

LOS TERCEROS GARANTES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES: DEBERES DE INFORMACIÓN Y DE EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA

THE SECURITIES PROVIDED BY THIRD PERSONS IN MORTGAGE CREDITS WITH CONSUMERS: DUTY OF INFORMATION AND DUTY OF CREDITWORTHINESS ASSESSMENT ¹

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO

RESUMEN

El alto nivel de protección que las normas europeas y españolas reguladoras de los préstamos y créditos hipotecarios tratan de dispensar al consumidor o usuario debe extenderse también a los terceros garantes, personales o reales, que pueden intervenir en dichos contratos. En este ámbito deben exigirse dos deberes principales a los prestamistas: el deber de proporcionar información precontractual y contractual y el deber de evaluar la solvencia, como parte importante de un deber de prestar responsablemente (garantías responsables) y como una medida de protección frente al sobreendeudamiento del consumidor.

De cara a la futura transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, es especialmente importante que el legislador español imponga al prestamista la obligación de evaluar la solvencia de los garantes personales y establezca con claridad las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

ABSTRACT

It is necessary to achieve a high level of protection for personal and real securities provided by third persons in mortgage credits with consumers, according to the European and Spanish Law. In this field, two main duties are demanded to the lenders: a duty to provide pre-contractual and contractual standardized information and a duty to assess the creditworthiness, as an important part of a responsible lending (responsible securities) and as a protection against over-indebtedness of the consumers.

It is especially important that the Spanish legislator imposes the duty to assess the creditworthiness for personal securities (contract of guarantee), and clearly establishes the legal consequences of non-compliance in the future transposition of the Directive 2014/17/EU of 4th February 2014.

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D «El desarrollo práctico de la tutela legal de los deudores hipotecarios: Aspectos jurídicos y económicos» (DER2013-48813-C2-2-P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuya investigadora principal es la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera. Asimismo, fue realizado durante una estancia de investigación en la Universidad de Salford (Manchester, UK) y contó con la ayuda para este fin de la Universidad de Málaga, Campus de Excelencia Internacional Andalucía Tech. Agradezco muy especialmente al Dr. Nicolas Kang-Riou, de la Universidad de Salford, toda la ayuda que me prestó para que ello fuera posible y pudiera dar sus frutos.

Palabras clave: *préstamo responsable – préstamo hipotecario – consumidor – garantía personal (fianza) – evaluación de la solvencia – deber de información* **Keywords:** *responsible lending – mortgage credit – consumer – personal security (contract of guarantee) – creditworthiness assessment – duty of information.*

SUMARIO

- I. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS TERCEROS GARANTES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
 1. **Aproximación al problema conforme a la legislación sectorial.**
 2. **La consideración como consumidores de los terceros garantes de préstamos hipotecarios.**
 - 2.1. La posición actual de la jurisprudencia menor.
 - 2.2. ¿Una nueva etapa?: el Auto del TJUE, 6.^a, de 19 de noviembre de 2015 (asunto Tarcau).
 3. **La legitimación pasiva de los terceros garantes en la ejecución hipotecaria.**
 - II. EL DEBER DE EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DE LOS TERCEROS GARANTES CONSUMIDORES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU VINCULACIÓN CON EL DEBER DE INFORMACIÓN.
 1. **El deber de evaluar la solvencia en relación al tipo de garantía prestada.**
 2. **La finalidad de la evaluación de la solvencia de los garantes deudores (y consumidores) y concretos deberes precontractuales de información asociados.**
 3. **Propuestas concretas para una futura transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero.**
 - 3.1. Los modelos de la reforma de 2014 del Código de Consumo de Cataluña y de la Ley 3/2016, de 9 de junio, de Andalucía.
 - III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA EN ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS.
 1. **En caso de falsa, inexacta o incompleta información y documentación aportada por los garantes cuando el contrato de préstamo con garantía personal se haya celebrado.**
 2. **En caso de evaluación negativa, no existir evaluación o resultar ésta positiva por negligencia grave del prestamista, si se celebró el contrato: las principales opciones del legislador.**
 - IV. CONCLUSIONES.
-

I. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS TERCEROS GARANTES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. Aproximación al problema conforme a la legislación sectorial

La crisis económica y financiera desatada en los años 2007-2008 y que todavía sufrimos en España ha hecho aflorar el comportamiento irresponsable –aunque creo que no en la misma medida– de prestamistas (básicamente, entidades de crédito) y prestatarios de préstamos hipotecarios sobre vivienda, así como sus consecuencias en la economía global².

Pero no solamente ha afectado a prestamistas y prestatarios, sino que en la primera línea del problema hemos de situar también a los terceros que, de una u otra forma, garantizaron las obligaciones asumidas por los prestatarios. Y es que podemos decir que España, tradicionalmente, pero de forma más acusada durante los años previos a la actual crisis económica, ha sido un país usualmente «multigarantista» de los derechos del acreedor hipotecario. Viene siendo muy frecuente el reforzamiento de la posición del acreedor hipotecario mediante la técnica de la fianza, y en menor medida, mediante hipoteca constituida por un tercero distinto del deudor.

Las consecuencias económicas para estos garantes las hemos comprobado también durante estos años de crisis económica y se han aproximado mucho a las sufridas por el propio deudor, lo cual es perfectamente lógico si pensamos que en la casi totalidad de los casos el fiador es un fiador universal y solidario, lo que significa que, frente al acreedor, responde de toda la deuda y con todo su patrimonio, esto es, lo mismo que el deudor principal. Por otra parte y aunque el hipotecante por deuda ajena no responde de la deuda con el resto de su patrimonio, en la práctica y en la mayor parte de los casos la cosa hipotecada es su vivienda familiar, es decir, un bien de primera necesidad para él y normalmente el más valioso de todo su patrimonio. Y no hace falta decir que, en ocasiones, se han acumulado ambas técnicas de garantía en la misma o en distintas personas.

En general, dentro de las garantías prestadas por terceros en los préstamos hipotecarios concedidos profesionalmente debemos incluir tanto las de naturaleza personal (típicamente la fianza, tanto civil como mercantil por las razones que luego se dirán, el avalista cambiario, la garantía a primera demanda o primer requerimiento, la cláusula penal prestada por tercero o el contrato de seguro en garantía de obligaciones asumidas por terceros, como el seguro de caución) como las reales (el hipotecante por deuda ajena, hipotecante no deudor o «fiador real», que es la terminología más frecuentemente

(2) El propio considerando 3 de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial es tajante: «*La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero*».

La doctrina ha puesto de manifiesto algunas de las prácticas irresponsables de las entidades financieras en relación a los préstamos hipotecarios: ZUNZUNEGUI, F., «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades financieras», *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 35 y ss.; NASARRE AZNAR, S., «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», *RCDI*, núm. 727, 2011, pp. 2665 y ss.

utilizada, así como el pignorante de cosa mueble, típicamente un crédito, en garantía del derecho del acreedor hipotecario, también pignoraticio).

En esta situación cabría esperar que las normas reguladoras de los préstamos hipotecarios –al menos, las más modernas aprobadas– tomaran en consideración la importante posición jurídica que en estas operaciones crediticias ocupan los terceros garantes, a fin de imponer a los prestamistas unas obligaciones respecto a los mismos semejantes o muy parecidas a las exigidas respecto al deudor principal. Estamos pensando básicamente en obligaciones precontractuales o contractuales de información y de evaluación de la solvencia de los garantes.

Parece razonable que un préstamo hipotecario –responsable, según la moderna terminología³– que ha de incluir a unos garantes que ocupan una posición de primer nivel en el mismo, deba cumplir unos estándares de calidad y corrección también respecto a éstos. Pues bien, ¿qué establecen al respecto las modernas normas, generales o sectoriales? ¿cuál es la posición jurídica que ocupan los terceros garantes en las mismas?

Para empezar, la determinación de los destinatarios de las obligaciones impuestas a los prestamistas en las principales normas jurídicas referidas al préstamo responsable en general, sea o no hipotecario, (más allá de la determinación del ámbito subjetivo de aplicación⁴) no resulta fácil. Veamos algunas normas de muy distinta naturaleza por orden cronológico:

– La Directiva 2008/48/CE, de abril, de crédito al consumo, resulta aplicable a las personas físicas consumidores, pero en realidad los destinatarios de los deberes de información y evaluación son claramente los prestatarios (evidente y lógico en el caso del llamado test de adecuación o idoneidad del préstamo), como se deriva de sus arts. 4 a 9.

– El art 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (en adelante LES), también dirige la obligación de evaluación de la solvencia exclusivamente hacia los potenciales prestatarios personales (usuarios de servicios financieros).

– La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante LCC) se sitúa lógicamente en la misma línea de la Directiva focalizando toda la atención en los prestatarios (personales) consumidores, desde la oferta vinculante hasta la celebración del contrato. Es significativo el art. 10.3-n, que incluye entre la informa-

(3) Parece claro que se trata de un término político en su origen: MAK, V., «What is responsible lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *Journal of Consumer Policy*, 2015, Vol. 38-4, p. 413.

