, actos preparatorios, etc— se derivan de la naturaleza del contrato)<sup>36</sup>.

Lo cierto es que, desde determinados sectores de la doctrina y la jurisprudencia, se defiende *de lege ferenda* la extensión de la protección propia del derecho de consumidores a los pequeños y medianos empresarios, a pesar de que los mismos actúen en el ámbito de sus actividades mercantiles y profesionales, pues, en muchos casos, su poder de negociación es similar al del consumidor y no es equiparable al de la gran empresa multinacional. Puede afirmarse que tan digna de protección es la persona física que va a contratar un préstamo para adquirir un vehículo de uso privado que el gerente de la pequeña empresa que lo va a adquirir para realizar su actividad profesional<sup>37</sup>. Es cierto que la normativa reglamentaria sectorial bancaria protectora del cliente bancario (Orden EHA 2899/2011) se aplica al caso de la persona física profesional o comerciante, salvo que se pacte lo contrario entre las partes, pero qué duda cabe de que la capacidad de negociación en estos casos es mínima por parte del cliente bancario, por lo que si la entidad le impone la renuncia a la aplicación de la normativa reglamentaria, el cliente, normalmente, accederá a ello con tal de obtener la financiación<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Y añade: «En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (“Comisión Lando”), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2)». En los casos enjuiciados en las sentencias que siguen esta doctrina, el TS no considera que haya sido vulnerado el control de incorporación ni concurra mala fe de la predisponente dirigida a sorprender las expectativas del adherente, entre otras cosas porque la carga de la prueba sobre tales extremos compete, como se ha señalado, al adherente. En virtud de ello se desestiman los recursos.

<sup>37</sup> En este sentido, Gallego Sánchez (2014: 213).

<sup>38</sup> Como señala Ordás Alonso (2014: 81), «el desequilibrio contractual es evidente y nada garantiza que, al renunciar a los beneficios impuestos por la norma, lo haga de manera libre y plenamente consciente».

En el ámbito de la jurisprudencia, favorable a la extensión al profesional o empresario de la protección propia de los consumidores, se manifiesta el magistrado Orduña Moreno en el voto particular que formula a la Sentencia de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2306) antes mencionada, al menos con relación al control de transparencia a efectos de detectar la abusividad de los elementos esenciales del contrato. Considera el magistrado que no puede afirmarse que existan dos posibles grados de apreciación de la transparencia, o una transparencia formal y otra material, sino que el control de transparencia debe ser único e incluir no solo aspectos formales, sino también «reales» o «materiales», y ello tanto en relación a los consumidores como a los demás adherentes. El control de transparencia, en ambos casos, debe tener por objeto constatar que ha habido posibilidad de tener una comprensión real de la cláusula en cuestión. Cosa diferente es que, por no superar el control de transparencia, la cláusula sea abusiva. Al respecto de la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una cláusula, en contratos entre profesionales trae a colación el art. 9 de la Ley 3/2004 de Lucha contra la Morosidad, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y el —entonces— Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 2 de diciembre de 2016. También desde la doctrina extranjera se propugna, en efecto, la extensión de la protección propia de los consumidores a los contratos celebrados entre profesionales o pequeños empresarios<sup>39</sup>.

Recordemos al respecto que nuestro prelegislador, en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, incluye en el ámbito de protección al profesional o comerciante prestatario o fiador o garante, siempre que sea persona física y el crédito se garantice con hipoteca sobre inmueble residencial.

## VII. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75/2017

Los hechos de los que trae causa la STC 75/2017 de 19 de junio son los siguientes: la entidad Bankia ejercitó acción hipotecaria en diciembre de 2012 contra la mercantil Excavaciones Díaz Nicolás S.L. en calidad de prestataria,

<sup>39</sup> Sparkes (2017: 29), refiriéndose a la conveniencia de aplicación de la Directiva 17/2014/UE a los pequeños y medianos empresarios, pone como ejemplo la falta de equilibrio de posiciones en una negociación entre un gran banco y un pequeño tendero que necesita liquidez por hallarse en dificultades cuya situación de inferioridad puede ser mayor que la de un consumidor que quiere comprar una vivienda y, simplemente, puede dirigirse a otro banco competidor. Afirma el autor que, donde los *lobbies* han detenido a la Comisión, la legislación interna de los Estados debe actuar extendiendo la protección a los comerciantes prestamistas de créditos inmobiliarios.

