

**¿ES CONSUMIDOR EL QUE ADQUIERE UN BIEN CON ÁNIMO DE LUCRO?
LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONTENIDA EN LA
SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2017**

Manuel Jesús Marín López
Centro de Estudios de Consumo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 18 de enero de 2017

1. Supuesto de hecho y solución en primera instancia y apelación

La STS 16/2017, de 16 de enero de 2017 (nº de recurso 2718/2014; ponente D. Pedro José Vela Torres) constituye la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado de manera directa sobre si puede considerarse consumidor, a los efectos de aplicar la normativa protectora de protección de los consumidores, a un sujeto que adquiere un bien al margen de su actividad empresarial o comercial, pero con ánimo de lucro. Se trata, además, de una sentencia de Pleno, por lo que la doctrina sentada en la misma adquiere una especial relevancia.

El proceso tiene su origen en la demanda de nulidad de contrato instada por el comprador de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. En primera instancia la demanda es estimada y se decreta la nulidad de contrato, por haberse pactado un tiempo de duración superior al previsto en la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estima, al considerar que no procede la aplicación de la Ley citada. Entiende la Audiencia que el adquirente del derecho de aprovechamiento por turno no es un consumidor, sino un inversor, que pretendía obtener una rápida rentabilidad de su inversión mediante la reventa del derecho adquirido.

El adquirente interpone recurso de casación, que es resuelto en la STS de 16 de enero de 2017. Son dos las cuestiones que aborda el alto tribunal: si procede la aplicación de la Ley 42/1998, y si puede considerarse consumidor al adquirente aunque tenga ánimo de lucro. Es a este segundo aspecto al que se dedican las páginas que siguen.

2. La doctrina del Tribunal Supremo

En el Fundamento Jurídico 3º de la STS de 16 de enero de 2017, después de analizar el concepto de “adquirente” en la normativa de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, se alude al concepto de consumidor en el art. 3 TRLGDCU, y se exponen las distintas definiciones de consumidor existentes en las Directivas europeas cuyas leyes de transposición se han refundido en el TRLGDCU, en otras Directivas sobre protección de consumidores, y en otros textos internacionales (como en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012).

Pero es el Fundamento Jurídico 4º el que trata la importancia del ánimo de lucro en la definición de consumidor. Bajo la rúbrica de “el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física”, se establece lo siguiente:

“1.- En relación con la controversia litigiosa, 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 10 abril 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 25 octubre 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión.

Además, la redacción del art. 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

2.- A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, 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 sólo 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 el 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 período 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 art. 1.1º CCom .

3.- Desde este punto de vista, no consta que la Sra. Milagrosa realizara habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.

Por lo que este segundo motivo de casación también debe ser estimado”.

3. La solución del TS es correcta: es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro, salvo que lo haga con habitualidad

La cuestión relativa a si el ánimo de lucro excluye la condición del consumidor es una cuestión debatida. La nueva redacción del art. 3 TRLGDCU, producto de la reforma operada en este precepto por la Ley 3/2014, reaviva el debate. Pues la ausencia de ánimo de lucro se requiere en esa norma para que una persona jurídica o un ente sin personalidad pueda considerarse consumidor (art. 3.II TRLGDCU). Sin embargo, no hay una alusión expresa al ánimo de lucro cuando se define al consumidor persona física (art. 3.I TRLGDCU).

En otros lugares ya he tenido la oportunidad de analizar esta cuestión. En el trabajo titulado “El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, nº 9, pp. 13, señalaba que “*la mención a las personas jurídicas no es nueva, pues ya consta en el viejo art. 3 TRLGDCU. Pero en la nueva redacción se añade que han de actuar “sin ánimo de lucro”. Hay que destacar que la ausencia de ánimo de lucro es un presupuesto necesario para la consideración de “consumidor” de una persona jurídica o un ente sin personalidad, pero no para una persona física. En efecto, este requisito*



(negativo) no se requiere en el art. 3.I para la persona física. En consecuencia, la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. El ejemplo típico es el del particular que recibe un préstamo para suscribir acciones cotizables en bolsa, con evidente ánimo de lucro”. En parecidos términos me expresaba en el “Comentario al art. 3”, en M. J. MARÍN LÓPEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 117, al hijo del análisis del concepto de consumidor en el art. 2.1 LCCC, cuya redacción es sustancialmente idéntica al art. 3 TRLGDCU.