(4) Sobre los diferentes ámbitos de aplicación de las normas relevantes al respecto: DE LA PEÑA, L./LÓPEZ-FRÍAS, J., «Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento», *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 55 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», en PRATS ALBENTOSA/CUENA CASAS (Coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 212 y ss.

ción previa al contrato que el prestamista ha de facilitar «*cuando proceda, las garantías exigibles*», lo que demuestra a las claras que el prestatario es el único destinatario.

– La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, resulta aplicable a clientes y potenciales clientes personas físicas, lo que permite sin duda incluir a los garantes. Sin embargo y descendiendo a normas concretas, el Capítulo II del Título III (arts. 19 y ss.), que resulta aplicable específicamente a los créditos y préstamos hipotecarios celebrados con personas físicas «*en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir* » (art. 19.1)⁵, de nuevo está pensando exclusivamente en los prestatarios, lo cual es muy claro en todas las cuestiones tratadas en dicho capítulo, desde la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), la Ficha de Información Personalizada (FIPER), la oferta vinculante o la información sobre cláusulas, tipos de interés u otros aspectos.

– Paradójicamente, es en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, donde encontramos las normas más interesantes que pueden resultar aplicables a los terceros garantes. En particular, la norma quinta (explicaciones adecuadas y deber de diligencia), en cuyo apartado 1, párrafo tercero, puede leerse (negrita nuestra):

«En los supuestos en que, en dichas operaciones de préstamo o de crédito, se contemple la existencia de avalistas, estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

– Por último, hemos de mencionar lógicamente la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, siempre que estén garantizados con hipoteca u otra garantía equivalente respecto a bienes inmuebles de uso residencial.

Esta norma, específicamente reguladora de los créditos (en un sentido amplio) garantizados con hipoteca u otra garantía equivalente, hace girar las obligaciones que han de imponerse al prestamista alrededor de los conceptos de «prestatario» y «consumidor», o bien, se expresa en términos muy genéricos.

Por ejemplo, la definición que hace el núm. 17 del art. 4 de «evaluación de la solvencia» es: «*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito* », lo que permitiría, sin duda, englobar también a los garantes como destinatarios de esta específica obligación de evaluación, y lo mismo ocurre cuando el art. 18 regula en concreto dicha obligación bajo la rúbrica «obligación de evaluar la solvencia del *consumidor* », lo que permitiría entender incluidos tanto a los prestatarios como a los terceros garantes que efectiva-

(5) Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma *vid.* BARRAL VIÑALS, I., «El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamos hipotecarios», en LAUROBA LACASA (Dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 477-478.

mente tengan la consideración de consumidores (así también los arts. 7 y 14, entre otros).

Sin embargo, cuando se regulan específicas cuestiones nos damos cuenta de que el término «consumidor» es utilizado como sinónimo de «prestatario». Así ocurre, por ejemplo, cuando se establece que los Estados se asegurarán de que el prestamista no pueda anular o modificar posteriormente el contrato, en detrimento del consumidor, debido a que la evaluación no se realizó correctamente (art. 18.4), cuando se establece que solamente pueda ponerse el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación es positivo (art. 18.5-a), y lo mismo respecto a las obligación de informar al consumidor en caso de denegación del crédito (art. 18.5-c).

En conclusión, a nivel legislativo y en unas normas que se suponen modernas y destinadas a la regulación de un préstamo responsable (hipotecario o no), lo único que hemos encontrado es una referencia en una circular del Banco de España a la obligación (precontractual) del prestamista de informar detalladamente a los avalistas (y sólo a los avalistas), cuando éstos concurren, del contenido de las obligaciones y responsabilidades que asuman en dicho préstamo. Y nada sobre la evaluación de la solvencia de los mismos.

2. La consideración como consumidores de los terceros garantes de préstamos hipotecarios

2.1. La posición actual de la jurisprudencia menor

Nada específico establece tampoco el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), sobre los criterios aplicables para determinar la consideración o no como consumidores de los terceros que garantizan una deuda ajena, lo que parece una simple e implícita remisión al concepto de consumidor de su art. 3 sin más. En realidad, el TR sigue la línea de la normativa sectorial que antes se ha mencionado y prescinde de establecer previsiones concretas para estos garantes, que más allá de su inclusión como destinatarios de los deberes de información del empresario frente a todo consumidor, únicamente cuentan con una alusión genérica en el art. 88 en materia de cláusulas abusivas sobre garantías (cualquier garantía, en principio) que sean desproporcionadas al riesgo asumido; y precisamente para establecer que *«se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica»*.

¿Por qué ocurre esto también en el TRLGDCU ? Creemos que porque, sencillamente, el TR está pensando en un consumidor que recibe un bien o un servicio de un empresario y que paga un precio a cambio, pero no está pensado en quien se ha obligado sin obtener directamente contraprestación alguna del empresario, que es el caso de los terceros garantes, porque su posición en el contrato es muy diferente a la del contratante principal. Y esto es especialmente grave para ellos: los garantes difícilmente pueden negociar con el proveedor del bien o prestador del servicio porque ellos no asumen, como

deudores principales, la obligación de pago del precio pactado ni reciben contraprestación alguna del empresario (al menos directamente); en otras palabras, no participan normalmente en el establecimiento del equilibrio contractual, con independencia de que el contrato principal lo sea por negociación o lo sea por adhesión.

Aunque el contrato que finalmente se celebre entre prestamista y prestatario sea también un contrato de adhesión, lo cierto es que el prestatario podrá elegir entre las distintas ofertas cerradas de los distintos empresarios, con un mayor o menor margen de maniobra; por ejemplo, podrá acordar mantener un determinado nivel de vinculación con el prestamista, lo que repercutirá directamente en las condiciones del contrato, o podrá ofrecer mayores o menores (y más o menos seguras) garantías a fin de obtener una determinada cuantía o en unas determinadas condiciones.

Pero lo cierto es que, en general y tratándose de consumidores, la obligación asumida por los garantes lo será respecto a un contrato principal en cuya formación en absoluto han participado. Pensemos, por ejemplo, en los contratos de fianza o hipoteca prestadas por cónyuges, parejas, familiares u otras personas igualmente cercanas al deudor principal. Muy diferente suele ser la posición de muchos garantes empresarios que mantienen fuertes vínculos con el prestatario, lo que puede incluso llegar a limitar o excluir un hipotético derecho de reembolso entre ellos cuando el préstamo lo haya sido en interés de ambos o incluso en interés exclusivo del propio garante.

Por esto es tan importante determinar bajo qué condiciones o conforme a qué criterios tienen estos terceros garantes la consideración de consumidores, para acto seguido concretar en los distintos ámbitos de interés la protección jurídica que como tales merecen. Para ello pensamos que resulta de interés, como punto de partida, constatar la posición adoptada al respecto –de forma casi unánime– por la jurisprudencia menor y referida habitualmente a procesos declarativos o de ejecución derivados de préstamos personales o pólizas de crédito garantizadas por fiadores solidarios, siendo más inusual que la cuestión se plantee en la ejecución hipotecaria, por las razones que después se dirán.

Pues bien, la idea asentada en esta jurisprudencia menor es la existencia de un «régimen jurídico único e inescindible» (palabras literales del AAP de Madrid, 14.^a, de 31 de enero de 2012; Ar. 95125) entre el contrato principal de préstamo y la garantía (fianza solidaria normalmente), de manera que conforme al principio de accesoriedad de la garantía (art. 1824 CC) la posición del fiador queda determinada objetivamente y sigue al contrato principal⁶, sin atender al criterio subjetivo consistente en analizar si el garante interviene como consecuencia del ejercicio de una actividad comercial, empresarial o profesional o fuera de ella, que sería lo lógico conforme a los arts. 3 y 4 de TRLGDCU, porque esta jurisprudencia entiende que no resulta *«admisibile que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas, según la*

(6) Es también el criterio del art. 439 del Código de Comercio, según el cual *«será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante»*.

condición de los obligados (deudor principal o fiador)» (SAP de Madrid, 12.^a, de 14 de marzo de 2013; Ar. 156399).

Son muy claras, por ejemplo, las palabras del AAP de Barcelona, 13.^a, de 26 de marzo de 2015 (Ar. 160635), sobre la posición de los fiadores solidarios en un préstamo hipotecario (negrita nuestra):

«Por otra parte y en relación a los fiadores solidarios (contra quienes no se ha despachado ejecución en el presente procedimiento), conviene recordar que su condición es accesoria al contrato principal, de modo que su situación sigue el carácter de éste y no supone una alteración de la naturaleza del negocio del que es accesorio. Es decir, en el momento en que una persona se introduce como responsable solidaria en un negocio de carácter mercantil al que no resulta de aplicación la normativa de protección al consumidor, el fiador solidario entra a formar parte del mismo, sin que en ese momento goce de la condición de consumidor ».