y contra los recurrentes en amparo D. J.L.A. Díaz A. y Dña. J. Nicolás M., quienes habían hipotecado su vivienda habitual en garantía del préstamo de la mercantil, siendo, por tanto, hipotecantes no deudores. Aunque no se expresa claramente en la sentencia, parece deducirse que D. J.L.A. Díaz era gerente o administrador de la empresa. Los ejecutados se opusieron a la ejecución alegando la nulidad de algunas cláusulas del préstamo hipotecario, por su carácter abusivo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó tal alegación al considerar que no era de aplicación la legislación en materia de consumo dado el carácter mercantil del préstamo, puesto que la prestataria era una sociedad limitada y el objeto del préstamo, mercantil.

Interpuesto recurso de apelación por D. J.L.A. y Dña. J., al amparo de la posibilidad que otorga el nuevo art. 695.4 LEC, la AP de La Rioja dictó auto desestimatorio del recurso, en fecha 29 de enero de 2016, al considerar que los recurrentes no eran consumidores, a pesar de ser personas físicas, pues el préstamo que garantizaba la hipoteca se concertó con una entidad mercantil, por lo que el préstamo hipotecario no se podía considerar contrato celebrado con consumidores.

El 17 de febrero de 2016 se insta, por los recurrentes en apelación, incidente excepcional de nulidad de actuaciones alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los arts. 10.2 y 93 CE y con el principio de primacía del derecho de la UE. El motivo esgrimido es que el Auto de la Audiencia no había aplicado la doctrina procedente de la Sala Sexta del TJUE en su Auto de 19 de noviembre de 2015, Dumitru Tarcău, C-747/2015. Según esta doctrina, como hemos visto, la normativa europea en materia de consumidores puede aplicarse a los contratos de garantía inmobiliaria o fianza celebrados entre personas físicas y entidades de crédito en garantía de obligaciones contraídas por entidades mercantiles «si la persona física actúa con propósito ajeno a su actividad profesional y carece de vínculos funcionales con la citada sociedad». Tendría vínculos funcionales la persona física si fuera gerente de la misma o tuviere una importante participación en el capital. La AP, mediante Providencia de 19 de diciembre de 2016, inadmite el trámite de incidente de nulidad al considerar que la jurisprudencia exige, para la admisión del incidente, la concurrencia de circunstancias especialmente anómalas o insólitas que, a su entender, no concurrían en el caso.

Hay que destacar, además, que por parte de la misma entidad Bankia, y contra los mismos ejecutados, se siguió otra ejecución hipotecaria posterior, y se planteó un recurso idéntico por parte de la esposa del matrimonio recurrente en amparo, ante la AP de La Rioja. En este caso la AP de La Rioja (Auto de 8 de julio de 2016) acogió los argumentos aducidos por la actora en el recurso, respecto a su condición de consumidora, siguiendo la doctrina sentada por el TJUE.

D. J.L.A. y Dña. J. interponen recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, vulneración que imputan tanto al Auto de 29 de enero de 2016 como a la Providencia de 19 de diciembre de 2016. Consideran que la Audiencia no ha seleccionado correctamente la norma aplicable, vulnerando el sistema de fuentes establecido, al no haber entrado a valorar en calidad de qué se otorgaron los contratos de garantía por parte de las personas físicas, en contra de lo establecido en el anteriormente citado auto del TJUE. Se ha vulnerado así, en su opinión, el principio de primacía del derecho de la Unión, al igual que ocurrió, a juicio de los recurrentes, en los casos enjuiciados por el TC en las sentencias 145/2012 y 232/2015. En definitiva, los recurrentes solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la AP de La Rioja y se retrotraigan las actuaciones al momento previo al Auto de 29 de enero de 2016.

Admitido el recurso por la Sala Primera del TC, se da traslado al Ministerio Fiscal, quien entiende que debe concederse el amparo a la luz de las alegaciones de los recurrentes. El Tribunal Constitucional otorga el amparo. Considera que las cuestiones que se dilucidan no pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria, sobre las que no tendría competencia el propio Tribunal, pues si bien es cierto que no le corresponde controlar la adecuación de las resoluciones de los jueces y tribunales al derecho de la Unión, puesto que el derecho de la Unión no tiene dimensión constitucional, «sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando... exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea», pues en esos casos «el desconocimiento y preterición de esa norma así interpretada puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso» y vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (cita en este sentido las sentencias del propio TC 145/2012 y 232/2015). Trae a colación el TC la doctrina del TJUE sobre la primacía del derecho de la Unión y la obligación que recae sobre los jueces nacionales de inaplicar una norma nacional cuando contradiga la norma comunitaria y su interpretación por el TJUE.

