

1.2. Familia

La responsabilidad de los bienes gananciales.
El ejercicio del comercio por persona casada
y la posición del cónyuge no comerciante (I) *

*The responsibility of the joint property.
The exercise of the trade for married person and
the position of the spouse not businessman (I)*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Los bienes gananciales responden por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio tal como establece el artículo 1365.2 del Código Civil que, remite al Código de Comercio, dotando para ello de un régimen específico. El presente estudio se va a centrar precisamente en la responsabilidad de los bienes gananciales ante las deudas comerciales, a la posición jurídica del cónyuge no comerciante, a su posible consideración o no como consumidor y, en consecuencia, a la aplicabilidad o no de los controles de abusividad y transparencia en los contratos de préstamo o crédito hipotecarios suscritos por el cónyuge comerciante y en cómo se sustancian tales controles de resultar operativos.

ABSTRACT: *The joint property answers of the carried away debts in the exercise if the trade as there establishes the article 1265.2 of the civil code that the sends to the code of trade, providing for it with a specific regime. The present study is going to centre precisely on the responsibility of the join property to the juridical position if the spouse not merchant, to his possible consideration or not as consumer and in consequences to the applicability or not of the controls of transparency in the contracts of martgage lending signed by the spouse merchant and in since such controled develop.*

PALABRAS CLAVES: Sociedad de gananciales. Actividad profesional y empresarial. Cónyuge comerciante. Consumidor. Consentimiento. Fianza. Control de abusividad. Control de transparencia. Préstamo o crédito hipotecario.

* El presente estudio se divide en dos partes. La primera se publica en el presente número y la segunda parte en el siguiente número de la Revista. Asimismo, este estudio forma parte de los resultados del Grupo de Investigación Consolidado Contratación-Empresa (GR-UCM: 9314929), perteneciente al Campus de Excelencia Internacional UCM-UPM, del que formo parte como miembro investigador.

KEY WORDS: *Company of joint property. Professional and managerial activity. Businessman. Consumer. Assent. Bail or endorsement. Control of transparency. Mortgage lending.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL CÓNYUGE CASADO. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD: 1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL. 2. CALIFICACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O COMERCIAL. 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL. 4. CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO COMERCIANTE. 5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL EJERCICIO DEL COMERCIO. 6. EL EJERCICIO ORDINARIO DE LA PROFESIÓN, ARTE U OFICIO.—III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: 3.1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN GENERAL Y ALCANCE. 3.2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD. 3.3. LA CONDICIÓN DEL CONSUMIDOR DEL FIADOR/AVALISTA.—IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. SU APLICACIÓN AL CÓNYUGE NO EMPRESARIO COMO CONSUMIDOR.—V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CUANDO EL ADHERENTE ES UN PROFESIONAL O EMPRESARIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sociedad de gananciales se configura en el Código Civil como el régimen legal supletorio, que tiene lugar a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando estas son ineficaces y siempre que no sea expresamente excluido por los cónyuges en cuyo caso regiría la separación de bienes.

El artículo 1344 del Código Civil señala que, se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad de gananciales. La primera consecuencia de lo dispuesto en tal precepto es, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE que «se hacen comunes unos bienes que responden genéricamente a la idea de “ganancias o beneficios”»¹. Estos bienes forman una masa patrimonial (patrimonio común) que pertenece a ambos cónyuges que, se diferencia de los patrimonios personales de cada cónyuge (patrimonios privados). Estas tres masas patrimoniales se pueden interrelacionar entre sí con los correspondientes desplazamientos patrimoniales y procurar su equilibrio mediante los mecanismos de la subrogación real y del sistema de reintegros y reembolsos. Ahora bien, con relación a la masa común, los cónyuges no tienen una cuota de la que puedan disponer libremente, sino que la participación por mitad opera globalmente respecto de la masa ganancial². Por otra parte, con esta masa patrimonial común se hace frente a los gastos familiares y a otros determinados en el Código Civil y, asimismo, «queda sujeta a reglas especiales de responsabilidad, gestión, disposición, disolución y liquidación»³. A la finalización del régimen se procede a la división del patrimonio común por mitad entre los cónyuges tras la liquidación del régimen. La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, no es persona jurídica, sino una comunidad material de bienes cuya titularidad corresponde conjuntamente a ambos esposos⁴. Frente a quienes consideran que, la sociedad de gananciales responde a la sociedad uni-

versal de ganancias (art. 1655 del Código Civil), lo que supone aplicar a falta de norma específica las reglas del contrato de sociedad⁵. Para la doctrina mayoritaria y jurisprudencia consideran que se trata de una comunidad germánica o en mano común en la que está ausente la idea de cuotas o partes sobre los bienes concretos que lo integran⁶. Si bien, no faltan autores como RAGEL SÁNCHEZ para quien la sociedad de gananciales es «un ente jurídico híbrido producto de una fusión entre la comunidad y la sociedad, debido a la singularidad del doble destino que tiene, familiar y de reparto de beneficios y que la hace distinta de todas las demás comunidades: ordinaria o de tipo romano, de propietarios urbanos, hereditaria e incluso de las de tipo germánico o en mano común»⁷. La sociedad de gananciales comienza en el momento de la celebración del matrimonio o posteriormente en capitulaciones matrimoniales. También puede pactarse en capitulaciones antes que se celebre el matrimonio.

Como hemos indicado el régimen de gananciales se caracteriza por la existencia de tres masas patrimoniales: dos privativas correspondientes a cada uno de los cónyuges y una común que pertenece a ambos cónyuges. Entre los bienes privativos se destacan los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común (art. 1346.8 del Código Civil). Por su parte, son bienes gananciales «las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes o por ambos cónyuges» (art. 1347.5 del Código Civil)⁸. También lo serán las empresas y establecimientos mercantiles ya existentes de titularidad de un tercero, adquiridos como unidad económica por uno de los cónyuges o ambos con fondos gananciales (art. 1347.3 del Código Civil). En todo caso, la ganancialidad de las empresas y establecimientos mercantiles que, establece el artículo 1347.5 del Código Civil o, en su caso, las adquiridas a un tercero, solo opera respecto de las empresas individuales que, no tengan forma societaria con personalidad jurídica propia, pues, en relación a este último caso, la calificación del carácter ganancial o privativo se predica de las acciones o participaciones sociales de las que serán titulares ambos cónyuges o uno solo en función de los fondos utilizados para su adquisición (arts. 1346, 1347 y 1352 del Código Civil)⁹, por lo que la sociedad creada, como la propia empresa de la que la sociedad es propietaria no es ni ganancial ni privativa¹⁰. Si se trata de empresas fundadas antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges, tendrán carácter privativo. Si se adquieren a plazo, constante la sociedad de gananciales, la empresa será privativa si el primer desembolso es privativo y ganancial, si tiene tal naturaleza el primer desembolso (art. 1356 del Código Civil). Asimismo, si la empresa se adquiere constante matrimonio a título de herencia o de donación tendrá carácter privativo sobre la base de lo previsto en el artículo 1346.2 del Código Civil. Ahora bien, si en la formación de la empresa o establecimiento concurre capital privativo y capital común, se entenderá que la empresa o establecimiento corresponde *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1354 del Código Civil, al que remite el artículo 1347.5 del Código Civil). Si la actividad empresarial o negocio profesional que se desarrolla en la empresa requiere de licencia administrativa, aunque esta corresponda a uno de los cónyuges, la empresa tendrá carácter ganancial, si en su creación han intervenido fondos comunes¹¹. En fin, ante la posibilidad que uno de los cónyuges organice su profesión a través de una empresa o sociedad constituida a tal fin, la identificación como actividad empresarial o profesional depende de la mayor o menor dedicación de la persona a la actividad. Así, se

entiende que en la primera prima la organización, la unidad patrimonial, mientras que en la actividad profesional prima el aspecto personal, subjetivo, siendo accesorios los elementos o bienes que precisan para desplegar su actividad¹².

En cuanto a las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, el Código Civil dedica los artículos 1362 a 1374. GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ entienden por cargas de la sociedad de gananciales «aquellos gastos de los que de manera definitiva responderá el patrimonio común». De forma que «como sociedad especial destinada al mantenimiento de los miembros de la familia, los bienes comunes deberán soportar determinados gastos llamados directamente a atender a esa finalidad. En cuanto a las obligaciones, al carecer la sociedad de personalidad jurídica, deudores serán exclusivamente los cónyuges o uno de ellos, según como se contrajo la deuda¹³. Asimismo, en esta sede, se distingue entre responsabilidad provisional o externa que, opera frente a terceros (acreedores) y determina la afección inmediata de los bienes gananciales o las resultas de las obligaciones de los cónyuges; y la responsabilidad definitiva o interna que, determina el patrimonio que definitivamente va a afrontar esas deudas o gastos; por lo que su operatividad tiene lugar en las relaciones entre patrimonios conyugales y no frente a terceros¹⁴. Al respecto, el Código Civil pone a cargo de la sociedad de gananciales con carácter definitivo, entre otros, los gastos derivados de la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (art. 1362.4); y con carácter provisional frente a terceros acreedores «las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de los propios bienes», pero si uno de los cónyuges es comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio (art. 1365.2).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el ejercicio del comercio por persona casada y, por ende, en la posición del cónyuge del comerciante y su condición de consumidor o no con la posible aplicación en el primer supuesto de los controles de transparencia y abusividad en la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de refinanciar deudas de naturaleza ganancial como se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2017¹⁵.

II. EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL CÓNYUGE CASADO. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD

El artículo 1365.2 último párrafo del Código Civil remite a lo dispuesto en el Código de Comercio, esto, es a la regulación contenida en los artículos 6 a 12 del Código de Comercio¹⁶.

Esta remisión supone que, resultan aplicables al cónyuge comerciante las normas de responsabilidad directa o externa de los bienes gananciales frente a terceros, contenidas en tal normativa mercantil. Y solo para ese ámbito de remisión, pues, en todo lo demás se aplica el Código Civil, en concreto, si la deuda se califica de privativa, el acreedor podrá dirigirse subsidiariamente contra los bienes gananciales (art. 1373), e, igualmente, se aplica el sistema de responsabilidad definitiva de los artículos 1362 a 1364 a la hora de determinar el patrimonio que asumirá la deuda¹⁷.

En todo caso, estas normas del Código de Comercio que operan en la esfera comercial responden a los principios constitucionales que, imponen la igualdad de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos puede ejercer el comercio. Y,

asimismo, atendiendo a la propia agilidad y seguridad en las transacciones que, exige la actividad económica que representa el ejercicio del comercio, determina una mayor protección de los acreedores frente a la regulación general del Código Civil cualquiera que sea el régimen matrimonial pactado.

El artículo 6 del Código de Comercio establece que, quedan obligados a resultados del comercio los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos a las resultados del mismo; por lo que, tales bienes responden directamente frente al acreedor *ex comercio*¹⁸.

2.1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL

Ha de tratarse de una deuda en el ejercicio del comercio; si bien, para su calificación de deuda comercial, además de una continuidad de actuación, se exige que, forme parte de la actividad mercantil del cónyuge deudor o que pertenezca al giro o tráfico de la empresa, como también las actuaciones extraordinarias llevadas a cabo por el cónyuge comerciante, optando por un concepto amplio de acto de comercio¹⁹. Por lo que, es indiferente que, tengan la condición de acto de comercio o no, de forma que, el concepto de deuda de comercio o contraída dentro del ámbito empresarial del cónyuge comerciante, es más amplio que el de acto de comercio (art. 2 del Código de Comercio)²⁰.

Ahora bien, aunque se ha sostenido que cabe presumir que los actos que realiza el cónyuge comerciante son realizados en el ámbito de su actividad mercantil, con lo que las deudas que contrae también serán adquiridas en el ejercicio de dicha actividad²¹, lo cierto es que el Código de Comercio no contempla una presunción de mercantilidad en la actividad económica del comerciante, además de la inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva en el ámbito civil²², hace que no sea suficiente con que un cónyuge reúna la condición de comerciante para que sin más todas las deudas se deriven del ejercicio del comercio, por lo que le corresponde al acreedor probar que la deuda tiene su origen en el ejercicio del comercio²³, que como precisa RAGEL SÁNCHEZ habrá de hacerlo en procedimiento declarativo²⁴.

2.2. CALIFICACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O COMERCIAL

Con carácter general se puede afirmar que, en la mayoría de los casos todas las deudas contraídas unilateralmente por un cónyuge en el ejercicio del comercio con independencia que la empresa sea ganancial o privativa, son deudas gananciales que, por lo tanto permiten al tercero dirigirse contra los bienes propios del cónyuge que con él contrata (art. 1911 del Código Civil) y también contra los bienes gananciales provengan o no de los beneficios del comercio, esto es, sean o no consecuencia de la actividad comercial, o se incorporen a la sociedad de gananciales por otras actividades económicas del cónyuge comerciante o del otro cónyuge²⁵.

Por lo que, serán privativas las deudas comerciales cuando el cónyuge comerciante desconozca o se oponga al ejercicio del comercio, en cuyo caso el cónyuge deudor comerciante responde solo con los bienes gananciales que, resultan del comercio, no con todos los bienes gananciales. En este contexto, no faltan autores que, señalan que, el ejercicio del comercio por un cónyuge es, en todo caso,

un supuesto del artículo 1373 del Código Civil²⁶; o que el Código de Comercio contempla dos situaciones distintas, según que un cónyuge ejercite el comercio con consentimiento de su consorte o con su oposición expresa. En el primer caso, la deuda será ganancial y en el segundo caso, será privativa²⁷.

Ahora bien, si ambos cónyuges prestan su consentimiento —si bien, el cónyuge comerciante lo presta en todo caso—, la deuda será ganancial y quedan también afectos los bienes privativos del cónyuge comerciante (art. 9 del Código de Comercio). Tal consentimiento puede constar en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil como prevé el artículo 11 del Código de Comercio, o lo que resulta más habitual en la práctica que, la deuda se contrae conjuntamente por ambos cónyuges a exigencias del acreedor con aplicación del artículo 1367 del Código Civil y la responsabilidad de los bienes gananciales y privativos de ambos cónyuges²⁸. Igualmente, tendrá carácter ganancial la deuda comercial cuando el cónyuge del comerciante conoce el ejercicio del comercio y no se opone expresa y formalmente a tal ejercicio.

En todo caso, se pueden pactar ambos cónyuges un límite de responsabilidad, siempre que, no disminuya la garantía mínima que ofrece a los acreedores el artículo 6 del Código de Comercio, quedando el carácter dispositivo de las normas limitado a lo dispuesto en los artículos 7 a 10 del citado Código de Comercio. Por otra parte, se puede subordinar la prestación del consentimiento a un acto comercial concreto²⁹.

2.3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL

El comerciante al que se refiere el artículo 6 del Código de Comercio es una persona física casada que, tiene la cualidad de empresario. Los socios o administradores de una sociedad se consideran trabajadores por cuenta ajena, personal que ejerce su profesión según los casos. Precisa, además, RAGEL SÁNCHEZ que al excepcionar el Código de Comercio en mayor medida la responsabilidad patrimonial del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, no debería extenderse la norma mercantil a supuestos que no encajan en el perfil subjetivo de las normas³⁰. No obstante, algún autor ha considerado en la condición de comerciante al administrador mercantil³¹.

2.4. CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO COMERCIANTE

La prestación del consentimiento del cónyuge no comerciante para que pueda quedar obligados todos los bienes gananciales a las resultas del comercio por el otro se rige por normas específicas (art. 6 del Código de Comercio). El consentimiento puede ser expreso, lo que no suele ser frecuente en la práctica. A falta de consentimiento expreso, se presume prestado cuando al contraer matrimonio se halla uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continúa sin oposición del otro (art. 8 del Código de Comercio) y también cuando ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo (art. 7 del Código de Comercio). El consentimiento puede ser, pues, expreso o tácito o presunto —cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo—³². El consentimiento presunto no figura inscrito en el Registro Mercantil, pues, solo consta el consentimiento expreso (art. 11 del Código de Comercio). En todo caso, la prestación del consen-

timiento no se orienta a la aprobación del ejercicio de la actividad empresarial, sino a que todos los bienes comunes queden afectos por la actividad comercial³³. Sobre tales bases, la garantía que ofrece el artículo 6 del Código de Comercio al acreedor es superior que, la que ofrece el artículo 1367 del Código Civil pues, mientras este exige para que la deuda individual sea ganancial el consentimiento expreso, sin embargo, la normativa mercantil es suficiente con la existencia de un consentimiento presunto o tácito, esto es, sin oposición expresa del otro cónyuge al ejercicio del comercio. De forma que, si existe oposición no tiene lugar la responsabilidad de todos los bienes gananciales, pues, en tal caso se considera que no existe consentimiento de ambos cónyuges. Por el contrario, cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición del otro, quedan los bienes gananciales sujetos a las obligaciones derivadas de tal ejercicio (arts. 6 y 7 del Código de Comercio), a excepción de las deudas contraídas en fraude o perjuicio de los derechos del otro cónyuge³⁴.

Ahora bien, para que exista oposición resulta necesario un conocimiento de la actividad mercantil del otro cónyuge. Si bien, conviene aclarar que, una cosa es la falta de conocimiento de la marcha del negocio y otra la propia falta de conocimiento del ejercicio del comercio por el cónyuge. En todo caso, corresponde al cónyuge no comerciante acreditar su falta de conocimiento no culpable de la actividad mercantil del otro. Por lo que, mientras no se pruebe lo contrario, el ejercicio del comercio con conocimiento de cónyuge del comerciante determina la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges sobre la base de tal ejercicio³⁵. De todas formas, se presume *uris tantum* conocimiento los cónyuges viven juntos cuando se inicia el ejercicio del comercio y, por ende, este se ejerce notoriamente³⁶, sin perjuicio del deber recíproco de información que incumbe a ambos cónyuges (art. 1383 del Código Civil). Si bien, como precisan RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ al ser el conocimiento un requisito subjetivo del otro cónyuges «cabe la prueba de su desconocimiento incluso aunque el comerciante ejerza notoriamente el comercio y tenga un establecimiento mercantil abierto al público, por ejemplo, en caso de separación de hecho, o porque la sede del negocio se ubique en una población distinta a la de la residencia habitual»³⁷.

