



Roj: **STS 3631/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3631**

Id Cendoj: **28079110012020100560**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2020**

Nº de Recurso: **1408/2018**

Nº de Resolución: **599/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 12289/2017,**
STS 3631/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 599/2020

Fecha de sentencia: 12/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1408/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 15

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1408/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 599/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. **Pedro José Vela Torres**

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Defuserfin Sociedad Cooperativa Estatal de Consumidores y Usuarios, en nombre de sus asociados D. Fabio , D^a Palmira , D.^a Paula y D. Fidel , representada por el procurador D. Robert Roselló Planelles, bajo la dirección letrada de D. Manuel José Forcada Ferrer, contra la sentencia núm. 573/2017, de 22 de diciembre, dictada por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 398/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 753/2015, del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Deutsche Bank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Guillermo Frühbeck Olmedo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Robert Roselló Planelles, en nombre y representación de Defuserfin Sociedad Cooperativa Estatal de Consumidores y Usuarios, interpuso demanda de juicio ordinario contra Deutsche Bank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...]a eliminar de la misma suscrita con Comercial Musa Olesa S.L. en la que aparecen como fiadores personales y solidarios D. Fabio , D^{ña} Palmira , D^{ña}. Paula y D. Fidel la abusiva meritada y subsidiariamente condición general meritada en la presente demanda por no superar los controles de incorporación y transparencia. Todo ello con condena en costas al demandado"

2.- La demanda fue presentada el 30 de julio de 2015 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, se registró con el núm. 753/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Ángel Montero Brusell, en representación de Deutsche Bank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona dictó sentencia de fecha 9 de junio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Debo desestimar y desestimo la demanda que ha dado lugar a la formación de las presentes actuaciones, sin condena en costas"

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios. La representación de Deutsche Bank S.A. presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 398/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por DEFUSERFIN SOCIEDAD COOPERATIVA ESTATAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 9 de junio de 2016, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Robert Roselló Planelles, en representación de Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Infracción del art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios en nombre de sus asociados D. Fabio , D.ª Palmira , D.ª Paula y D. Fidel presentó escrito de interposición del recurso de casación contra la sentencia de 22 de diciembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), en el rollo de apelación n.º 398/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 753/2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 28 de octubre, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 16 de diciembre de 1999, Comercial Musa Olesa S.L. suscribió con Deutsche Bank S.A. una póliza para la negociación de documentos y otras operaciones bancarias con un límite de 30.050 €, que fue ampliado en 2004.

En la operación intervinieron como fiadores solidarios D. Fabio , Dña. Palmira , Dña. Paula y D. Fidel .

2.- Fabio y Paula eran los administradores de la compañía y socios al 50%.

3.- Palmira y Fidel eran los cónyuges, respectivamente, del Sr. Fabio y la Sra. Paula .

4.- En la póliza figuraba la siguiente cláusula:

"Los fiadores, afianzan solidariamente entre sí y respecto del acreditado (Comercial Musa Olesa) todas las obligaciones que en el mismo se contraen por el documento que antecede y en sus mismos términos, plazos y condiciones, con renuncia expresa, en todo caso, en razón a la más completa solidaridad, a los beneficios de orden, excusión y división, respondiendo todos los fiadores y cada uno de ellos por el total de las obligaciones garantizadas. Con especial renuncia a lo dispuesto en el art. 1851 CC, esta fianza se hace extensiva a cualquiera de las prórrogas, renovaciones, novaciones y modificaciones de cualquier tipo, expresas o tácitas, que pudieran producirse en las obligaciones contenidas en esta póliza y que pesan sobre el deudor principal, por lo cual esta fianza se considerará vigente hasta la total extinción de las obligaciones contenidas, directa o indirectamente, en el presente contrato y de cuantas las noven o sustituyan".

5.- Defuserfin (Sociedad Cooperativa Estatal de Consumidores y Usuarios), en nombre de los mencionados fiadores, presentó demanda contra Deutsche Bank S.A., en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusiva de la indicada cláusula de afianzamiento, por la que sus asociados garantizaban solidariamente las deudas derivadas de la póliza.