También la SAP de Pontevedra, 3.^a, de 17 de junio de 2015 (Ar. 175531), en un préstamo personal:

«En todo caso, partiendo del indudable acierto de lo decidido en la instancia y conviniendo en la imposibilidad de aplicación de la normativa de consumidores a los particulares codemandados, por las palmarias razones recogidas en la resolución recurrida, hemos de abundar en las mismas recordando que el concepto o noción de consumidor no se corresponde con un criterio subjetivo en relación a la actividad personal o profesional habitual del particular sino que se define en razón de la posición que venga a ostentar en la relación contractual o vínculo al que se refiere la controversia, de acuerdo con la naturaleza de aquélla y la causa o finalidad de la contratación, la que ha de ser con destino o finalidad de Consumo privado para que pueda calificarse al contratante o adquirente de consumidor ».

Se prescinde así, una vez afirmada la naturaleza mercantil del contrato principal, de analizar la situación subjetiva o particular de los fiadores –que en ocasiones es claro que tampoco actúan como consumidores, como el caso del AAP de Sevilla, 5.^a, de 10 de noviembre de 2014 (Ar. 369) (uno de los fiadores era la administradora única de la sociedad prestataria y, junto al otro fiador, eran titulares de la nave hipotecada también en garantía)– pero no se entra a analizar esta cuestión separadamente del carácter mercantil del contrato principal. Pueden citarse muchos ejemplos referidos tanto a préstamos personales: SAP de Castellón, 3.^a, de 30 de diciembre de 2013 (Ar. 77936), SAP de Valencia, 9.^a, de 15 de enero de 2014 (Ar. 105762), y AAP de Castellón, 3.^a, de 18 de septiembre de 2014 (Ar. 52957), como a hipotecarios: AAP de Sevilla, 5.^a, de 27 de febrero de 2015 (Ar. 129431).

2.2. ¿Una nueva etapa?: el Auto del TJUE, 6.^a, de 19 de noviembre de 2015 (asunto Tarcau)

Se trata de un importante Auto del TJUE que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de apelación rumano y que trata de establecer cómo han de ser interpretados los arts. 1.1 y 2, letra b), de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril,

sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, respecto a aquellos contratos en que se otorga por un tercero una garantía, personal o real, en un contrato principal de carácter mercantil; en particular, la interpretación en tales casos de la definición de consumidor contenida en la misma, como «*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*».

Resumidamente, un banco rumano había celebrado un contrato de crédito con una empresa mercantil en 2008, que es ampliado al año siguiente. Para garantizar esta ampliación, los padres del socio único y gerente de la mercantil constituyeron una hipoteca y un contrato de fianza, pero posteriormente inician un proceso judicial en el que solicitan la nulidad de la ampliación y de las garantías, o subsidiariamente, la nulidad de algunas cláusulas concretas que debían reputarse abusivas. En primera instancia (en 2014) el tribunal consideró que los demandantes no ostentaban la condición de consumidores, pues el contrato principal no se refería a un bien o servicio prestado a un consumidor y los contratos de garantía debían considerarse como un accesorio del mismo y seguir su régimen jurídico.

Apelada esta sentencia, el tribunal de apelación planteó al TJUE una cuestión prejudicial con dos preguntas: la primera, si el concepto de consumidor establecido en el art. 2 letra b) de la Directiva debe interpretarse como excluyente para quienes firman un contrato accesorio de fianza o garantía respecto a un contrato mercantil, cuando los garantes personas físicas carecen de relación con la actividad de la sociedad mercantil y actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional; la segunda, relativa a si deben también entenderse incluidos en el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la Directiva los contratos accesorios (como los de garantía aquí considerados) a otro contrato principal que tenga por objeto la venta de bienes o la prestación de servicios entre empresarios y consumidores.

Respecto a esta segunda cuestión, el TJUE considera que el ámbito de aplicación de la Directiva no viene determinado por el objeto de contrato (esto es, no distingue entre tipos concretos de contratos), sino que se define atendiendo a la condición de los contratantes (si actúan o no en el marco de una actividad profesional), de manera que se aplica a cualesquiera celebrados entre empresarios y consumidores que no hayan sido negociados individualmente⁷. En consecuencia y en relación a la primera cuestión, considera que el concepto de consumidor tiene un carácter objetivo que debe apreciarse siguiendo un criterio funcional consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe o no en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una

(7) En el Derecho de Inglaterra y Gales se admite la aplicación de la normativa europea (la Directiva 93/13/CEE) y nacional (Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999) de consumidores a los contratos de garantía desde *Barclays Bank plc v. Kufner* ([2008], EWHC 2319, Comm), pero la doctrina suele ser bastante crítica con ello: FURMSTON, M./CHUAH, J., *Commercial and Consumer Law*, Pearson Education Limited, 2010, pp. 42-45; DEVENNEY, J./KENNY, M., «Unfair terms, surety transactions and european harmonisation: a crucible of europeanised Private Law?», *Conveyancer and Property Lawyer*, 2009, Vol. 73, pp. 295-308.

profesión (sentencia Costea, C-110/14, apartado 21), para terminar sentando en los apartados 28 a 30 la siguiente doctrina (negrita nuestra):

«28 Corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, apartados 22 y 23).

*29 De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, **corresponde al juez nacional 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 si actuó con fines de carácter privado.***

30 Dadas estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

Este Auto plantea múltiples y complicadas cuestiones jurídicas. Para empezar, establece que corresponde al juez nacional determinar en estos casos si el garante actúa en el ejercicio de una actividad profesional o por «razón de los vínculos funcionales» que mantiene con la entidad mercantil (por ser gerente de ella o por tener en ella una «participación significativa»), en cuyo caso no sería considerado consumidor, estableciendo unos conceptos jurídicos indeterminados («vínculos funcionales» y «participación significativa») que no han sido concretados en la Directiva ni en la jurisprudencia anterior del propio Tribunal.

Esta cuestión no afectaba al caso concreto, donde era indudable la condición de consumidores de los garantes, ajenos a toda actividad y relación con la mercantil, pero abre múltiples interrogantes en casos futuros, en los que sí sea relevante determinar cuándo existen tales vínculos. Se duda si tales vínculos funcionales pueden afirmarse respecto a cualquier administrador, y en relación a los socios que no tengan la consideración de administradores resulta dudoso el porcentaje mínimo (y respecto a qué tipo de sociedad) exigible para que la participación haya de tener la consideración de significativa. Por otro lado está la duda de su extensión a otras personas vinculadas con la sociedad, pero que no participan ni en su administración ni en su capital social.

Por otra parte y en lo que ahora nos interesa, lo único que parece meridianamente claro es que deberá desecharse a partir de este Auto ese automatismo basado en el principio de accesoriedad de la garantía, que consideraba a estos efectos al contrato principal y a la garantía como un todo unitario y que tan cómodo resultaba a nuestros

jueces y tribunales para resolver estas cuestiones, obviando que el contrato de garantía se celebra generalmente entre personas distintas al contrato principal. Este había sido también el criterio adoptado por la STJCE, 5.^a, de 17 de marzo de 1998 (Ar. 92; asunto *Bayerische Hypotheken und Wechselbann AG c. Edgar Dietzinger*), respecto a la aplicación de la Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

En este caso, un empresario había recibido un préstamo bancario para su actividad y su hijo había prestado fianza hasta una determinada cantidad, quedando claro que el fiador no actuaba en el marco de actividad profesional alguna. El TJCE entendió que aquella Directiva no limitaba su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios fueran destinados al consumo privado (apartado 18)⁸. Pero, a diferencia del criterio sostenido ahora por la sentencia de 2015, el TJCE aplicó el principio de accesoriedad para llegar a la conclusión de que «*el 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*» (apartado 23).

En cualquier caso y a partir de ahora habrá que, a estos efectos, realizar un análisis separado respecto a prestatarios y garantes a fin de determinar si concurre en cada uno de ellos y de forma independiente la condición de consumidor o no, lo cual podrá llegar a plantear situaciones absolutamente endiabladas en un mismo proceso, pues podrá tenerse por abusiva una cláusula respecto, por ejemplo, al fiador consumidor y tenerse por válida la misma cláusula respecto al prestatario empresario (y es de suponer que también al revés: la condición de consumidor puede recaer sobre el prestatario y no sobre el garante).