La oposición debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, para lo cual a su vez se requiere la inscripción del cónyuge comerciante como empresario individual (arts. 11 y 22 del Código de Comercio y art. 87.6 RRM). La inscripción puede ser instada por el propio cónyuge del comerciante para que pueda acceder al Registro su oposición, lo que en la práctica no opera. Excepcionalmente, se puede notificar dicha oposición al tercero que contrata con su cónyuge antes que tenga lugar tal contratación.

De todas formas, si hay oposición no significa que, las deudas contraídas por el cónyuge en el ejercicio del comercio sean sin más privativas, sino que continúan siendo gananciales, tanto si se trata de una empresa mercantil como privativa; si bien, la responsabilidad de los bienes comunes se limita a los adquiridos a resultas del ejercicio del comercio, esto es, lo que sean consecuencias de la actividad comercial. Para la doctrina mayoritaria se ha de proceder a una interpretación amplia por ser la más ajustada a la finalidad protectora del interés de tercero y entender que, la calificación de resultados del comercio se extiende a todos los bienes y derechos adquiridos con los beneficios de la actividad mercantil formen parte de la empresa —se reinviertan en ella— o estén fuera de la misma y a nombre del otro cónyuge³⁸. Incluso si la empresa es ganancial se considera por algunos autores que, debe formar parte de tal concepto³⁹. Aunque no falta quien opta por

entender que son exclusivamente los que se adquiere en la realización de actos de comercio⁴⁰. En todo caso, la prueba de que un bien no ha sido adquirido con las resultas del comercio corresponde al cónyuge que sustenta tal argumento⁴¹. Por lo que, mientras no se pruebe lo contrario, en la práctica todo bien ganancial se considera que proviene de la resulta del comercio⁴².

Finalmente, la responsabilidad de los bienes propios del cónyuge del comerciante exige el consentimiento expreso en cada caso del mismo (art. 9 del Código de Comercio)⁴³. El consentimiento puede ser general o especial para determinados negocios y/o determinados bienes propios. De todas formas, en la práctica el juego de las presunciones determina que, resulten comprometidos los bienes propios del cónyuge comerciante y todos los bienes gananciales.

2.5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL EJERCICIO DEL COMERCIO

Establece el artículo 10 del Código de Comercio que el cónyuge del comerciante puede revocar libremente el consentimiento expreso o presunto y añade el artículo 11 del citado cuerpo legal que, los actos de consentimiento, oposición y revocación habrán de constar, a efectos de terceros, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. En todo caso, la revocación no puede perjudicar los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a tal revocación.

Por lo que, cuando el cónyuge desconoce el ejercicio del comercio por su consorte, así como cuando se ha opuesto formalmente al ejercicio del comercio o ha revocado el consentimiento prestado, la deuda del comerciante será privativa.

Ahora bien, en el ámbito de las crisis matrimoniales, se precisa acertadamente que, si el cónyuge comerciante no hubiera revocado antes su consentimiento, cuando se admite la demanda de separación divorcio o nulidad queda revocado *ope legis* tal consentimiento en virtud del artículo 102.2 del Código Civil⁴⁴.

Finalmente, en relación con la responsabilidad definitiva o pasivo definitivo, se ha de señalar que, las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio se cargan definitivamente sobre el patrimonio común cuando derivan de una «explotación regular de los negocios» (art. 1362.4 del Código Civil). Y, asimismo, si se quiere limitar la responsabilidad, los cónyuges pueden modificar el régimen de sociedad de gananciales en capitulaciones matrimoniales acordando el de separación de bienes, si bien tal modificación no puede perjudicar los derechos de los terceros acreedores.

2.6. EL EJERCICIO ORDINARIO DE LA PROFESIÓN, ARTE U OFICIO

El artículo 1365.2 del Código Civil regula el régimen de responsabilidad del patrimonio ganancial por la actividad económica de los cónyuges en dos supuestos: además de por el ejercicio del comercio por el cónyuge casado en los términos analizados, también por el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio. La referencia al «ejercicio ordinario» de la actividad profesional se entiende referidos a «todos aquellos gastos que sean exigidos para el desempeño de la actividad económica a que se dedica cualquiera de los cónyuges, tanto las necesarias para comenzar a ejercer la actividad, como las que sean exigidas para el desempeño diario (art. 1346.8 del Código Civil)»⁴⁵. Y por profesión, arte u oficio señala GUILARTE GUTIÉRREZ «han de considerarse en su acepción vulgar encontrando como límite, a estos efectos, el que se trate de una persona

comerciante»⁴⁶. Por lo que en este supuesto los terceros acreedores podrán dirigirse contra los bienes gananciales cuando estemos ante el ejercicio ordinario de la actividad profesional. De tratarse de un ejercicio extraordinario, la deuda será privativa del cónyuge que la contrajo y no de la sociedad de gananciales (art. 1373 del Código Civil), salvo que ambos cónyuges la consientan (art. 1367 del Código Civil). Lo que diferencia esta actividad económica de la que deriva del ejercicio del comercio es que, en este último caso, se responde tanto por actos de comercio ordinarios como extraordinarios. Para REBOLLEDO VARELA «lo que el artículo 1365.2 del Código Civil protege en relación con el tercero es la apariencia en el ejercicio ordinario y normal de la profesión, arte u oficio de un cónyuge en que para obligar a todos los bienes gananciales le basta la actuación unilateral de ese cónyuge»⁴⁷.

En todo caso, los gastos ordinarios o necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio deben operar en proporción a la actividad que, se desarrolla y a lo que resulta ser lo normal y habitual en la misma como tal actividad profesional, esto es, lo que constituye «el desempeño corriente de una actividad económica»⁴⁸. Por lo que no vale incluir en este supuesto cualquier gasto ordinario especialmente elevado.

De todas formas, en la relación interna entre los cónyuges todas las deudas contraídas por un cónyuge tanto en el ejercicio ordinario como extraordinario de su profesión, arte u oficio será de cargo definitivo de la sociedad de gananciales de acuerdo con el artículo 1362.4 del Código Civil y con derecho de reembolso, si fuera el caso, para el cónyuge que ha pagado tales deudas con sus bienes privativos (art. 1364 del Código Civil).

III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

3.1. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN GENERAL Y ALCANCE

El artículo 1.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que el propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El artículo 2 de la referida Directiva dispone que «a efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3; b) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.»

Asimismo, el artículo 2 del TRLGDCU establece que «esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios». Mientras que el artículo 3 del mismo cuerpo legal —reformado por la Ley 3/2014, de 7 de marzo— dispone que: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas

jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

El TRLGDCU y otras leyes complementarias pretenden, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor, usuario y empresario.

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por su parte, el artículo 4 insiste en el mismo concepto. «A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficina o profesión».

Ciertamente, el citado artículo 3 del TRLGCU matiza el concepto del artículo 1.2 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, consideraba que tenían la cualidad de consumidores quienes actuaban como destinatarios finales de los productos y servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional, por lo que se hacía descansar la noción de consumidor en el elemento positivo que el consumidor ha de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido; y, tras la reforma por Ley 3/2014 mantiene que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2017⁴⁹ el concepto del artículo 3 del TRLGCU procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del Texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el citado TRLGCU, coinciden con la Directiva 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, artículo 2, la Directiva 93/13 —cláusulas abusivas, artículo 2b—, la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia —artículo 2.2.— y la Directiva 99/44 sobre ventas de consumo —artículo 1.2 a)— en que el consumidor es *«toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»* con ligeras variantes de redacción entre ellas. En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGDCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas *«a la persona física»* (ninguna Directiva de consumo, contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito *«ajeno a su actividad comercial o profesional»* (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2 e); Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2 d); Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, artículo 1.2 a), o *«a su actividad económica, negocio o profesión»* (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, artículo 2 e), o *«a su actividad económica, negocio, oficina o profesión»* (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, artículo 2 a), y Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, artículo 2 f).