Según el TC, las quejas planteadas tienen una clara dimensión constitucional, pues suponen vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Por un lado, porque los recurrentes solicitan que el TC declare si la decisión de la AP de La Rioja es arbitraria o irracional al no atender la jurisprudencia del TJUE al respecto, en un aspecto que resulta determinante para la resolución del litigio: la condición de consumidor de los recurrentes. Por otro, porque la Audiencia inadmite un incidente excepcional de nulidad de actuaciones instado por los demandantes para reparar dicha vulneración cometida al inaplicar el derecho de la Unión.

El motivo de recurso de amparo es, pues, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una sentencia motivada y a la selección razonable de la norma aplicable, por parte de la AP de La Rioja. Hay que señalar, además, que este órgano jurisdiccional conocía la doctrina sentada en el Auto del TJUE sobre la cuestión, pues fue alegada por los recurrentes en el incidente de nulidad de actuaciones, y no valora ni aplica la misma al caso concreto, sino que se limita seguir la línea mayoritaria de la jurisprudencia menor al respecto y a considerar, en consecuencia, que los recurrentes que garantizan hipotecariamente deudas mercantiles no son consumidores.

En respuesta a tales alegaciones, el TC se hace eco de la doctrina sentada por el Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, antes transcrita, según la cual el contrato de garantía, si bien es accesorio del contrato de préstamo, no deja de ser un contrato independiente respecto a las partes que lo concertaron, por lo que la calidad de consumidor o no de las partes ha de valorarse con relación a este concreto contrato. Es con relación a ese contrato respecto al cual el juez nacional debe valorar si la persona que intervino lo hizo o no en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

En virtud de todo ello, y al igual que ocurrió en el recurso de amparo que dio lugar a la STC 232/2015, considera el TC que la Audiencia resolvió la oposición a la ejecución y el incidente de nulidad de actuaciones con una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso, vulnerando el principio de primacía del derecho de la Unión y el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo y reconoce que el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva ha sido vulnerado, pues la AP no ha resuelto valorando la posible concurrencia de la condición de consumidor en los recurrentes a la luz de la doctrina sentada en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015. En virtud de ello, declara la nulidad del Auto de 29 de enero de 2016 y de la Providencia de 19 de febrero de 2016, ambos de la AP de La Rioja, ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones.

#### **VIII. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OTORGANDO EL AMPARO POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN ESTE CASO**

La cuestión fundamental que suscita la lectura de la Sentencia 75/2017 del Tribunal Constitucional es dilucidar si, en efecto, la inaplicación de la doctrina del TJUE por parte de la Audiencia Provincial de La Rioja tiene entidad suficiente para justificar la estimación del recurso de amparo por vulneración del

derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, la cuestión roza, con mucho, la legalidad ordinaria, como ocurre con frecuencia cuando el TC conoce de recursos de amparo sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El problema que plantea el derecho a la tutela judicial efectiva, y su protección a través del recurso de amparo, es establecer la línea divisoria entre las vulneraciones de dicho derecho que, por su intensidad, tienen dimensión constitucional y las que deben quedar en el ámbito de las distintas interpretaciones de que es susceptible la legalidad ordinaria. De las distintas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción, interdicción de la indefensión, exigencia de congruencia o necesidad de motivación de las resoluciones judiciales, entre otras), la más delicada a la hora de delimitar la trascendencia constitucional es la que tiene que ver con el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho. Esta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a no obtener una resolución irrazonable o arbitraria, a no obtener una sentencia en la que se haya incurrido en error patente y a obtener una sentencia que respete el sistema de fuentes. En efecto, si el objeto del recurso es la vulneración del derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho, es difícil discernir cuándo el TC protege al ciudadano frente a una resolución viciada de irrazonabilidad, arbitrariedad o error que constituye una «mera apariencia de justicia», o se convierte en una instancia más al objeto de corregir el mero desacierto judicial (es sabido que el art. 24 CE no garantiza el acierto de los jueces a resolver el caso concreto; véase la STC 229/2001, entre otras muchas).