Esto puede imaginarse, por ejemplo, respecto a una cláusula de intereses moratorios o una cláusula suelo, por poner ejemplos fáciles, de manera que cabe pensar en una condena judicial (y en una ejecución) en cuantía diferente para el empresario prestatario y para el garante consumidor, o incluso que el contrato en su totalidad (o el proceso de ejecución mismo instado a consecuencia del vencimiento anticipado) sea válido y eficaz para el primero y nulo o ineficaz para el segundo (al fin y al cabo el préstamo puede existir sin la garantía), pero habrá casos ciertamente enrevesados. Por ejemplo, las cláusulas sobre competencia territorial, sobre sumisión a arbitraje o sobre derecho aplicable, que podrán ser válidas respecto a uno y nulas respecto a otro, en cuyo caso y dada la incompatibilidad de soluciones, habrá que encontrar criterios de resolución de conflictos que conlleven un tratamiento unitario de la cuestión, aun a costa de «extender» la protección dispensada por la ley al consumidor a quien no lo

(8) El mismo criterio había establecido con anterioridad el TJUE en relación a la Directiva 1993/13/CE en dos casos citados por la sentencia, 6.^a, de 19 de noviembre de 2015 (Ar. 386): la sentencia, 1.^a, de 30 de mayo de 2013 (Ar. 145; asunto *Asbeek Bruisse y de Man Garabito*, apartado 30) y la sentencia, 9.^a, de 15 de enero de 2015 (Ar. 5; asunto *Siba*, apartado 21).

es, precisamente como única vía para proteger a éste de conformidad con la Directiva. Probablemente de la misma forma habrá de procederse cuando, existiendo varios garantes (así, varios fiadores), unos ostenten la condición de consumidores y otros no. Y estos mismos criterios es de suponer que habrán de extenderse también a las relaciones internas entre los cofiadores, cuando unos hayan de reputarse consumidores y otros no.

No obstante y pensando ahora en los préstamos hipotecarios y en la ejecución hipotecaria, los problemas son fáciles de adivinar también: por ejemplo y asumiendo esa que parece posición mayoritaria de nuestras AAPP que no reconocen legitimación pasiva a los garantes personales en este proceso –normalmente, a instancia de éstos precisamente, que rechazan su legitimación–, ¿deberían los jueces, en el mismo procedimiento de ejecución y actuando de oficio, apreciar la abusividad de aquellas cláusulas que perjudiquen a estos garantes que sean, sin duda, consumidores y puedan después verse afectados por una ejecución por la cantidad que falte conforme al art. 579 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante LEC)?, ¿podrán los garantes personales oponerse por estos motivos al despacho de ejecución contra ellos en este caso y conforme a este precepto, o deberán oponer estas cuestiones en el proceso declarativo correspondiente?

Lo cierto es que esta es una nueva y buena razón para admitir a los garantes personales en el proceso de ejecución hipotecaria, al menos cuando éstos estén interesados en ello, dado que su intervención puede determinar el fundamento de la ejecución (así, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado) o la cantidad exigible (por ejemplo, una cláusula suelo o la de intereses moratorios) sobre la base de la existencia de cláusulas abusivas (art. 695.1.4.^a LEC), y pueda entonces procederse conforme al apartado 2 de dicho precepto.

El art. 579 LEC había planteado este problema en aquellos casos en los que los ejecutados consumidores (deudores, hipotecantes no deudores y terceros poseedores) frente a los que se había despachado ejecución no se personaban en el proceso judicial (rebeldía), o personándose no alegaban la existencia de cláusulas abusivas o de algunas de ellas. Pero ahora también se planteará el problema cuando los ejecutados no puedan alegar estos motivos de oposición precisamente por carecer de la consideración de consumidores, resultado perjudicados los garantes (no ejecutados) que sean consumidores.

La otra opción para los garantes consumidores debe ser la de poder formular oposición frente al auto que despache ejecución por la cantidad que falte (art. 579 LEC), una vez que haya concluido el proceso de ejecución hipotecaria, conforme a la causa de oposición establecida en el art. 557.1.7.^a, pues el propio art. 579.1 señala que en ese caso «*la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*». Por último, claro está, los garantes tienen a su disposición el proceso declarativo que corresponda, que podrán iniciarlo con anterioridad al proceso de eje-

cución o una vez terminado éste, aunque deben tenerse en cuenta algunas cuestiones relativas a la cosa juzgada en este último caso⁹.

El tema de la legitimación debe analizarse con más detenimiento.

3. La legitimación pasiva de los terceros garantes en la ejecución hipotecaria

La que creemos posición actualmente mayoritaria en nuestras AAPP es la que sostiene que, conforme a la redacción dada al art. 579 LEC por el art. 4, apartado 30, de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (mantenida como apartado 1 por la Ley 1/2013, de 14 de mayo), los terceros garantes que no tengan la consideración de deudores (así, hipotecantes no deudores o terceros poseedores de la finca hipotecada) carecen de legitimación pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria¹⁰. Se trata de un resultado interpretativo que combina una interpretación literal de los arts. 685.1 y 686 LEC y una sistemática de los arts. 538 y 555.4 de la misma ley.

Y lo cierto y llamativo es que esta doctrina ha sido sentada básicamente a instancia de los propios garantes personales (casi siempre fiadores) y en su propio interés, que alegan esta falta de legitimación pasiva para oponerse a la demanda ejecutiva formulada por el acreedor frente a ellos. Pueden citarse al respecto, entre otros muchos, los AAP de Santa Cruz de Tenerife, 3.^a, de 28 de septiembre de 2011 (Ar. 381078), de Castellón, 3.^a, de 30 de enero de 2014 (Ar. 2015\9873), de Valencia, 9.^a, de 23 de julio de 2014 (Ar. 51806), de Girona, 1.^a, de 23 de enero de 2015 (Ar. 158), de Almería, 2.^a, de 12 de marzo de 2015 (Ar. 173993) y de Barcelona, 19.^a, de 13 de mayo de 2015 (Ar. 164768), e incluso cuando siendo varios los fiadores solamente uno de ellos opone su falta de legitimación (AAP de Granada, 3.^a, de 7 de octubre de 2010; Ar. 71743), sin que falten casos en los que se inadmite de oficio la demanda contra los fiadores solidarios por este motivo (AAP de Madrid, 25.^a, de 13 de septiembre de 2013; Ar. 2184).

(9) *Vid. al respecto GIMENO SENDRA, J. V., «Las cláusulas abusivas», La Ley, 2013-3, pp. 1345-1346; CRUZ GALLARDO, B., Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre consumidores. Práctica registral y procesal, La Ley, Madrid, 2014, pp. 815 y ss.*

(10) La doctrina mayoritaria se muestra decididamente en contra de la legitimación pasiva de avalistas o fiadores en este proceso: MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 524-526, con cita de abundante jurisprudencia de las AAPP anterior a la reforma del art. 579 LEC por la Ley 37/2011, pues en opinión de este autor «quien no puede ser parte pasiva en el proceso de ejecución es el mero avalista o fiador solidario del deudor, pues contra éste no cabe ejercitar una «pretensión real»» (p. 524); ADÁN DOMÉNECH, F., «La práctica forense de la ejecución hipotecaria. Respuestas a sus principales problemas de aplicación», *RDBB*, núm. 114, 2009, pp. 172-173; de la misma opinión parece DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Hipoteca de vivienda y otras hipotecas desde la perspectiva bancaria», en LAUROBA LACASA, *Garantías reales...*, *cit.*, pp. 291-295, aunque centrado en el tema de la legitimación de los fiadores en el posterior proceso de ejecución ordinaria por la cantidad que falte, conforme al art. 579 LEC, lo mismo que CRUZ GALLARDO, *Principios hipotecarios...*, *cit.*, p. 458, y que después tampoco cita a los garantes personales como legitimados pasivamente (pp. 485 y ss.).

A favor de la legitimación pasiva de los fiadores en la ejecución hipotecaria: PASCUAL BROTONS, C., *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Reus, Madrid, 2015, pp. 55-56 y 89 y ss.

Resulta también curioso que cuando se admite a los fiadores en el proceso de ejecución hipotecaria es porque les interesaba participar y oponer la existencia de cláusulas abusivas. Así ocurrió en el AAP de Barcelona 4.^a, de 11 de diciembre de 2015 (Ar. 16452), donde la demanda ejecutiva había sido dirigida por el acreedor ejecutante también frente a los fiadores, pero solo a los efectos del art. 579 LEC (esto es, para notificarles la demanda ejecutiva a fin de poder proceder después contra ellos, como exige ahora el apartado 5 del art. 685, introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio), lo que es aprovechado por los fiadores para entender que, habiendo sido demandados y siendo terceros interesados (art. 13 LEC), cuentan con legitimación pasiva para intervenir en el proceso y oponer excepciones, opinión que fue compartida por el tribunal.

En este caso la intervención de los fiadores fue decisiva para el resultado final, pues estos habían alegado, entre otros extremos, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que había sido pactada en caso de impago de una sola cuota del préstamo. La AP entendió que, con independencia de que en la práctica se haya dejado acumular el impago de tres o más plazos mensuales (art. 693.1, tras su reforma por la Ley 19/2015, de 13 de julio), su abusividad debía ser apreciada a la fecha de la celebración del contrato, de acuerdo con el reciente Auto del TJUE, 6.^a, de 11 de junio de 2015 (Ar. 224; asunto *Genil y CHGV c. Bankinter y BBVA*), por lo que el tribunal declaró abusiva la cláusula y ordenó el sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria.