6.- Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, al considerar que los asociados de la demandante no podían arrogarse la condición y la protección de los consumidores.

7.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la entidad demandante. A los efectos que nos ocupan, negó a los demandantes la cualidad de consumidores, porque dos de los fiadores habían intervenido como administradores de la sociedad deudora y los otros dos eran sus cónyuges, por lo que conocían perfectamente su actividad comercial.

Y para el caso de que pudieran considerarse consumidores, negó la posibilidad de realizar el control de contenido (abusividad) de la cláusula de afianzamiento, puesto que no era una condición general de la contratación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento*

1.- El recurso de casación se formula en un único motivo, en el que denuncia la infracción del art. 1 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega que sus asociados tienen la cualidad de consumidores, puesto que eran fiadores y no beneficiarios de la actividad mercantil afianzada. Cita la jurisprudencia comunitaria contenida en los AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016 y en la STJUE de 3 de septiembre de 2015.

TERCERO.- *Condición legal de consumidor. Vinculación funcional. Pronunciamientos precedentes*

1.- Sobre el problema de la vinculación funcional de los fiadores con el deudor principal, a efectos de su calificación como consumidores, se ha pronunciado ya esta sala en diversas sentencias (594/2017, de 7 de noviembre; 314/2018, de 28 de mayo; 414/2018, de 3 de julio; y 203/2020 y 204/2020, ambas de 28 de mayo). Las cuales, a su vez, se basaban en los pronunciamientos del TJUE en la materia (básicamente, STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Costea*; ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, *Tarcau*; ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, *Dumitras*; y ATJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-535/16, *Bachman*).

2.- De tales resoluciones previas podemos extraer las siguientes reglas:

a) Cuando el fiador es administrador o gerente de la persona jurídica deudora principal no puede tener la condición de consumidor, porque tiene vinculación funcional con dicha persona jurídica y, por tanto, con la operación financiera o crediticia.

b) Si el fiador tiene una participación significativa en la sociedad deudora, también tiene vinculación funcional y no puede ser consumidor.

c) Cuando el fiador es cónyuge en régimen de gananciales del deudor principal, tampoco es consumidor, porque responde de las deudas comunes y puede que participe de los beneficios de la sociedad en forma de dividendos, lo que supone vinculación funcional con la sociedad mercantil.

d) Cuando el fiador persona física no tiene cargo orgánico o societario alguno que le vincule con la sociedad deudora, no tiene una participación significativa en dicha sociedad, no responde de las deudas de su cónyuge en régimen de separación de bienes y no desempeña actividad profesional relacionada con la operación afianzada, sí puede tener la cualidad legal de consumidor.

CUARTO.- Aplicación al caso

1.- Conforme a lo expuesto, los Sres. Fabio y Paula no pueden ser considerados consumidores, puesto que eran administradores y socios al 50% de la sociedad deudora principal. Recuérdese que el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (reiterado posteriormente por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016) estableció como supuestos de vinculación funcional con una sociedad "la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social".

Y en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, en cuanto al concepto de participación significativa a estos efectos, establecimos que:

"Más allá de engorrosas magnitudes puramente numéricas o porcentuales que, además, en nuestro Derecho interno son divergentes según recurramos al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (por ejemplo, art. 151), al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (arts. 174 y 175), o a la Ley Concursal (art. 93.2.1º), lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas (por todas, STJUE de 25 enero de 2018, asunto C-498/16)".

2.- En cuanto a sus cónyuges, hasta ahora no nos habíamos pronunciado sobre supuestos en que el régimen económico matrimonial no fuera el de gananciales, sino el de separación de bienes.

En este caso, los cónyuges estaban casados en régimen de separación legal de bienes conforme a la legislación civil catalana, por lo que resulta de aplicación el art. 232-1 de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (CCC), relativo a la persona y la familia, que establece:

"En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, con los límites establecidos por la ley".

Solo en el caso de que hubieran acordado un pacto de supervivencia, el art. 231-17.1 CCC, prevé que:

"El acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia".