En un primer momento, el Tribunal Constitucional ceñía los casos en los que el propio tribunal podía inmiscuirse en la razonabilidad de las sentencias a aquellos en los que el pleito tenía por objeto la vulneración de algún otro derecho fundamental (STC 50/1984):

La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada. La pretensión apoyada en la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede exigir así que este Tribunal analice y pondere, como en muchas ocasiones ha hecho, la interpretación y aplicación de las normas procesales que los órganos del Poder Judicial han efectuado en un caso concreto, pues ese derecho ha de entenderse vulnerado

cuando indebidamente se impide el acceso a los Tribunales o se anulan o reducen las posibilidades de defensa. Es difícilmente imaginable, sin embargo, un supuesto en el que, a partir exclusivamente de una pretensión de este género, deba este Tribunal enjuiciar la aplicación de las normas legales sustantivas llevadas a cabo por la jurisdicción ordinaria y de la que, por hipótesis, no se sigue ningún daño para ningún otro derecho fundamental.

Esto es, si el pleito no tenía por objeto la protección de algún derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no podía entrar a valorar la arbitrariedad o no, ni la irrazonabilidad o el error de la resolución dictada por el juez ordinario.

Sin embargo, con el tiempo la doctrina del Tribunal Constitucional ha evolucionado ampliando la posibilidad de inmiscuirse en el fondo del asunto cuando este versaba sobre cuestiones no relacionadas con la defensa de derechos fundamentales del ciudadano (González Alonso, 2012: 227). Los requisitos para que ello pueda producirse se detallan en resoluciones del TC tales como como la Sentencia 214/1999 de 29 de noviembre, 82/2001 de 26 de marzo o 29/2005 de 14 de febrero, sentencia esta última en la que se afirma:

El derecho a la tutela judicial efectiva que no garantiza el acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación del Derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones de las partes, o, en su caso, a la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho. Y para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en error patente. Ahora bien, en rigor, cuando lo que se debate en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, como sucede en este caso, no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento.

Parece, pues, que no cualquier error o conculcación de las reglas de la lógica o incorrección en la aplicación de una norma debería dar lugar a la estimación del recurso de amparo, sino que habría que tener en cuenta la intensidad, la gravedad de los mismos. Tales exigencias parecen suavizarse en la STC 290/2006, de 9 de octubre, en la que, al dilucidar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de un tribunal de instancia que aplicó una norma derogada, el TC afirma: «La selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en

exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente». Nótese que se elimina el requisito de la intensidad o la gravedad del error. Sin embargo, la intensidad en la arbitrariedad vuelve a aparecer en la STC 78/2013, de 8 de abril, que exige «un grado de arbitrariedad o irrazonabilidad tal que sean manifiestos y graves hasta el punto de que de ellos pueda predicarse la falta de toda motivación o razonamiento».

Partiendo de estas premisas, volvamos al caso que nos ocupa, relativo a la arbitrariedad apreciada por la STC respecto al Auto de la AP de La Rioja de 29 de enero de 2016, al no seguir la doctrina del TJUE sobre el modo de proceder a la hora de valorar la condición de consumidor o no de un garante. En este caso, y aun admitiendo que al Tribunal Constitucional no le falta razón cuando, al valorar el fondo del asunto, considera obligatorio el realizar el juicio a que se refiere el TJUE (valorar si el hipotecante es o no consumidor en función de si está o no vinculado con la empresa prestataria —juicio que omite el auto de la AP—), cuesta detectar en el supuesto el grado de intensidad suficiente para estimar el recurso de amparo.

Cabe dudar de que el pronunciamiento de la AP de La Rioja, aun partiendo de su «desacierto», sea arbitrario o manifiestamente irrazonable. La AP dicta una resolución en la línea de una doctrina jurisprudencial que había sido superada posteriormente —y con carácter vinculante— por la doctrina del TJUE. Previsiblemente, si la resolución hubiere sido susceptible de recurso de casación, el TS hubiere arreglado el desatino y, aplicando la doctrina del TJUE, hubiera valorado la vinculación funcional de la esposa con la mercantil. Ahora bien: de haberlo hecho, quizá hubiere apreciado que dicha vinculación existía partiendo, al igual que ocurrió en la sentencia de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4763) a la que antes hemos aludido, del mero hecho de que los bienes comunes responden de las deudas del cónyuge comerciante conforme al art. 6 CCom. En ese caso, el resultado, esto es, la inaplicación a la esposa de las normas de protección del consumidor, hubiese sido el mismo, y no hubiere habido perjuicio alguno para la recurrente<sup>40</sup>. Recordemos al respecto que el