Queda pendiente la posible intervención *motu proprio* de los fiadores cuando no sean demandados pero tengan interés en su intervención en el proceso de ejecución hipotecaria por tener un interés directo y legítimo conforme al art. 13 LEC (obviamente, parece que ello concurre en los fiadores), cuestión apuntada por la anterior resolución y también por el ya citado AAP de Girona, 1.^a, de 23 de enero de 2015 (Ar. 158).

En definitiva y a tenor de las anteriores resoluciones judiciales, parece que los garantes personales (fiadores) podrán optar entre intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria, bien porque son demandados bien porque provocan su propia intervención conforme al art. 13 LEC, u oponerse al auto que despache ejecución contra ellos por la cantidad que falte conforme a las normas del proceso de ejecución ordinaria (art. 579 LEC), sin perjuicio siempre de iniciar un proceso declarativo ordinario que por cuantía corresponda.

II. EL DEBER DE EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DE LOS TERCEROS GARANTES CONSUMIDORES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y SU VINCULACIÓN CON EL DEBER DE INFORMACIÓN

1. El deber de evaluar la solvencia en relación al tipo de garantía prestada

La evaluación de la solvencia es un aspecto central del préstamo responsable (*duty of responsible lending*). Como dice el considerando 3 de la Directiva de 2014: «La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero». Y un préstamo responsable debe tener, como uno de sus pilares básicos, una profesional

evaluación de la solvencia, como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento privado y garantía de la estabilidad del sistema financiero¹¹.

Creo que la que parece perspectiva anglosajona es más exacta: es un deber de prestar responsablemente, de manera que debería subrayarse este deber que recae sobre el prestamista, más incluso que el deber del prestatario de pedir prestado responsablemente: «*Ante el vicio de pedir, la virtud (deber) de no prestar*».

Y la Directiva de 2014 es perfectamente consciente de la «tentación» en la que pueden caer –en la que, de hecho, han caído– los prestamistas de tener muy presente las garantías otorgadas (tanto por el deudor como por terceros) como una variable importante a efectos de juzgar suficiente la solvencia del prestatario. En este sentido se inserta la advertencia del considerando 57 de la misma, cuando afirma (negrita nuestra):

«(57) La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo. Los Estados miembros deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia. No obstante, el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito ».

Se está aludiendo claramente a una extendida práctica bancaria, muy española al menos, consistente en conceder préstamos o créditos a quienes dudosamente podrían estar en condiciones de devolverlos con posterioridad, siempre y cuando dichas lagunas o dudas sobre la solvencia fueran suplidas mediante las garantías prestadas por terceros, bien fiadores solidarios, bien hipotecantes por deuda ajena (o pignorantes), bien acumulando ambas técnicas de garantía. De esta forma y como dice la Directiva, la capacidad del prestamista de transferir a terceros parte del riesgo crediticio se convertía en un elemento clave a la hora de evaluar la solvencia del prestatario.

Pero es que el fallo de esta forma de proceder era doble: por un lado y como venimos diciendo, suplir las serias dudas sobre la solvencia de los prestatarios con la aceptación de una o varias garantías adicionales de terceros; pero por otro lado y de forma muy grave también, esta práctica venía acompañada de una excesiva ligereza en la evaluación de la solvencia de los garantes. Por ejemplo, en el caso de los fiadores (siempre solidarios) era práctica habitual solicitar de éstos, como mucho, las tres últimas nóminas, la declaración del impuesto (renta o sociedades) del último año y una declaración de bienes, cuyo valor en muchos de los casos era atribuido por el propio

(11) CUENA CASAS, M., «Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales», *RDCP*, núm. 20, 2014, p. 164.

fiador y aceptado por la entidad prestamista sin problemas (sin conocer la valoración real, la titularidad cierta, otros compromisos de pago previos, ciertas situaciones familiares, etc.).

En estas condiciones y si el deudor principal resultaba finalmente insolvente, este riesgo se hacía recaer directamente y en un plano de igualdad (porque habitualmente respondían solidariamente) sobre los fiadores, que habrían de soportar (tanto en las relaciones externas como en las internas) el riesgo derivado de este tipo de préstamos o créditos.

Y es que los fiadores (normalmente solidarios y por el total de la deuda) ocupan en la estructura contractual y económica del contrato normalmente la misma posición que el prestatario o deudor principal del mismo, quedando expuestos a la acción del prestamista en las mismas condiciones que el deudor principal, y sufriendo las consecuencias de la posible insolvencia del prestatario en las relaciones internas. La pregunta ahora sería: siendo así, ¿no es razonable exigir al prestamista, al menos, el mismo rigor en la evaluación de los fiadores que el exigido respecto al prestatario?

Y lo mismo creemos extensible a cualquier otra forma de garantía personal en la que el garante sea deudor, aunque lo sea de forma no accesoria (garantía a primera demanda), de forma subsidiaria (con beneficio de orden o excusión), aunque lo haga de solo una parte de la deuda (se obligó a menos que el deudor principal) o de forma no solidaria con otros garantes (con beneficio de división).

La cuestión creemos que debe enfocarse de forma diferente en el caso de hipotecantes no deudores (o pignorantes por deuda ajena), habida cuenta de que no se trata de deudores, sino que simplemente responden o garantizan con un bien de su propiedad el pago de una deuda ajena, en unas concretas condiciones acordadas, sin quedar sujetos, por tanto, al principio de responsabilidad patrimonial universal. Aunque el hipotecante por deuda ajena lo sea de su vivienda habitual, que suele ser además el bien más valioso de todo su patrimonio y le colocaría en una situación similar a la de un fiador, las importantes diferencias estructurales entre ambas técnicas de garantía (fianza e hipoteca) creemos que justifica un tratamiento diferenciado, al menos en este punto.

El hipotecante por deuda ajena no es un deudor y la evaluación de su solvencia no puede ser la misma que si lo fuera. ¿Cómo se va a tener que evaluar su capacidad de pago si no está obligado a pagar la deuda? En este caso, creo que los deberes impuestos al prestamista deberían ir en la línea de asegurar que el inmueble hipotecado y el valor asignado al mismo en relación al crédito concedido, son aptos y adecuados para cumplir eficazmente su función propia de garantía, sobre todo cuando se trate de la vivienda habitual, con independencia naturalmente de los deberes de información exigibles hacia estos garantes¹². Incidiremos a continuación en estas cuestiones.

(12) Compartimos esta diferenciación entre garantías que realiza, a estos efectos, GALLEGO SÁNCHEZ, «La obligación de evaluar...», *cit.*, pp. 217-218: «De otro lado, en relación con las garantías es preciso contar con adecuados procedimientos de gestión y valoración que aseguren la efectividad legal y económica de estas. En las garantías personales se impone la valoración de la capacidad de los garantes de hacer frente a la operación. Tratándose de garantías inmobiliarias, la entidad deberá contar con una políti-

2. La finalidad de la evaluación de la solvencia de los garantes deudores (y consumidores) y concretos deberes precontractuales de información asociados

Conviene aclarar cuál debe ser la finalidad de una adecuada evaluación de la solvencia de los terceros garantes consumidores, es decir, el porqué de tal obligación. En nuestra opinión y con independencia de otros fines indirectos que pudieran alcanzarse —como la protección del sistema financiero mismo o el incremento de la competencia en su seno—, el objetivo primordial debe ser la protección del cliente, de manera que, en interés de éste, un préstamo que deba contar con garantías personales prestadas por terceros solamente será responsable si estas garantías cumplen su finalidad propia de refuerzo de la posición del acreedor prestamista, y eso solamente puede ocurrir si las garantías son efectivas, al menos al tiempo de su constitución. En este sentido, uno de los «deberes de prestar responsablemente» consistiría en aceptar únicamente garantes solventes tras una rigurosa evaluación¹³.

Esto naturalmente tiene que ponerse en relación con la posición jurídica (y económica) que ocupa el garante en relación al contrato principal de préstamo (hipotecario en este caso), esto es, básicamente si ocupa frente al acreedor la misma posición que el deudor principal y si ha asumido o no la misma carga económica de éste, de manera que puedan modularse las exigencias de solvencia (que no de medios para verificarla). Desde luego y si se obligó solidariamente con el deudor principal y por la totalidad de la deuda, entonces la evaluación de la solvencia del garante debería exigirse con el mismo rigor y en los mismos términos que la evaluación exigible respecto al deudor principal, sin que en ningún caso las solvencias del prestatario y del garante puedan sumarse a los efectos de determinar si procede o no la concesión del préstamo, como claramente advierte la Directiva.