En otras normas internacionales o comunitarias que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así el Reglamento 44/2001, del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su artículo 15.1 para *«contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional»*. Concepto que reitera el artículo 17.1 del Reglamento (UE) número 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, ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su artículo 6 *«los contratos de consumo»* entendidos como los celebrados *«por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional»*.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor ha evolucionado desde una concepción restrictiva hasta una posición más reciente que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más amplia. En la fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de consumidor de forma limitada, así en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sala Primera, de 14 de marzo de 1991 (asunto Di Pinto contra Di Pinto)⁵⁰, o de la Sala Quinta, 17 de marzo de 1998 (asunto C-45/96) caso Bayerische Hypotheken und Wechselbank AG y Edgar Dietzinger, relativo a un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena; en las que se distinguía según el destino final de los bienes o servicios fuera el consumo privado o su aplicación a actividades profesionales o comerciales⁵¹. Y, en la sentencia, de la Sala Sexta, de 3 de julio de 1997⁵² (Caso Benicasa) se indicó expresamente que para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor «16. El concepto debe interpretarse de forma restrictiva y hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de este y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. 17. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil solo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretender no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior; dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional. 18. Por tanto, es conforme con la letra y el espíritu, así como con el objetivo de las disposiciones consideradas, afirmar que, el régimen particular de protección que estas introducen solo se refiere a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, actual o futura». Doctrina que se reitera, en la sentencia, de la Sala Segunda, de 20 de enero de 2005⁵³ asunto C-464/01, caso Gruber en la que, asimismo, se precisa que «40. Como ha señalado el Abogado General en los puntos 40 y 41 de sus conclusiones, cuando una persona celebra un contrato para usos relacionado con su actividad profesional, debe considerarse que aquella

se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante, de manera que en este supuesto no se justifica la protección especial que el Convenio de Bruselas otorga a los consumidores». Si bien, en los últimos tiempos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha optado por una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobretudo, cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Así, la sentencia, de la Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015⁵⁴ asunto C-110/14 (caso Ovidiu Costea Horace) objetiva el concepto de consumidor al poner el foco de atención en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución, el Tribunal de Justicia concluye que «una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo al artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto, el hecho que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». A su vez, a los contratos con pluralidad de adherentes se refiere el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015⁵⁵ asunto C-74/15 (caso Tarcău) en el que se establece que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección de la Directiva. Y, en concreto, en un contrato de fianza reconoce la condición legal de consumidor del fiador, si actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, aunque la operación afianzada sí tenga tal carácter; siempre que entre el garante y el garantizado no existan vínculos funcionales (por ejemplo, una sociedad y su administrador). Doctrina que se reitera en el Auto de este mismo Tribunal, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016⁵⁶ asunto C-534/15 (caso Dumitras). En la misma línea, el Auto de la Sala Décima, de 27 de abril de 2017⁵⁷ asunto C-535/16 (Caso Michael Tibor Bachman) referido a la condición de consumidor en el supuesto de una sucesión contractual (novación subjetiva). En este caso, se planteaba la aplicación de la Directiva 93/13/CEE a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A esta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidora al decir en su parte dispositiva: «el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido que una persona que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad, así como quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliario o de hipoteca)».

En todo caso, este mismo concepto de consumidor que utiliza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la

personalidad del contratante y esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor es la que ha adoptado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones, así, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo⁵⁸; 166/2014, de 7 de abril⁵⁹; y 688/2015, de 15 de diciembre⁶⁰ que, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que: «la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del artículo 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores»; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero⁶¹; 224/2017, de 5 de abril⁶²; 494/2017, de 13 de septiembre⁶³; 515/2017, de 22 de septiembre⁶⁴; 522/2017, de 27 de septiembre⁶⁵; y 620/2017, de 20 de noviembre⁶⁶.

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo⁶⁷ fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: «La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación». Y la sentencia 227/2015, de 30 de abril⁶⁸ estableció que: «en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente. (...) las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que solo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que lo hacen para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC».

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 16 de enero de 2017⁶⁹ se pregunta si es posible una actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional que se realice con ánimo de lucro. Señala al respecto que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física y lo hace en los siguientes términos: «(...) partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional que, se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión». A lo que añade que «a su vez la reforma del mencionado artículo 3 del TRLGCU aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que solo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que, el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente

respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que al ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario conforme establece el artículo 1.1 del Código de Comercio⁷⁰.

En este contexto, en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2017 considera que, en lo que respecta a la esposa D.^a Begoña que, también figura como prestataria, resuelve acertadamente la Audiencia Provincial al considerar que esta no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, al tener una vinculación funcional con la actividad empresarial del marido para la que se solicitó el préstamo, y además debía responder de las deudas por la vía de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio. Como se ha señalado, no resulta necesario el consentimiento expreso de la esposa, pues es suficiente el tácito «cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo». Además, se añade en esta sentencia que, en la jurisprudencia de esta Sala ya se ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza⁷¹. En consecuencia, por las razones expuestas, debe confirmarse el criterio de la sentencia recurrida por el que se niega a D.^a Begoña la condición de consumidora en el contrato de préstamo. De manera que, al no ser consumidor ninguno de los prestatarios no procede realizar los controles de transparencia y abusividad respecto de la cláusula controvertida. Se incide en negar la consideración de consumidora a la esposa atendiendo a la vinculación funcional con la operación empresarial en cuyo marco se solicita el préstamo. Se utiliza la terminología establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ciertamente, en este caso, no estamos ante un préstamo ajeno a la actividad empresarial o comercial del actor, sino ante una operación cuyo fin es obtener la financiación necesaria para atender las deudas contraídas por la sociedad y de las que responde el esposo en su condición de avalista, unificando los pagos en una sola operación adecuada a sus posibilidades económicas. Las deudas no son extrañas a la actividad empresarial de aquel, sino consecuencia de la misma en tanto que surgen con motivo del desenvolvimiento del tráfico mercantil de la sociedad de la que forma parte. Si bien, la esposa que, no tiene relación con la sociedad, sin embargo, no puede desligarse del fin de la operación, pues, tiene una vinculación funcional con tal actividad empresarial, al no ser ajena a las deudas que se refinancian, pues, debía responder de las mismas por la vía del artículo 6 y 7 del Código de Comercio.

Por último tampoco cabe considerar, como más o menos se plantea en el recurso de casación, que nos encontremos ante un contrato de consumo mixto o con doble finalidad, puesto que la Audiencia Provincial no considera que el dinero del préstamo tuviera una finalidad mixta, es decir, en parte se dedicara a

finés empresariales, y en parte a la satisfacción de necesidades personales, sino que afirma que se destinó exclusivamente a refinanciar deudas de naturaleza comercial.

Todos los posibles escenarios planteados en la sentencia van a ser objeto de desarrollo en los siguientes apartados, especialmente determinando que sucede si se considerarse a la esposa comerciante o no; y, en consecuencia, la aplicación de los controles de transparencia y abusividad respecto del contrato de préstamo en garantía hipotecaria y el alcance con relación a determinadas cláusulas —como suelo, intereses y otras relativas a gastos—.

3.2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD

Sobre esta noción de consumidor, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el artículo 1 de la derogada Ley 26/1984 ni el actual artículo 3 del TRLGDCU contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor —pues a veces usa el bien o servicio para fines personales—, que nunca lo es —ya que lo usa para fines profesionales—, o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.

La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su Considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese Considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 20 de enero de 2005⁷² (Caso Gruber contra Gruber —asunto C-464/01—) consideró que el contratante es consumidor, si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate» en palabras textuales de la sentencia). A su vez, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015⁷³ (caso Ovidlu Costea Horace contra SC Volksbank Rumania S.A. —asunto C-110/14—) señala en su apartado 26 que «En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia». Añade en el apartado 27 que «en tal caso, aunque se considera que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Siba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la

presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a lo que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactada de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor»; asimismo, dispone en el apartado 28 «por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, según ha señalado en esencia el Abogado General en los puntos 52 a 54 de sus conclusiones, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia»; y, en fin, en su apartado 29 dice que «En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto, es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario, no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito», por lo que establece que: «Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que, el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido que, una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no está vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva 93/13/CEE, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional y que como tal consumidor, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Y, al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015⁷⁴ (caso Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România S.A., y otros —Asunto C-74/15—) en su apartado 27 señala que: «A este respecto, procede recordar que, el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2 b) de la Directiva 93/13 tiene carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión».

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 22 de abril de 2015⁷⁵, al igual que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2015, sostiene en la actualidad que, conforme el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así razona la precitada sentencia del Tribunal Supremo que: «Conforme el artículo 2 b) de la Directiva ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. La Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideró consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que, adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funcione, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo de tal consideración a quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Y el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que entró en vigor a los pocos días de suscribirse la póliza de préstamo, considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y 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. Por tanto que, el dinero prestado no fuera destinado a bien de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia». En esta línea, recientemente, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2017⁷⁶ en relación con los contratos de doble finalidad, señala al respecto que: «en fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean el contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba». Por lo que «sobre tales bases legales y jurisprudenciales, la sentencia recurrida considera probado que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó primordialmente, entre otros fines, para reparar y acondicionar todo un

edificio para dedicarlos a negocio de alquiler inmobiliario. En consecuencia, de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre y de las sentencias y auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citado, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor». Recordemos que, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2017 el préstamo se destina en exclusiva a refinanciar deudas de naturaleza comercial.