<sup>40</sup> Al respecto, Bercovitz (2017: 574) considera, igualmente, que la Audiencia «podría llegar al mismo resultado de desestimación de sus pretensiones incluso teniendo en cuenta dicho Auto en función de la interpretación del mismo en base a las circunstancias del caso». En sentido similar Gonzalez Casso (2017), comentando esta sentencia, considera que puesto que lo único que exige la doctrina del TJUE es valorar la vinculación funcional del fiador con la empresa, y esa es una labor que compete al juez

propio Tribunal Constitucional, en sentencias como la 221/2007, exige que «para que alcance relevancia constitucional el error ha de ser patente, determinante de la decisión, atribuible al órgano judicial que lo comete y debe producir efectos jurídicos negativos en la esfera jurídica del ciudadano».

La conclusión, en definitiva, es que, sea de mayor o menor intensidad el error o la irrazonabilidad en la que incurre el juez ordinario a la hora de elegir la norma aplicable, cuando lo vulnerado por el juez es una norma procedente de la Unión Europea, o la interpretación dada a la misma por el TJUE, infringiendo así el principio de primacía, la consecuencia es apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>41</sup> y conceder el amparo por selección irrazonable o arbitraria de la norma aplicable<sup>42</sup>. Esta sentencia del TC no hace sino confirmar una consolidada doctrina del TC. Así lo ha manifestado en varias resoluciones; entre otras, en las SSTC 145/2012 de 2 de julio y 232/2015 de 5 de noviembre. En la primera de ellas, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desconoció la doctrina sentada por el TJUE, en una resolución que fue aportada en autos, en virtud de la cual se declaraba la contradicción con el Tratado de la Unión Europea de la Ley 34/2008, del Sector de Hidrocarburos. Consideró el TC que se había realizado una selección irrazonable y arbitraria de la norma jurídica aplicable. En la segunda, la STC 232/2015, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no aplicó la Directiva 1999/70/CE tal y como había sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual la normativa española se oponía a lo establecido en esa directiva en materia de reconocimiento de sexenios a los profesores funcionarios de carrera, sin extenderlo a los interinos. En esta sentencia el TC afirma que

---

nacional, «de ser cierto que los recurrentes en amparo son socios o administradores de la mercantil, la nueva resolución que ha de dictar la Audiencia Provincial respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva que se entiende vulnerado, puede volver a rechazar el recurso de apelación en estricta aplicación de la doctrina del TJUE».

<sup>41</sup> Bercovitz (2017: 576) puntualiza que «lo que se reprocha por parte del Tribunal Constitucional a las resoluciones no es que resuelvan sin aplicar el Derecho de la Unión tal como lo ha interpretado el Tribunal de Luxemburgo», sino que no lo hayan tenido en cuenta. Consecuentemente, «semejante objeción desaparece si la resolución recurrida en amparo sí que tiene en cuenta tal jurisprudencia, aunque no decida en concordancia con la misma». Añade que sería congruente que el Tribunal Constitucional también considerase vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva «cuando nuestros tribunales fallen sin tener en cuenta nuestra jurisprudencia».

<sup>42</sup> Considera acertado no tener en cuenta el grado o intensidad de la arbitrariedad en estos casos y amparar el derecho a la tutela judicial efectiva Arroyo Jiménez (2014: 306).

sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

A modo de conclusión, podemos añadir dos reflexiones. Por un lado, resulta evidente que la estimación del recurso de amparo en estos casos sirve de freno para evitar una posible condena por responsabilidad patrimonial del Estado español al haber inaplicado el derecho de la Unión Europea. Cabría así afirmar que nuestro TC es la última instancia a la que hay que acudir antes de exigir responsabilidad al Estado por violación del derecho de la Unión. Una vez agotados los recursos disponibles, el particular podrá exigir responsabilidad al Estado siempre que se cumplan tres requisitos, exigidos de forma reiterada por el TJUE: que la norma del derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares (véanse, en particular, las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factor-tame*, C-46/93 y C.48/93; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01; de 14 de marzo de 2013, *Leth*, C-420/11; y de 28 de julio de 2016, *Milena Tomášová contra Slovenská Republika*). En estas mismas resoluciones se pone de manifiesto que, para que exista una violación suficientemente caracterizada basta con que el órgano jurisdiccional haya actuado con desconocimiento de la jurisprudencia del TJUE<sup>43</sup>.