Pero al mismo tiempo y de forma vinculada con lo anterior, la evaluación de la solvencia de los garantes deudores consumidores debe ser el medio para satisfacer el derecho irrenunciable de éstos a conocer si, en opinión de un experto y diligente profesional del crédito como es la entidad financiera, están o no en condiciones de asumir con efectividad las obligaciones derivadas del contrato de préstamo hipotecario proyectado. Naturalmente que debería imponerse al prestamista un deber de informar sobre el resultado de su evaluación a los propios garantes, pero también un deber de dar explicaciones suficientes y claras de las razones por las que se ha alcanzado ese resultado a su juicio y de la validez temporal de tal informe. Y debería incluirse también un deber de entregar copia (por escrito o en otro soporte duradero) de dicho informe a

ca que persiga la calidad de las valoraciones y que incluya procedimientos de selección y relación con los profesionales que se encarguen de las tasaciones, que aseguren de manera continuada su independencia y profesionalidad, y que contemplen la revisión apropiada de la calidad de esas valoraciones».

(13) No parece entenderlo así Silvia DÍAZ ALABART, «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en DÍAZ ALABART (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015, p. 233, que entiende que la obligación de evaluación de la solvencia no debe extenderse a los avalistas con carácter general.

los garantes, a fin de poder contrastar con otros profesionales los resultados alcanzados (e incluso, poder aportar el informe, si les conviene, ante otras entidades).

Se trata así de asegurar también que los garantes han entendido el alcance y naturaleza de las obligaciones que se proponen asumir, y que por tanto, el consentimiento contractual en su caso prestado ha estado suficientemente informado, lo cual solamente será posible si, además de lo anterior, conocen previamente el resultado de la evaluación de la solvencia de los prestatarios. Por ello defendemos la necesidad de incluir en una futura transposición de la Directiva una norma que imponga también este deber precontractual de información respecto a todos los garantes (del tipo que sean), salvo cuando los prestatarios no autoricen la cesión de esta información, en cuyo caso, este concreto deber de información debería consistir precisamente en informar acerca de dicha negativa.

Por otro lado y puesto que estamos dentro del ámbito de los contratos de consumo, no parece necesario que deba establecerse una obligación del prestamista de dar explicaciones adecuadas a los garantes a fin de que éstos puedan valorar si, dadas las estructuras del préstamo y de la garantía proyectada, dicho negocio se ajusta « *a sus intereses, necesidades y a su situación financiera* » (test de idoneidad: art. 29.1, último párrafo LES: « *explicaciones adecuadas* » para que el consumidor pueda calibrar si el contrato se adapta a sus necesidades y a su situación financiera, en la terminología del art. 16 de la Directiva), lo que parece razonable exigirlo solamente respecto a quienes van a ser destinatarios del préstamo (u otro producto financiero), esto es, los prestatarios.

Unos deberes de información en los términos expresados creemos que se extraen con facilidad de la actual normativa sectorial. En el ámbito del Derecho de consumo, claramente del art. 60.1 TRLGDCU (que concreta deberes más generales establecidos en otras normas; arts. 12.1 y 18.1), en cuanto que « *antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas* », donde entrarían las obligaciones de información que antes hemos concretado respecto a este servicio financiero (definido por el art. 59 bis 1-g).

Por otra parte, a la misma conclusión se llega desde la normativa bancaria específica, donde pueden encontrarse como fundamentos jurídicos de la imposición de tales deberes los arts. 13 y 14 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de contratación de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación; el art. 29 LES, o los arts. 6,7, 18, 21 y 22 de la Orden EHA/2899/2011, entre otros. Se trataría simplemente de concretar y aclarar estos específicos deberes de información precontractual respecto a estos terceros garantes, como parte de la obligación del prestamista de prestar responsablemente.

Podemos concluir entonces que la correcta evaluación de la solvencia de los garantes deudores y consumidores y una suficiente información sobre sus resultados constituyen deberes impuestos al prestamista en interés de los propios garantes, como parte de su deber de prestar responsablemente, lo que para el garante deben configurarse como un derecho irrenunciable. Pero claro que es sólo eso: una comprobación

llevada a cabo al tiempo de la celebración del contrato que no puede garantizar, para nadie, la solvencia futura de los garantes; esto otro son riesgos que han de ser asumidos por quienes participan en el mercado del crédito hipotecario mediante la celebración de contratos con obligaciones aplazadas.

3. Propuestas concretas para una futura transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero

3.1. Los modelos de la reforma de 2014 del Código de Consumo de Cataluña y de la Ley 3/2016, de 9 de junio, de Andalucía

Resulta muy decepcionante el texto de Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario presentado para el trámite de audiencia pública por el Ministerio de Economía y Competitividad, en fecha 26 de julio de 2016, mediante el que se pretende incorporar al Derecho español la Directiva de 2014. Todas las cuestiones que se tratan en el presente trabajo sobre obligaciones precontractuales y contractuales de información y sobre evaluación de la solvencia (también, casi todas las demás cuestiones importantes) son obviadas por dicho Texto de una forma absoluta. Su artículo 5 («Normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios») se limita a autorizar al Ministro de Economía y Competitividad para dictar disposiciones relativas a todas ellas. Es fácil de imaginar que el Parlamento del Estado no admitirá semejante posición en la futura tramitación parlamentaria.

Por ello y de cara a la futura (y sería) transposición de la Directiva de 2014 por el legislador español creemos que un punto de referencia puede ser el esfuerzo llevado a cabo también recientemente por el legislador catalán mediante la aprobación de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, que adiciona un título VI a su libro segundo («Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas»; arts. 261-1 a 263-2) y añade un importante contenido contractual en este ámbito¹⁴, aunque en la actualidad permanece suspendida la vigencia y aplicación del art. 263-2, apartado 4.º, como había establecido la Providencia del Pleno del TC de fecha 6 de octubre de 2015 tras recurso interpuesto en su momento por el Presidente del Gobierno.

En este sentido, la Directiva de 2014 lo es de mínimos (art. 2.1) y las referencias que su art. 2.2 realiza a la imposibilidad de los Estados miembros de introducir disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el art. 14.2 (respecto a la información precontractual que ha de contener la Ficha Europea de Información Normalizada, en adelante FEIN) no deberían ser un obstáculo. Primero, porque dichas normas no pueden servir para limitar los deberes de información hacia los garantes, que también

(14) Vid. NASARRE AZNAR, S./SIMÓN MORENO, H., «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014 », *RDBB*, núm. 139, 2015, pp. 22 y ss.

deberían ser destinatarios de la FEIN en tanto que consumidores, y segundo, porque creemos que los legisladores nacionales sí estarían legitimados para concretar los deberes precontractuales en relación a aquéllos, lo que no hace la FEIN. En definitiva y en nuestra opinión, el legislador español debería establecer claramente que los garantes deben ser necesariamente destinatarios de la FEIN, y además, el legislador estaría también legitimado para adecuar dichos deberes de información a la situación jurídica particular de los garantes en la operación crediticia.

Respecto a la Ley 20/2014 de Cataluña (para préstamos o créditos hipotecarios sobre vivienda) y para empezar, creemos un acierto la introducción de una regla general como la establecida –fuera del título VI–, en el art. 123-10.2, dejando clara constancia de que las obligaciones de información de los notarios en el caso de los créditos y préstamos hipotecarios sobre la vivienda se extienden también a los avalistas y a los terceros hipotecarios¹⁵. En la misma línea y específicamente el art. 261-2.2 extiende las normas del título VI «*a los avalistas de la operación de crédito o préstamo y, si procede, a los propietarios hipotecantes*» (claro está, siempre que sean consumidores), advirtiendo así que puedan existir normas aplicables a los garantes personales (llamados avalistas aquí, utilizando una terminología comercial) y que no resulten de aplicación a los garantes reales (identificados como «propietarios hipotecantes», pero que debería incluir también a otros hipotecantes que no ostenten un derecho de propiedad sobre la cosa, y sobre todo, a losignorantes). La terminología parece mejorable en todo caso.

A partir de aquí, la normativa se estructura en dos capítulos. El primero se destina a regular las obligaciones de información del prestamista previas al contrato, mientras que el segundo, bajo el título «*otras obligaciones*», recoge diversas obligaciones, muy claramente la obligación de evaluar la solvencia «*de la persona consumidora*» –se dice– en el art. 263-2, y de una forma menos clara bajo una genérica obligación de dar explicaciones adecuadas y junto a otras, la obligación de evaluar la idoneidad de la operación de crédito para el consumidor (art. 263-1).

Como parece lógico de acuerdo con lo que ya hemos dicho con anterioridad, lo que nos parece más criticable de este modelo es que no se hayan concretado específicos deberes de información y evaluación respecto a los garantes porque, a pesar de la generalidad de los términos utilizados en la redacción («*personas consumidoras*», «*operaciones de crédito*»), lo cierto es que en la mente del legislador aparece el prestamista como destinatario casi único de tales normas, lo cual resulta especialmente claro respecto a la evaluación de la solvencia, que termina con un apartado 4 en el que el legislador ordena no conceder el crédito (al prestatario) si el resultado es negativo, pero nada se dice sobre qué ocurriría en el mismo caso respecto a los garantes.