3.3. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL FIADOR/AVALISTA

Los actos de comercio pueden llegar a alcanzar a la fianza prestada por el cónyuge comerciante que, es lo habitual, o también puede ser prestada por el otro esposo o un tercero. Tradicionalmente, en el seno de las Audiencias Provinciales, se ha mantenido como criterio unánime que es necesario atender a la naturaleza y características del contrato principal celebrado entre las partes en relación con la actividad profesional o empresarial de las mismas; de manera que, si tiene por objeto o está relacionado con la actividad habitual de quien actúa como titular de la relación jurídica base del negocio, su carácter se extiende al resto de los posibles intervinientes, tanto en el caso de que nos hallemos ante un único negocio contractual como si se trata de una relación jurídica accesorio. De esta forma, en el caso de un préstamo o crédito destinado a financiar la adquisición de mercancías o el pago de servicios, o en general, el circulante de una empresa, la relación se enmarca en el seno de la actividad empresarial de la misma, aunque junto a la propia sociedad aparezcan como prestatarias terceras personas que, pueden ser administradores, socios o aún terceros ajenos, que no podrán invocar esa ajenidad para desvirtuar el carácter empresarial o profesional de la operación respecto de ellos, dado que una misma operación no puede ser empresarial o de consumo en función de los distintos partícipes. La relación contractual es una y la misma para todos ellos; su caracterización dependerá del contenido obligacional en relación con la actividad habitual del destinatario principal del bien o servicio. Este mismo razonamiento se aplicaba cuando no estábamos ante un contrato único, por ejemplo, un préstamo con varios prestatarios, sino ante dos contratos, uno accesorio de otro. Más concretamente, en el caso de contrato de fianza o aval, se consideraba que seguían a la operación principal, de forma que si el contrato base se celebraba entre empresarios o profesionales, la fianza o aval seguía igual suerte, aunque el fiador o avalista fuera ajeno a la actividad en el marco de la cual se celebró el negocio jurídico.

Esta situación expuesta ha variado tras el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015 (caso Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comercială Intesa Sanpaolo România S.A., y otros —Asunto C-74/15—), con ocasión de dar respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea. El Tribunal de Justicia se plantea que, condición tiene el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. En otras palabras, si en tales casos el fiador o garante que firmó con-

tratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, puede considerarse o no como «consumidor» a los efectos de determinar la aplicación de la Directiva. Tras recordar que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (véanse las sentencias *Asbeek Brusse*, y de *Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, así como *Siba*, C-537/13 EU:C:2015:14, apartado 21), como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que dicha «protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar» (apartado 25 del Auto). A continuación, el Tribunal explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111 (dictada en el contexto 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) que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato distinto, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal (apartado 26). Se trata de evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (apartado 27). Por lo que corresponde al juez nacional en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, 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 (apartado 29). Dadas estas circunstancias, el Tribunal de Justicia declara que: «Los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o 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» (de nuevo la exigencia de vinculación funcional).

En el mismo sentido se ha pronunciado de nuevo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Auto de la Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-534/15 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE por el *Judecătoria Satu Mare* (Juzgado de Primera Instancia de Satu Mare, Rumanía) mediante resolución de 30 de septiembre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de octubre de 2015 en el procedimiento entre *Pavel Dumitras-Miorara Dumitras* y *BRD Groupe Societ  Generale —Sucursala Judetean  Satu Mare—*. Como precisa el Tribunal de Justicia, «en el caso de autos, de los documentos que obran en los autos de

que dispone el Tribunal de Justicia resulta que, en el momento de la celebración de los tres contratos de préstamo entre los años 2005 a 2008 entre, por un lado, BRD Group Société Générale, como prestamista, y por otro, Lanca, como prestatario, el Sr. Dumitras que, actuó como avalista hipotecario de esos contratos, era el administrador y socio único de esta última sociedad mercantil. Por tanto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, resulta que, en el momento de la celebración de esos contratos, el Sr. Dumitras actuó por razón de los vínculos funcionales que tenía con Lanca y no podría ser calificado así, a este respecto, de “consumidor” en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13. Además, de los documentos que obran en los autos resulta que el 30 de julio de 2009, por una parte, Lanca Constructii suscribió con BRD Group Société Générale tres contratos de crédito sobre la refinanciación y el reajuste de los tres contratos de préstamo firmados por Lanca en los años 2005 a 2008. Por otra parte, por novación, Lanca Constructii sustituyó a Lanca como deudora de las obligaciones contraídas por esta última frente BRD Group Société Générale. Como consecuencia de esta novación, Lanca qued   liberada de todas las obligaciones frente a BRD Group Société Générale en virtud de los préstamos inicialmente concedido. Asimismo, consta que ni el Sr. Dumitras ni la Sra. Dumitras tenían la condición de administradores de Lanca Constructii y que se comprometieron a garantizar como avalistas hipotecarios, la obligación de esta última a raíz de la novación. Tampoco se desprende de la resolución de remisión que los demandantes del litigio principal tuvieran una participación significativa en el capital social de la referida sociedad. Por ello, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente resulta que, en el momento de la conclusión de los contratos de crédito y de garantía inmobiliaria de 30 de julio de 2009, el Sr. y la Sra. Dumitras no actuaron por razón de vínculos funcionales que tuviera con Lanca Constructii. Corresponde también al tribunal remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitras como avalistas hipotecarios de dicha sociedad, actuaron con fines relacionados con su actividad profesional y de no haber actuado con tales fines, extraer de ello todas las consecuencias pertinentes para su eventual calificación de “consumidor” en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13. Así ocurriría, en particular, si el Sr. Dumitras al convertirse en avalista hipotecario, hubiera actuado por razón de vínculos funcionales con Lanca, lo que incumbe determinar al tribunal remitente». En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara: «Los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente».

De conformidad con esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el actual criterio mayoritario de los órganos jurisdiccionales españoles se inclina por aplicar, al amparo del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial directamente la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia, acudiendo como presupuesto previo para la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, a la indagación acerca de la condición de fiador o hipotecante de deuda ajena, en su relación con el objeto garantizado

o con su actividad profesional, pues, la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con fianza. Es por ello que, en la actualidad en el derecho español se entiende que la persona física que se constituye en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil no tendrá la condición de “consumidor” en el sentido del artículo 2 de la letra b) de la Directiva 93/13/CEE, cuando el órgano judicial competente aprecie que tal garantía está relacionada con sus actividades comerciales, empresariales o profesionales o se concede por razón de los vínculos funcionales —de nuevo el término— que mantiene con dicha sociedad, como ser socio, administrador o apoderado. En caso contrario, es decir, cuando el fiador actúa con fines de derecho privado, incluso aunque reúna la condición de pariente próximo de los administradores o socio de la mercantil, si se le reconoce la condición de “consumidor” y toda la protección derivada de la misma⁷⁷. En el ámbito estrictamente hipotecario es de destacar la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensan tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también el hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil, comercial o profesional. Esta doctrina se encuentra recogida, entre otras, en las resoluciones de 29 de septiembre de 2014⁷⁸ y 28 de abril de 2015⁷⁹. La primera señala que, la exigencia de documento manuscrito impuesta por el artículo 6 de la Ley 1/2013 para los casos que el mismo prevé (singularmente, cláusulas suelo, multdivisas o swaps en los préstamos hipotecarios con consumidores), es aplicable no solo al prestatario consumidor persona física, sino también al hipotecante no deudor persona física, porque si bien el precepto habla específicamente de “cliente-deudor” y no se refiere al hipotecante no deudor, ello no debe llevar a una interpretación literal de la norma, sino que sobre esta debe prevalecer una interpretación extensiva “pro-consumidor”, en coherencia con la finalidad legal de favorecer la información y por ende la protección, de los usuarios de servicios financieros «máxime si como ocurre en el supuesto enjuiciado tal hipotecante asume una responsabilidad personal solidaria que le separa de la responsabilidad estrictamente limitada al bien garantizado que debe presidir la figura del hipotecante no deudor conforme al artículo 140 de la LH». Por su parte, la segunda resolución citada concluye que la normativa española sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden EHA 2889/2011) es aplicable en los siguientes casos: «a) préstamos y créditos hipotecarios sobre una vivienda, aunque esta no sea la habitual del hipotecante, siempre que pertenezca a una persona física, aunque esta no sea el prestatario, que puede ser una persona jurídica; y, b) préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (...)». Como consecuencia de todo lo expuesto y en esta línea, la resolución de 31 de octubre de 2017⁸⁰ señala que «si bien en los avalistas si concurre la existencia de vinculación funcional con el prestatario (administrador-socio único y empleado, respectivamente), intervienen dos personas físicas, los hipotecantes de deuda ajena de un local comercial de su vivienda habitual, que actúan con carácter de consumidores, ya que no resulta del documento notarial