Partiendo de estos antecedentes, es evidente que mi opinión sobre la doctrina dictada por el Tribunal Supremo es positiva. En cualquier caso, esta interpretación del art. 3 TRLGDCU cuenta con más seguidores en la doctrina. La han defendido, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, en “Comentario al art. 3”, en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pg. 133; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al art. 3”, en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 68.

Son varios los argumentos a favor de esta tesis. Algunos de ellos, además, han sido expresamente recogidos por el Tribunal Supremo. Son los siguientes.

- a) En primer lugar, el TRLGDCU no exige expresamente la falta de ánimo de lucro como elemento configurador del “consumidor” persona física. Sí se requiere para el consumidor persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, tal y como se advierte del art. 3.II TRLGDCU. Si el art. 3.I TRLGDCU no menciona al ánimo de lucro, a diferencia del art. 3.II, es porque la ausencia de ánimo de lucro no es un requisito para que una persona física pueda ser consumidor.
- b) En segundo lugar, las Directivas europeas no exigen que el consumidor no tenga ánimo de lucro. Exigir ese presupuesto en el derecho español supondría incumplir las Directivas europeas, pues quedaría expulsado de la consideración de consumidor un sujeto que, sin embargo, sí lo es conforme a las Directivas europeas. Tampoco se requiere en otros textos europeos, como los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012, los *Principles of the Existing EC Contract Law*, el Acquis Group, o el borrador del llamado «Marco Común de Referencia», el DCFR de 2009.
- c) Si el ánimo de lucro no es necesario para calificar a un sujeto como empresario conforme al art. 4 TRLGDCU, la falta de ánimo de lucro no ha de ser requisito para considerar a un sujeto como consumidor.

- d) No hay razones que justifiquen la exclusión de normas protectoras del consumidor a aquellos que adquieren un bien, al margen de una actividad empresarial, aunque tengan ánimo de lucro (por ejemplo, el que compra una motocicleta o un jamón para realizar un sorteo con notorio ánimo de lucro, con el fin de obtener dinero para sufragar sus estudios universitarios)
- e) La jurisprudencia del TJUE considera consumidor a particulares que intervienen en el mercado con un claro afán especulativo. Así resulta de las SSTJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto C-350/03) y de 10 de abril de 2008 (asunto C-412/06), mencionada por el Tribunal Supremo.

En todo caso, existe un límite: quien realiza esas actividades con regularidad, en un período corto de tiempo, puede considerarse que lleva a cabo una actividad comercial o profesional. Como afirma la STS, “de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período 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 art. 1.1º CCom”. Poco más que añadir a este razonamiento.

4. Voto particular discrepante

La sentencia contiene un voto particular, emitido por D. Antonio Salas Carceller. Este Magistrado parte de que no es aplicable el TRLGDCU, sino la vieja Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984. En ese texto es consumidor el destinatario final del bien o servicio. Por eso no puede reputarse como tal al que adquiere para revender. En apoyo de esta argumentación añade, además, que El propio TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera en su preámbulo que “el consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito 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...”.

Es cierto que, conforme a la vieja Ley de 1984, hay razones para sostener que el adquirente del derecho no es consumidor. Pero no vale buscar apoyo a esta idea en el Preámbulo del TRLGDCU. Frente a lo que establece el Preámbulo, hay mejores argumentos para entender lo contrario, tanto en el propio art. 3 TRLGDCU como en las Directivas europeas que se transponen al derecho español mediante leyes que luego se refunden en el TRLGDCU.