Sí resulta digno de elogio la previsión del art. 262-3.2, letra a) de la ley 20/2104 catalana, en cuanto que extiende expresamente a avalistas y terceros hipotecantes la

(15) En opinión de NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, «Un paso más...», *cit.*, p. 33, esta Ley impone al notario una obligación que va más allá de la normativa actual: «hacer comprender» al consumidor todas las consecuencias jurídicas y económicas del contrato de préstamo hipotecario, lo que obligará al notario a un estudio en profundidad de cada contrato en cuestión.

necesidad de que la publicidad y las comunicaciones comerciales en este tipo de préstamos informe con advertencias claras, concisas y destacadas del *«riesgo de perder la vivienda y, si procede, otros bienes del patrimonio en caso de incumplimiento de los compromisos derivados del contrato de crédito»* (también el art. 262-4.1-g.2.^a, respecto a la información previa al contrato), en consonancia con las advertencias del apartado 14 de la Ficha de Información Personalizada (en adelante FIPER) conforme a la Orden EHA/2899/2011¹⁶.

En consecuencia, nuestra opinión iría simplemente en la línea en concretar estas normas respecto a los diferentes garantes, de manera que, sin quitar protagonismo a la relación prestamista-prestatario, se sitúe en sus justos términos de relevancia la relación prestamista-garante, de acuerdo con la importancia que de ordinario tienen estas garantías prestadas por consumidores en los contratos de préstamo que recaen sobre una vivienda.

En buena medida, este paso que reclamamos en relación a los garantes parece haberlo dado decididamente la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, de Andalucía. Así, en el apartado II de la Exposición de Motivos y en referencia al título preliminar de la misma puede leerse:

«En este mismo título se introduce el reconocimiento de la persona que intervenga como garante, en su caso, en el préstamo hipotecario como sujeto protegido por la norma. La experiencia de estos últimos años obliga a remediar el déficit de atención que la normativa que incide sobre esta materia ha mantenido con dicha figura. Si se parte de la premisa de que la persona garante puede llegar a responder del cumplimiento de las obligaciones que del préstamo hipotecario se derivan como consecuencia del incumplimiento de la persona consumidora y usuaria deudora principal, parece razonable que se le facilite información de las condiciones de contratación al mismo nivel que a esta, así como toda aquella específica que le incumba en razón de su posición en el contrato suscrito».

Posteriormente se va concretando esta extensión de la protección dirigida a los garantes en relación a la obligación de proporcionarles explicaciones adecuadas (art. 6) e información personalizada en los mismos términos que es exigible para los prestatarios (art. 10.7):

«En el supuesto de que, tras la evaluación de la solvencia, en el préstamo se contemple la necesidad de que exista alguna persona garante de la operación, esta recibirá la misma información personalizada establecida para la persona consumidora y usuaria, debiendo firmarla, con indicación de las obligaciones específicas y de las responsabilidades que asume en el supuesto de impago del deudor principal. Además, en el caso de que se exija persona avalista o fiadora, se advertirá expresamente de su carácter solidario o no, así como de las consecuencias de la renuncia, en su caso, al beneficio de excusión y división».

(16) NASARRRE AZNAR/SIMÓN MORENO, «Un paso más...», *cit.*, pp. 29-30.

Finalmente, los arts. 13 y 14 regulan extensamente la obligación del prestamista de evaluar «*en profundidad*» la solvencia, estableciendo que la misma se extiende tanto a los prestamistas como a los avalistas o fiadores y en un plano de igualdad en ambos casos.

En atención a todo lo anterior y de cara a una futura transposición de la Directiva, nuestra propuesta consistiría en introducir en este ámbito las siguientes reglas básicas derivadas de un deber de prestar responsablemente:

1.^a) Extender a todos los garantes y con la misma extensión la obligación de información precontractual impuesta al prestamista respecto al prestatario en relación a la operación de crédito proyectada, facilitando también a ellos la FEIN. Deber que ha de prestarse gratuitamente y que constituye un derecho irrenunciable para los garantes (lo mismo que para los prestatarios; arts. 8 y 41-a de la Directiva, respectivamente).

2.^a) Todos los terceros garantes deben ser informados clara y suficientemente de la forma y extensión de las obligaciones que habrían de asumir conforme a la garantía que se proyecta otorgar al préstamo hipotecario, es decir, de su posición jurídica y económica en relación al contrato principal (los riesgos del contrato).

Adicionalmente, debe quedar muy claro a los garantes personales que estos responden de la deuda asumida con todo su patrimonio, incluida en su caso su vivienda habitual, y que es posible incluso que todo su patrimonio no sea suficiente para cubrir su totalidad, y que aun así, seguirán debiéndola en el futuro.

3.^a) Esta información debe incluir también la relativa al resultado (y sus motivos) de la evaluación de la solvencia de los prestatarios, que tiene que ser realizada previamente, o bien y en su defecto, la constancia de la negativa de los prestatarios a ceder a los garantes el resultado de tal evaluación¹⁷. El art. 13.8 de la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, establece este específico deber de información sólo en caso de evaluación positiva de los consumidores o usuarios (prestatarios), pero no en el supuesto de que el resultado de la evaluación sea negativo, que es posiblemente el caso que más puede interesar a los garantes.

4.^a) La obligación de evaluar la solvencia de los garantes personales de acuerdo con las obligaciones asumidas por éstos en relación al contrato de préstamo. Asimismo, la obligación de entrega por escrito o en otro soporte duradero una copia de dicho informe y de explicaciones suficientes y claras del resultado y de las razones por las que se ha alcanzado ese resultado a su juicio, así como de su validez temporal.

En el caso de que los garantes personales hayan asumido la deuda en las mismas condiciones que el prestatario, entonces la evaluación de la solvencia debe exigirse, respecto a éstos, en los mismos términos que la evaluación exigida respecto al primero.

(17) Estaríamos en la línea ya mencionada con anterioridad del art. IV.G.-4:103 (1-b) del Draft Common Frame of Reference (en adelante DCFR), que concreta deberes de información del acreedor hacia el fiador (*security provider*) de los riesgos del contrato, entre otros, el deber de informar del especial riesgo al que el garante puede verse expuesto como consecuencia de la situación financiera del deudor, de acuerdo con la información accesible al acreedor.

Corresponde al prestamista demostrar el cumplimiento de esta obligación.

5.^a) En fin, parece razonable imponer también a los garantes personales un deber de colaboración y de facilitar toda la información, de forma veraz, completa y con las aclaraciones necesarias, que sea imprescindible al prestamista a fin de que éste pueda llevar a cabo una evaluación de su solvencia de forma profunda y rigurosa, en la línea de lo exigido a los prestatarios en el primer párrafo del art. 20.3 de la Directiva, como parte de un deber recíproco de información leal entre los contratantes¹⁸.

B) En particular, la evaluación con resultado negativo o la imposibilidad de evaluación adecuada

¿Qué puede hacer y qué debería hacer el legislador español en el caso de que la evaluación de la solvencia de los garantes haya arrojado un resultado negativo o haya sido imposible llevarla a cabo?

Parece claro que lo primero que debería hacer el legislador español es incluir y regular este supuesto en la transposición de la Directiva. Aparte de ello, la respuesta lógica (tanto para el poder hacer como para el deber hacer) debería ser la misma: prohibir al prestamista aceptar a estos garantes, puesto que éstos no están en condiciones de cumplir con la finalidad propia de refuerzo del contrato de garantía que se proyecta. Téngase en cuenta la definición de «evaluación de la solvencia en el art. 4-17) de la propia Directiva: «*la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito*».

Y creemos que esta es la respuesta adecuada conforme a la Directiva, pues aunque no regule directamente el caso de los garantes, la misma conclusión debe extraerse de la regulación de la cuestión respecto a los prestatarios, en diversos sitios:

– El considerando 55 califica como «fundamental» la evaluación de la solvencia del consumidor antes de la celebración del contrato de préstamo, y el 57 es muy claro sobre la coherencia que debe existir entre la decisión del prestamista concediendo o denegando el préstamo y el resultado de la evaluación (negrita nuestra):

(57) La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo. Los Estados miembros deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia. No obstante, el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito.

(18) Al respecto, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 132-133; DÍAZ ALABART, «Evaluación de la solvencia...», *cit.*, p. 258.

– Pero el articulado de la Directiva es mucho más tajante, pues el art. 18.5 a) establece con claridad que (negrita nuestra): «5. *Los Estados miembros velarán por que: a) el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato* ».

Y ello con independencia de otros deberes complementarios del prestamista, como su intención de consultar bases de datos o de informar sin demora de la denegación del crédito (letras b y c, respectivamente).