presentado a inscripción ni que se dediquen al ejercicio profesional de la concesión de garantías ni que guarden vinculación funcional con la sociedad prestataria». Por lo que fijada la aplicabilidad de la normativa protectora de consumidores, queda por determinar el ámbito y alcance de la misma, o dicho de otro modo, si tal aplicabilidad solo se extiende al contenido concreto del contrato de garantía o fianza o alcanza también al propio contenido del contrato, principal, de préstamo o crédito garantizado. En este sentido, como regla general «se estima que si nos encontramos ante dos relaciones jurídicas distintas y autónomas y si la determinación de la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas debe apreciarse en atención a la calidad con la que los intervinientes actúan en el contrato de garantía (se encuentre este incorporado al contrato de préstamo o se pacte posteriormente), el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal del préstamo garantizado, a la que le será de aplicación la normativa que, corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. De la misma manera, si la persona que firma el contrato de garantía tiene la condición de profesional del ramo, ello no afectará a la condición, en su caso, de consumidor del prestatario del contrato principal, ni, por supuesto, excluirá el control de abusividad de sus cláusulas ni el resto de la normativa que le fuera aplicable». Por lo que considera que «serían abusivos o contrarios a normas imperativas, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal, el que exonere al acreedor negligente de consentir el beneficio de excusión del fiador en el supuesto de los artículos 1832 y 1833 del Código Civil o el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (art. 1852 del Código Civil). No lo serían «a sensu contrario» las cláusulas del contrato principal del crédito relativas a la limitación a la baja de los tipos de interés, a los límites de los intereses moratorios o a los gastos repercutibles al deudor principal, cuando este interviene dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional, salvo que fuera otro su ámbito de aplicación. Igualmente, será de aplicación al contrato de garantía o fianza, en el que concurra la condición de consumidor en el garante, toda la normativa relativa a la información precontractual, requisito de incorporación y transparencia material acerca de la concreta obligación que constituye su objeto, de sus condiciones económicas y de la transcendencia jurídica y económica de las obligaciones que el garante o fiador asumen en caso de incumplimiento del deudor principal». Por tanto, concluye que «en los contratos de fianza o garantía de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, forman parte del objeto mismo del contrato de garantía y en tal concepto, no son susceptibles de apreciación de su carácter abusivo, que no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación, pero si deben ser objeto del resto de los controles propios de la legislación sobre consumidores, en cuanto que el cumplimiento de los requisitos del proceso legal de contratación forma parte de la necesaria y adecuada comprensión por parte del garante-consumidor acerca de los riesgos que asume y de su cuantificación».

NOTAS

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2013). La sociedad de gananciales. En: C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid: Colex, 230.

² *Vid.*, la resolución de la DGRN, de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 8154).

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2013). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 231.

⁴ SERRANO FERNÁNDEZ M. (2016). Comentario al artículo 1344 del Código Civil. En: A. CAÑIZARES LASO, P. de PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Código Civil comentado, vol. III*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 913; MORALEJO IMBERNÓN N. (2009). Comentario al artículo 1344 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1586.

⁵ LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, pp.171-172.

⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C. (2013). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 233; MORALEJO IMBERNÓN N. (2009). Comentario al artículo 1344 del Código Civil, *op. cit.*, 1586; DE LOS MOZOS J.L. (1999). De la sociedad de gananciales, En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 2*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, 1999, 74 si bien precisa que esta configuración requiere algunas precisiones: «1. Se trata de una comunidad que surge en un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero o consocio es accesoria e inseparable de la condición de esposo, por eso es inalienable, incluso entre los propios esposos. Tampoco puede darse en otro tipo de uniones *more uxorio*, sino únicamente en el matrimonio; 2. Recae sobre un patrimonio separado, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos; 3. Aun siendo patrimonio separado, no alcanza plena autonomía o independencia como los patrimonios personales; 4. La comunidad de gananciales en cuanto trasunto de una comunidad familiar más amplia, recibe atribuciones y cargas que no podrán encontrarse en otro tipo de comunidad o de sociedad, lo que se traduce en su estructura, en la disociación entre atribución y titularidad, en la forma de gestión que, aunque conjunta, permite numerosas excepciones, aparte de la incidencia de las actuaciones separadas e independientes de los cónyuges, fuente de numerosas interrelaciones entre el patrimonio común y los patrimonios privativos, lo que hace que su situación sea realmente especial en relación con la configuración que se le atribuye» (77-78). *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo 1994 (*RJ* 1994, 1652); de 10 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7892); de 10 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 38239; y, de 8 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 1488); y, las resoluciones de la DGRN, de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 8154); de 30 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3910); y, de 17 de agosto de 2010 (*RJ* 2010, 5009).

⁷ RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. IV-2, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 728.

⁸ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5129) señala que, «los conceptos de “empresa”, “establecimiento” y “explotación” son polisémicos y su sentido debe identificarse de manera específica dentro del conjunto normativo en el que se utilizan, en atención a la finalidad perseguida por la norma y a la realidad social del tiempo en el que se aplica (art. 3 del Código Civil). Al igual que, sucede en otros preceptos, como el artículo 66 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 1347.5 del Código Civil utiliza los términos empresa y establecimiento como equivalentes. No se trata por tanto del establecimiento o mero local o sede física donde se ejerce la actividad. Esta utilización indistinta de las expresiones “empresa”, “establecimiento” y “explotación” conforma que, para determinar su sentido en la calificación de bienes en la sociedad de gananciales debe estar a un concepto amplio, comprensivo de toda organización y explotación económica con independencia del sometimiento del titular al estatuto jurídico de empresario. En consecuencia, también será empresa o establecimiento cuando se trate de una actividad profesional que coordine un conjunto de elementos, una pluralidad de

medios u otros servicios, incluidos los auxiliares o los de otros prestadores de servicio, para intermediar en el mercado de servicios». Y añade que «Desde esta perspectiva quedan fuera del artículo 1347.5 del Código Civil el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos son comunes, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se prestan *intuitu personae*. En cambio, sí puede ser común el propio establecimiento, por carecer de carácter personalísimo y no ser inherente a la persona. La “empresa”, “establecimiento” y “explotación” sí son transmisibles, podrían hipotéticamente continuar la actividad como organización sin su titular actual y poseen un valor superior a la suma de sus integrantes, por la plusvalía que deriva de la propia organización. Ello es así aun cuando hayan sido las cualidades personales y profesionales del cónyuge que dirige y trabaja en la empresa, establecimiento o explotación, las que hayan permitido su desarrollo y consolidación, lo que sucede habitualmente, con independencia de que se trate de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios, materiales o profesionales, y se requiera o no una titulación determinada».

Por su parte, para GARDEAZÁBAL DEL RÍO F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ J.C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. 2.º, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 377 se define la empresa como «conjunto de bienes organizados con la finalidad de obtener una ganancia económica ilimitada y asumiendo los riesgos de la actividad, organización que adquiere ciertas posibilidades de actuación autónoma. En ella se integran elementos personales, materiales e inmateriales». Y añaden que «las nociones de establecimiento como soporte físico de la empresa o parte de ella, y de explotación, como sinónimo de empresa o como una de las partes que la componen, puede ser referidas a partes integrantes de la empresa».

⁹ Así, tendrán carácter privativo las acciones participaciones que pertenezcan a uno de los cónyuges con anterioridad a la sociedad de gananciales (art. 1346.1) o que hayan sido adquiridas a costa de bienes privativos, incluido por tanto, el caso de empresa privativa que se constituye como sociedad durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1346.3); y, tendrán carácter ganancial las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, tanto si la adquisición se hace para la comunidad como si se hace para uno de los esposos (art. 1347.3), con independencia de quien adquiera la condición de socio. Asimismo, cuando resulte procedente, se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 1352 para las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales; y el artículo 1384 por lo que se refiere a los actos de administración y disposición.

¹⁰ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1347 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 9539.

¹¹ SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1347 del Código Civil, *op. cit.*, 929.

¹² REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1347 del Código Civil, *op. cit.*, 9542-9543; del mismo autor (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 19-141, que hace un tratamiento exhaustivo de la empresa en la sociedad de gananciales, en especial, en el periodo liquidatorio.

¹³ GARDEAZÁBAL DEL RÍO F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 464-465. *Id.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 498); y, de 15 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5414).

¹⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid: Lex Nova, 339 a 374; GARDEAZÁBAL DEL RÍO F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 465-466; RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). La sociedad de gananciales (2). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, directores*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 1050-1054.