3.- Los arts. 6 a 12 del Código de Comercio (CCom) regulan el régimen económico del matrimonio en el que al menos uno de los cónyuges sea comerciante (empresario). Son normas pensadas para regímenes de comunidad, pero que no se limitan a ellos, ya que algunas pueden aplicarse a regímenes de separación, acordados conforme al Código Civil o a las legislaciones civiles autonómicas. De este modo, la normativa



mercantil se solapa con la normativa civil, con la particularidad en el caso de Comunidades Autónomas con Derecho civil propio de que la legislación mercantil es competencia estatal - art. 149.1.6º CE-.

Según el Tribunal Constitucional, la competencia exclusiva del Estado sobre la "legislación mercantil", entendida como uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado (STC 133/1997, de 16 de julio) y se deriva de la unicidad del orden económico nacional, prevista en la CE.

4.- En lo que se refiere al contenido de esta competencia estatal en materia mercantil, el Tribunal Constitucional afirma que abarca los siguientes aspectos:

(i) la actividad libre del empresario mercantil (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 275/2000, de 16 de noviembre; y 26/2012, de 1 de marzo);

(ii) la condición de comerciante, la capacidad para el ejercicio del comercio (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; y 225/1993, de 8 de julio);

(iii) las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 14/1986, de 31 de enero; 96/1996, de 30 mayo; 133/1997, de 16 de julio; y 26/2012, de 1 de marzo);

(iv) el contenido necesario de los derechos y las obligaciones a que el ejercicio de la actividad de los empresarios puede dar lugar (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 275/2000, de 16 de noviembre; y 26/2012, de 1 de marzo);

(v) el contenido contractual de la operación mercantil (STC 157/2004, de 21 de septiembre);

(vi) las condiciones generales de contratación (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 225/1993, de 8 de julio; y 26/2012, de 1 de marzo);

(vii) las modalidades de contratos, la delimitación de su contenido típico y las condiciones de validez de los contratos privados (SSTC 62/1991, de 22 de marzo);

(viii) el Derecho de sociedades (STC 14/1986, de 31 de enero).

5.- Conforme a esta doctrina constitucional, la competencia estatal exclusiva sobre legislación mercantil ampara la existencia de una normativa estatal sobre régimen económico matrimonial específica cuando uno de los cónyuges es comerciante, pues el concepto constitucional de legislación mercantil incluye la regulación del concepto de comerciante, su capacidad y su régimen de responsabilidad frente a terceros.

De ello, se colige, a los efectos del caso que nos ocupa, que, en primer lugar, se aplican los arts. 6 a 12 CCom, con preferencia a las normas del Código Civil de Cataluña, que serán supletorias del Código de Comercio. No obstante, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales arts. 6 y 9 CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este.

En lo que respecta a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCom, en cuanto que están previstas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales. Cuando el régimen es el de separación de bienes catalán, los bienes en común lo son en comunidad tipo romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio (en cuanto a la mitad indivisa del cónyuge no comerciante) es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, no bastaría el simple conocimiento al que se refiere la Audiencia Provincial, sino que se requeriría consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 11 CCom.

6.- Conforme a todo lo expuesto, a falta de prueba sobre el consentimiento expreso de los cónyuges en separación de bienes para el ejercicio del comercio por sus respectivos cónyuges, no cabe negarles la condición legal de consumidores.

Por lo que respecto de los Sres. Palmira y Fidel debería estimarse el recurso de casación, si bien esta declaración carece de efecto útil, por lo que expondremos a continuación.

7.- En efecto, para que estos fiadores consumidores pudieran beneficiarse de la inoponibilidad de las cláusulas abusivas frente a ellos, sería condición necesaria que la cláusula discutida hubiera sido calificada como abusiva. Sin embargo, la sentencia recurrida (fundamento jurídico tercero, apartado 21) razona que, incluso para el caso de que los fiadores pudieran ser considerados consumidores, el negocio jurídico no era nulo por abusivo. Y ese pronunciamiento ha quedado firme, al no haber sido combatido en el recurso de casación, que únicamente cita como infringido el art. 1 LGDCU, es decir, el reconocimiento o no de la cualidad de consumidor.



8.- Como resultado de todo lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por el mismo, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios contra la sentencia núm. 573/2017, de 22 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), en el Recurso de Apelación núm. 398/2016.

2.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.