La segunda reflexión tiene más que ver con el fondo de asunto que es objeto de este trabajo. En particular, con la dificultad de considerar consumidor al

---

<sup>43</sup> Si bien se matizan los criterios para apreciar que la violación está suficientemente caracterizada, añadiendo que hay que tener en cuenta «el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero».

fiador o hipotecante no deudor y no consumidor al prestatario, que además puede ser también hipotecante deudor o no deudor (deudor lo será si es un empresario individual). Pongamos un ejemplo: un matrimonio hipoteca su vivienda adquirida en copropiedad, en el régimen de separación de bienes, para garantizar una deuda comercial del cónyuge empresario individual. En la constitución de la garantía, el cónyuge no comerciante sería consumidor y el cónyuge comerciante no lo sería. Imaginemos que lo controvertido es la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo. ¿Es posible que el préstamo hipotecario venza para el empresario y no para el consumidor? En definitiva, ¿se podría ejecutar la hipoteca? Creemos que no, pero ello beneficiaría al cónyuge no consumidor. Quizá tales dificultades son las que han llevado a nuestros tribunales ordinarios a asumir el criterio de la accesoriedad del contrato de garantía. En cualquier caso, el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario resuelve el problema, pues, como ya se analizó, en el caso expuesto ambos hipotecantes estarían protegidos por lo establecido en la futura ley.

## Bibliografía

- Arroyo Amayuelas, E. (2009). Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario. En E. Bosch Capdevila (coord.). *Derecho contractual europeo* (pp. 209-238). Barcelona: Bosch.
- (2017). Crisis What Crisis? En M. Anderson y E Arroyo Amayuelas (dirs.). *The impact of the mortgage credit Directive in Europe. Contrasting view form Member States* (pp. 2-20). Groningen: Europa Law Publishing.
- Arroyo Jiménez, L. (2014). La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 293-316.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1992). Comentario al art. 1. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas (coords.). *Comentarios a la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios* (pp. 17-43). Madrid: Civitas.
- (2015). Comentario al art. 3. En R. Bervotiz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios* (pp. 55-70). Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). Directiva 93/13/CEE. Primacía del Derecho Europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017 de 19 de junio. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 105, 563-576.
- Cámara Lapuente, S. (2011a). El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos no resueltos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3 (1), 84-117.

- (2011b). Comentario al art. 3. En S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (pp.102-154). Madrid: Colex.
- Carrasco Perera, A. (2002). *El derecho de consumo en España: presente y futuro*. Madrid: Instituto nacional de Consumo.
- Gallego Sánchez, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento. En L. Prats Albentosa y M. Cuenca Casas (coords.). *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (pp. 207-242). Cizur Menor: Aranzadi.
- Garriga Domínguez, A. (2011). La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros. En C. Barranco, O. Celador y F. Vacas (coords.). *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho* (pp. 132-152). Madrid: Dykinson.
- González Alonso, A. (2012) *La tutela jurisdiccional de los derechos del art. 24.1 de la Constitución española* [tesis doctoral]. Universidad Autónoma de Madrid.
- González Casso, J. (2017). El principio de primacía del derecho comunitario y la doctrina del TJUE (edición digital). *Diario La Ley*, 9066.
- Mangas y Liñán, A. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- Marín López, M. J. (2014a). El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 9, 9-16.
- (2014b). Comentario al art. 1. En M. J. Marín López (dir.). *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo* (pp. 51-91). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 22, 197-206.
- Ordás Alonso, M. (2014). *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*. Hospitalet de Llobregat: Bosch.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2004). Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados Miembros. Apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de Constitución Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europea*, 2, 127-147.
- Sparkes, P. (2017). What is mortgage credit? En M. Anderson y E Arroyo Amayuelas (dirs.). *The impact of the mortgage credit Directive in Europe. Contrasting view form Member States* (pp. 24-48). Groningen: Europa Law Publishing.