¹⁵ *RJ* 2017, 4763. Los hechos sobre los que se sustancia la sentencia son los siguientes: El 22 de abril de 2010 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre

NCG Banco, S.A. y D. Alfonso y D.^a Begoña, por importe de 246.000 euros, a devolver en 35 años, mediante 420 euros mensuales, comprensivas de amortización e intereses. La finalidad del préstamo era unificar en una sola operación las diversas deudas contraídas por el Sr. Alfonso en su actividad empresarial y acomodar las cuotas mensuales a las que tenía que hacer frente. En garantía del préstamo se hipotecaron dos pisos, con sus respectivos garajes y trasteros, en la ciudad de Pontevedra, de los que era propietario el Sr. Alfonso. En la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario se establecía que el préstamo devengaría un interés variable, a efectos de cuya determinación se dividía en periodos anuales de interés, fijándose un tipo del 5,15% nominal anual para el primer periodo, comprensivo del 1 de junio de 2010 al 1 de mayo de 2011. A su vez, en la cláusula tercera bis se estipulaba que, durante el segundo y sucesivos periodos, el tipo de interés aplicable se determinaría mediante la adición de 1,50 puntos al valor que representara el tipo básico de referencia que resultara aplicable a cada periodo de interés, tomando como tal el Euríbor o interés que le sustituyera. Pero en la letra e9 de la citada cláusula tercera bis se indicaba: «No obstante, la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cuatro con noventa y cinco centésimas por ciento (4,95%), ni superior al quince por ciento (15%)». Los Sres. Alfonso y Begoña presentaron una demanda en la que ejercitaban una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contra NCG Banco, S.A., en relación con la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés, y solicitaban la devolución del importe que resulte de la diferencia entre las cuotas ingresadas, resultantes del tipo de interés aplicado realmente por el banco y las cuotas que resultarían de aplicar el tipo de interés variable pactado sin la cláusula suelo desde el inicio de la vida del préstamo. Tras la oposición de la parte demandada, el Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Pontevedra dictó sentencia de fecha de 14 de mayo de 2014 en la que se desestimó la demanda, por las siguientes y resumidas razones: 1. La cláusula controvertida no es una condición general de la contratación, porque fue negociada y no impuesta, al pactarse en el marco de una refinanciación de deudas; y, 2. El Sr. Alfonso no tiene la condición legal de consumidor, en la medida que la finalidad reconocida del préstamo era unificar las deudas derivadas de la asunción, mediante los correspondientes avales, de las deudas de la sociedad del prestatario hipotecante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 13 de octubre de 2014 desestimó el recurso de apelación de los prestatarios. Consideró al respecto que, si bien la cláusula cuya nulidad se pretendía, sí era una condición general de la contratación, no podría hacerse un control de transparencia y abusividad de la misma, porque el prestatario carece de la cualidad legal de consumidor en el contrato de referencia, puesto que se trataba de refinanciar deudas que había contraído profesionalmente como fiador de una sociedad de responsabilidad limitada; mientras que su esposa, aunque no participaba directamente en el negocio en el que se había contraído las deudas, respondía legalmente de las mismas. Finalmente, desde el punto de vista del Código Civil, no apreció que la cláusula litigiosa fuera contraída a la buena fe contractual o causaba un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, ni consideró probado que el consentimiento se hubiera prestado viciado por error. El recurso de casación se formula al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se basa en dos motivos. En el primero, se denuncia la infracción de los artículos 2, 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con los artículos 82.1 y 82.4 de la misma Ley y el artículo 1255 del Código Civil para justificar el interés casacional, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. En el segundo motivo, se denuncia la infracción de los artículos 2, 5.1, 7.1, 8, 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en relación con los artículos 1256 a 1261 del Código Civil. Se cita como infringida la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y se hace mención a jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

¹⁶ RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentarios a los artículos 1362 a 1374 del Código Civil. En: J. Rams Albasa y J. A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid: Dykinson, 415-416, señalan al respecto que, la duplicidad normativa responde a resquicios

históricos más que a una verdadera necesidad actual. Asimismo, consideran cuestionable esta dispersión normativa y divergencia de criterios de afección ganancial y se atreven a propugnar de *lege ferenda* la supresión del régimen de responsabilidad de los bienes gananciales en el ejercicio del comercio por persona casada en la misma línea que el Derecho comparado. También critica determinar un particular trato de favor al cónyuge comerciante, SÁIZ GARCÍA, C. (2006). *Acreeedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Navarra: Thomson Aranzadi, 59.

¹⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 431; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 484.

¹⁸ BISBAL MÉNDEZ, J. (1982). Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*, 107.

¹⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 434; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 1075 señala como deudas que forman parte de la actividad mercantil del cónyuge deudor o que pertenece al giro o tráfico de sus empresa: «las derivadas de compras a los proveedores; arrendamientos de locales de negocio o industrias; tributos que gravan la actividad empresarial, sueldos de trabajadores y dependientes»; y como actuaciones extraordinarias: «ampliaciones de negocio, adquisición del traspaso o de la propiedad de un local o de la industria, inversiones en mercaderías diferentes a las que hasta ese momento eran objeto del negocio»; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668 indica, asimismo, como deudas contraídas en el ámbito de la actividad comercial del cónyuges: las derivadas de los arrendamientos de locales de negocio o industria, salarios de los trabajadores, impuestos, seguridad social, fianzas, etc. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1963); y, de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6798).

²⁰ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 486; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid: Edersa, 291; PÉREZ JOFRE, E. (1987). El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVIII, 205.

²¹ SANCINERA ASURMENDI, C. (1996). *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid: Dykinson, 126-127.

²² *Vid.*, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *op. cit.*, 433; BELLO JANEIRO, D. (1993). *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona: Bosch, 463-464. No faltan quienes se muestran partidarios de tal presunción de ganancialidad pasiva, así, GONZÁLEZ LAGUNA, M., y MANZANO SOLANO, A. (1985). Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales, *Estudios en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 869; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A. (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981, *Revista Jurídica de Cataluña*, 596.

²³ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668-9669; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 469.

²⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1077.

²⁵ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9667; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981, *op. cit.*, 596.

²⁶ BISBAL MÉNDEZ, J. (1982). Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, *op. cit.*, 110.

²⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 440; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1079.

²⁸ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668.

²⁹ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 486; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 441; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1080.

³⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 439; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1078. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7134) considera como deuda incluida en el ejercicio del comercio el aval prestado por un cónyuge a una sociedad de la que es socio.

³¹ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9667. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1132) deudas procedentes de una sociedad mercantil de la que era administrador uno de los esposos.

³² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8031); de 25 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7978); de 6 de junio de 1994 (RJ 1994, 4585); de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1042); de 15 de julio de 2005 (RJ 2005, 9237); de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006, 641); y, de 3 de julio de 2007 (RJ 2007, 3792) —consentimiento tácito de la esposa—. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 10 de julio de 2000 (AC 2000, 1754); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, de 29 de octubre de 2002 (AC 2002, 1854).

³³ SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2016). Comentario al artículo 1365 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. III, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 974.

³⁴ Para REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9670 en este supuesto «no se trata tanto que no respondan los bienes gananciales, sino que cabe el ejercicio de la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1391 del Código Civil que dejaría sin efecto la obligación y con ella la responsabilidad». Sin embargo, para SAIZ GARCÍA, C., (2006). *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, *op. cit.*, 62 «el artículo 1391 del Código Civil que es el que se aduce en apoyo de esta tesis, viene principalmente referido a la esfera interna, reduciéndose toda posible repercusión en la esfera externa a la acción rescisoria con que se protegen los intereses del cónyuge deudor». De modo que, la autora «no ve que sea el precepto citado la vía idónea para reducir la garantía del patrimonio ganancial por cumplimiento de estas deudas».

³⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 5847); y, de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006, 641); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 19 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2598).

³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 445; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1085.

³⁷ RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentarios a los artículos 1362 a 1374 del Código Civil, *op. cit.*, 413. En esta línea, SACINERA ASURMENDI, C. (1996). *Régimen económico matrimonial del comerciante*, *op. cit.*, 133. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2729).

³⁸ DE LOS MOZOS, J.L. (1999). Comentario al artículo 1365 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2, 2.ª ed., Madrid: Edersa, 368-369; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, *op. cit.*, 280; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 487; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (2). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 810.

³⁹ SACINERA ASURMENDI, C. (1996). *Régimen económico matrimonial del comerciante*, *op. cit.*, 145; GARCÍA VILLAVARDE, R. (1982). El ejercicio del comercio por persona casada, *Revista de Derecho Mercantil*, 1982, 508; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 487. En cambio, para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régi-

men de sociedad de gananciales, *op. cit.*, 280-281 es dudoso que la explotación o empresa mercantil en sí considerada puede ser incluida en la categoría de resultas.

⁴⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II, 2.ª, Madrid: Ministerio de Justicia, 695.

⁴¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 7978).

⁴² GARCÍA VILLAVERDE, R. (1982). El ejercicio del comercio por persona casada, *op. cit.*, 509.

⁴³ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668 precisa al respecto que «la responsabilidad derivada del artículo 9 del Código de Comercio ha de ser calificada de solidaria también entre los patrimonios privativos de los cónyuges, pues, se trata de una garantía añadida por la ley o por la propia voluntad del cónyuge no comerciante». Lo que resulta lógico al calificar la deuda que se contrae con el consentimiento del cónyuge de comerciante como ganancial.

⁴⁴ RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentarios a los artículos 1362 a 1374 del Código Civil, *op. cit.*, 414.

⁴⁵ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 483. Para RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 465 son actos que periódicamente se deben afrontar para mantener la actividad: «las cuotas que derivan de la obligada pertenencia a colegios profesionales, mutualidades profesionales u organismos públicos de previsión, los impuestos que graven el ejercicio de la actividad y sus rendimientos económicos, las rentas del local comercial o profesional utilizado, los suministros de agua, luz, gas, teléfono, fax, internet, la adquisición de material de oficina, las cuotas de comunidad del edificio del que forma parte el local y los salarios de empleados». Por su parte, para GUILARTE GUTIÉRREZ, V (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *op. cit.*, 460-461 la idea de ejercicio ordinario ha de diversificarse en un doble aspecto. Respecto del primero «resulta ejercicio ordinario aquello que, en definitiva, se concreta pecuniariamente en algo que cuantitativamente puede ser asumido por el consorcio sin riesgo alguno para los elementos constitutivos de su patrimonio y muy especialmente de la vivienda familiar». Y respecto del segundo que denomina cualitativo opera en función de cada profesión, arte u oficio, de forma que, «habrá ciertos actos que cualitativamente no encajen en la idea de ejercicio ordinario de tal profesión».

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7482); y, de 22 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9432); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.ª, de 11 de junio de 2015 (*AC* 2016, 1024); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.ª, de 25 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 276262).

⁴⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *op. cit.*, 461.

⁴⁷ REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9666.

⁴⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *La sociedad de gananciales*, *op. cit.*, 466. En esta línea, RAMS ALBERSA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentario a los artículos 1365 a 1374 del Código Civil, *op. cit.*, 410 se refieren a que «se trate de un gasto normal, corriente y cotidiano».

⁴⁹ *RJ* 2017, 2669. Con anterioridad, se pronuncia en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 22).

⁵⁰ TJCE 1991/155. En relación con la primera cuestión prejudicial, la Cour d'Appel de París pregunta si 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 debe ser considerado un consumidor protegido por la Directiva 85/577/CEE se señala al respecto que «17. La Comisión, partidaria de la aplicación de la Directiva en tal supuesto, objeta que el comerciante, cuando recibe una visita a domicilio para la venta de su fondo de comercio, se encuentra en un estado de falta de preparación comparable al que caracteriza al simple consumidor. Por lo tanto, también debería disfrutar de la protección establecida por la Directiva. 18. Esta argumentación no puede acogerse. Lo más lógico, efectivamente, es creer que un co-

merciante, medianamente sagaz, conoce del valor de su fondo y el de cada uno de los actos que necesita su venta, de modo que si contrae un compromiso no puede ser de manera inconsiderada y únicamente bajo el efecto de la sorpresa. 19. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que 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 no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva 85/577».

⁵¹ TJCE 1998/52. Después de señalar que: «22. No obstante, el tenor literal de la Directiva 85/577/CEE, así como del carácter accesorio de la fianza se deriva que, únicamente puede estar comprensiva en el ámbito de aplicación de la Directiva una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de este bienes o servicios. Además, dado que el único objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores, esta solo puede aplicarse a un fiador, si este, con arreglo al primer guion del artículo 2, se ha comprometido con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional», el Tribunal declara que «el primer guion del artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales debe interpretarse en el sentido que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional».

⁵² TJCE 1997/142.

⁵³ TJCE 2005/24.

⁵⁴ TJCE 2015/330.

⁵⁵ TJCE 2015/386.

⁵⁶ TJCE 2016/329. Señala al respecto que: «38. Sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, resulta que, en el momento de la conclusión de los contratos de crédito y de garantía inmobiliaria de 30 de junio de 2009, el Sr. y la Sra. Dumitras no actuaron por razón de vínculos funcionales que tuvieran con Lanca Constructii. Corresponde también al tribunal remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitras, como avalistas hipotecarios de dicha sociedad, actuaron con fines relacionados con su actividad profesional y no haber actuado con tales fines, extraer de ello todas las consecuencias pertinentes para su eventual calificación de «consumidor», en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13. Así ocurriría, en particular, si el Sr. Dumitras al convertirse en avalista hipotecario, hubiera actuado por razón de sus vínculos funcionales con Lanca, lo que incumbe determinar al tribunal remitente. 40. Dadas las circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente».

⁵⁷ 2017/C 213/17.

⁵⁸ RJ 2014, 1467.

⁵⁹ RJ 2014, 2184.

⁶⁰ RJ 2016, 73.

⁶¹ RJ 2017, 22.

⁶² RJ 2017, 2669.

⁶³ RJ 2017, 4017.

⁶⁴ RJ 2017, 4865.

⁶⁵ RJ 2017, 4870.

⁶⁶ JUR 2017, 288350.

⁶⁷ RJ 2014, 3354.

⁶⁸ RJ 2015, 2019.

⁶⁹ RJ 2017, 22.

⁷⁰ RJ 2017, 22. En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4017); de 22 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4865); de 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4870); y 20 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 288350).

⁷¹ *Id.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7134); de 15 de julio de 2005 (RJ 2005, 9237); y, de 12 de junio de 2008 (RJ 2008, 3218).

De considerarlo un acto del ejercicio del comercio, coincidimos con GUILARTE GUTIÉRREZ, C. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, op. cit., 519 que resulta necesario el consentimiento expreso del cónyuge no comerciante, incluso escrito, si el aval es mercantil. Lo cierto es que, en la práctica para evitar cualquier discusión al respecto, el acreedor exigirá que la fianza o el aval sea prestado por ambos cónyuges de forma conjunta sobre la base del artículo 1367 del Código Civil. En esta línea de entender la fianza como un acto de ejercicio ordinario del comercio, MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Navarra. Thomson Reuters Aranzadi,

Si bien, en relación con la fianza prestada por un cónyuge comerciante —que puede ser socio o administrador de la sociedad— en la doctrina y la jurisprudencia también existen otros fundamentos para responsabilizar los bienes gananciales. Así, se considera que la fianza es un acto de ejercicio ordinario de la profesión (art. 1365.2 del Código Civil), pronunciándose en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1990 (RJ 1990, 4740); de 15 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2261); de 28 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7134); y, de 15 de julio de 2005 (RJ 2005, 9237). No obstante, resulta difícil que, la prestación de fianza forme parte de la profesión del cónyuge empresario, habida cuenta de la imposibilidad de una persona física de ser una entidad financiera; también se fundamenta la fianza en ser un acto de explotación regular de los negocios, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2186); de 2 de julio de 1990 (RJ 1990, 5765); o en ser un acto de gestión de gananciales (art. 1365.1 del Código Civil), así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6868); o, en fin, en ser prestada la fianza o el aval en interés o beneficio de la familia, así lo consideran RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentario a los artículos 1362 a 1374, op. cit., 421 y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3616); de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8609); de 12 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3764); de 16 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8950); y, de 28 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7134); asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.^a, de 24 de mayo de 2007 (JUR 2008, 9222).

⁷² STJCE 2005, 24.

⁷³ TJCE 2015, 330. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 del TFUE por la Judecătoria Oradea (Rumanía), mediante resolución de 25 de febrero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014 en el procedimiento entre Ovidiu Costea Horace contra SC Volksbank Rumania S.A. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE.

⁷⁴ TJCE 2015/386. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal de Apelación de Oradea, Rumanía) mediante resolución de 5 de febrero de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de febrero de 2015, en el procedimiento Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România S.A y otros. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE.

⁷⁵ RJ 2015, 1360.

⁷⁶ RJ 2017, 2669.

⁷⁷ *Id.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, de 6 de abril de 2016 (JUR 2016, 105461) tiene por objeto determinar si, al constituirse en garante de la ejecución de las obligaciones de la mercantil «Lelut Ponteraeas S.L. —que había solicitado la apertura de la línea de crédito para el giro o tráfico mercantil—, D. Adriano actuó en el marco de su actividad profesional o con motivo de los vínculos profesionales que pudiera mantener

con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si, por el contrario, actuó con fines de carácter privado. Pues bien, la prueba permite constatar: primero, que D. Adriano intervino como fiador del contrato de apertura de crédito celebrado entre NCG Banco S.A. de un lado y la entidad «Lelut Ponteraeas S.L.» de otro lado; segundo, que los socios de esta última sociedad era D.^a Adelina y D. Argimiro; tercero, que D.^a Adelina era además administradora única de la citada mercantil; cuarto, que D. Adriano no tenía participación en «Lelut Ponteraeas S.L.», ni consta que mantuviese relación laboral con la misma; quinto, que D. Adriano era funcionario; y sexto que, D.^a Belén y D. Adriano eran los progenitores de D. Argimiro. Si el fiador D. Adriano trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro (o ex suegro, según parece) de la otra socia y administradora única de la empresa, por lo que cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que realizaba a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses. En consecuencia, concluye el Auto de la Audiencia que, «D. Adriano actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 8.^a, de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2016, 269261) estima que, cuando los fiadores actuaron al constituir la hipoteca sobre un bien de su propiedad, y otorgar la fianza lo hicieron con un propósito ajeno a su actividad profesional y en tal caso, a los mismos ha de estimarse que les es aplicable la legislación de consumo.

⁷⁸ *RJ* 2014, 5500.

⁷⁹ *RJ* 2015, 3300.

⁸⁰ *JUR* 2017, 287245.