– La anterior conclusión queda ratificada asimismo por el art. 20.4 para el caso de que la evaluación no pueda ser llevada a cabo (negrita nuestra): «*El prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al consumidor que, cuando el prestamista sea incapaz de llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el crédito no podrá concederse* ».

La consecuencia lógica derivada de estas normas es que el legislador español prohíba al prestamista conceder el crédito o préstamo solicitado si la evaluación de la solvencia del prestatario arroja un resultado negativo o ha resultado imposible realizar dicha evaluación de forma suficiente¹⁹. En otro caso, sería absurdo dedicar tanto empeño a tratar de solventar una de las claves del problema del sobreendeudamiento familiar mediante la concesión de créditos únicamente a quienes están en condiciones de devolverlos (lo que únicamente puede conocerse mediante una rigurosa evaluación de la solvencia del deudor), si luego se sigue permitiendo al prestamista que decida libremente conceder o no el préstamo solicitado en estos casos²⁰. Otra cosa serán las

(19) Ya se anticipaba esta respuesta cuando la Directiva era una propuesta: GALLEGO SÁNCHEZ, «La obligación de evaluar...», *cit.*, p. 222.

No compartía esta opinión –parece que referida exclusivamente a la Propuesta de Directiva, que no se manifestaba claramente sobre este extremo– CUENA CASAS, M., «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar», en PRATS ALBENTOSA/CUENA CASAS (Coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 77-79, aunque estableciendo consecuencias civiles en caso de incumplimiento (pérdida de intereses y subordinación del crédito en caso de concurso; p. 79): «Por lo tanto, aunque la evaluación de la solvencia haya arrojado un resultado negativo, el prestamista puede contratar, si bien, en el caso de que el deudor resulte insolvente el prestamista deberá asumir su responsabilidad. Y esto es bien distinto que prohibir al prestamista conceder crédito cuando la evaluación es negativa. El mero hecho de la contratación en estas circunstancias no da lugar a responsabilidad si no se han producido impagos. A mi juicio, la DCH no impone la obligación de denegar el préstamo si el resultado del test es negativo» (p. 77). También en la línea de entender que estas normas de la Directiva no prohíben conceder crédito en caso de test de solvencia negativo y sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir por ello, LUQUIN BERGARECHE, R., *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 300-302.

(20) Así, DÍAZ ALABART, «Evaluación de la solvencia...», *cit.*, pp. 256-257.

Por otra parte, la obligación de prestar responsablemente no puede verse como la causa de la exclusión financiera de algunos colectivos, cuya solución en todo caso ha de corresponder a los gobiernos, no a los banqueros. Por el contrario y de acuerdo con la experiencia reciente, la concesión irresponsable de préstamos sí ha sido una de las causas de la exclusión social (y financiera) o de su agravamiento.

consecuencias jurídicas que deberían derivarse de tal incumplimiento, que se tratará más adelante.

La Ley 20/2014 de Cataluña llega a esta misma conclusión (para el prestatario) en caso de evaluación negativa, pues como su propio preámbulo indica, la norma sigue las orientaciones marcadas, entre otros textos o proyectos legislativos, por la propia Directiva comunitaria en materia de préstamo responsable. Consecuente con ello, el nuevo art. 263-2, apartado 4, del Código de Consumo es absolutamente tajante (negrita nuestra)²¹:

«4. El prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo. En este caso, el prestamista debe advertir por escrito a la persona consumidora de la imposibilidad de concederle el crédito ».

Y lo que nos parece más importante a nuestros efectos, tal conclusión debe extenderse también a los garantes (personales) evaluados, en virtud de la aplicación general de dicha ley hace de estos preceptos a los mismos (art. 261-2.2), para llegar en este caso a la conclusión de que no pueden ser aceptados como garantía en el contrato de préstamo, al menos en los términos en que se ha planteado la evaluación de la solvencia.

Este último punto es importante y tiene mucho que ver con la obligación consecuente impuesta al prestamista de informar sin demora al consumidor (en este caso sería al garante personal deudor) de la denegación de su solicitud (de garantía aquí) a causa del resultado de la evaluación o de su imposible realización (art. 18.5-c de la Directiva). En este caso, lo que sí se podrá hacer es adaptar, bien el contrato de préstamo, bien la garantía en sí, al resultado de la evaluación de la solvencia, a fin de que la garantía tenga, al menos, una vocación inicial de cumplir eficazmente la finalidad de refuerzo que le es propia, que como ya hemos visto, no es la de suplir déficits de solvencia del prestatario.

En este caso, las opciones que se abren son muy variadas: podrá concederse el crédito sin garantías personales (probablemente con otras condiciones financieras) o en cuantía diferente a la solicitada, con garantías personales u otras prestadas por terceros distintos, con la garantía de los garantes ya evaluados negativamente, pero adaptando el crédito o la garantía a sus condiciones de solvencia, o en fin, denegarse sin más la solicitud del crédito. Pero creemos que debe estar prohibida la aceptación de una garantía que no se adapte al resultado de la evaluación de la solvencia de quienes ofrecen prestarla.

Con independencia del interés particular de los sujetos aquí afectados por preferir un fiador insolvente o dudosamente solvente que no tener ninguno, o ser aceptado como tal, parece claro que la Directiva no ha sido aprobada únicamente para satisfacer

(21) En opinión de NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, «Un paso más...», *cit.*, p. 37, esta taxativa e incondicionada prohibición por la que ha optado el legislador catalán constituye la opción más protectora de las posibles y la más intrusiva en el mercado hipotecario.

intereses particulares, sino para prevenir en el futuro los fallos, los comportamientos irresponsables y la malas prácticas en la concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores que tantos problemas económicos, sociales y jurídicos han causado a la UE, y muy particularmente a España. En consecuencia, el interés general debe situarse en este punto por encima del interés particular de los sujetos directamente implicados, de manera que el legislador debe prohibir con claridad aquellas prácticas que resulten incompatibles con el deber de prestar responsablemente en este ámbito; entre ellas, las ahora referidas respecto a los garantes personales.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA EN ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS

1. **En caso de falsa, inexacta o incompleta información y documentación aportada por los garantes cuando el contrato de préstamo con garantía personal se haya celebrado**

Creemos que la idea general que preside las normas sobre la evaluación de la solvencia del consumidor es que se trata de una obligación (contractual²²) que recae en el prestamista, de manera que al prestatario y a los garantes lo único que les incumbe es un deber de colaboración, aportando la documentación e información solicitadas de que dispongan o facilitando que el prestamista pueda obtenerla, todo ello con la diligencia exigible a un consumidor medio (art. 20.4 de la Directiva). Pero debe corresponder al prestamista la carga y el coste de procurarse dicha información, acudiendo a las fuentes internas o externas (incluido el consumidor) que resulten necesarias (art. 20.1), y en el caso de la que se solicite al consumidor, especificando y detallando claramente a éste los términos de la información requerida (art. 20.3).

Desde esta perspectiva se entiende perfectamente la previsión contenida en el art. 18.4, según el cual y salvo la excepción establecida en el 20: « *los Estados miembros velarán por que, cuando un prestamista celebre un contrato de crédito con un consumidor, el prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato en detrimento del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente* », que en nuestra opinión produce como consecuencia la imposibilidad para el prestamista de alegar el error como vicio del consentimiento y la imposibilidad de dar por resuelto anticipadamente el contrato por este motivo.

El legislador ha hecho aquí algo absolutamente lógico en el ámbito del Derecho de consumo: imponer al experto o profesional del crédito el deber de procurarse la información necesaria a fin de cumplir posteriormente, mediante su análisis y comprobación, con su obligación de evaluación de la solvencia, pues es quien está en condiciones de obtener de forma más rápida y barata dicha información y cuyo coste

(22) En opinión de ZUNZUNEGUI, F., «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2/2015, p. 16, el art. 28 de la Directiva configura esta obligación como contractual: forma parte del servicio de acceso al crédito adecuado que presta la entidad al cliente, aunque deba realizarse en una fase anterior a la celebración del contrato.

de obtención puede repercutir al consumidor mediante el cobro de una comisión²³. Por este motivo, resulta lógico que después no puede hacer recaer sobre el consumidor las consecuencias de su propio incumplimiento o negligencia.

Ni el consumidor puede ser su única fuente de información (piénsese en el historial de pagos previos del consumidor con la misma entidad financiera o en los ficheros de solvencia disponibles para ésta), ni el consumidor es, en principio y como regla, responsable de los defectos u omisiones de la información por él suministrada, pues para esto está precisamente la previsión del art. 20.3 de que los Estados miembros permitirán que los prestamistas puedan pedir aclaraciones sobre esta información recibida cuando ello resulte necesario, de manera que la Directiva específica (en el mismo apartado, párrafo segundo) que no se pueda tampoco rescindir el contrato porque la información resulte incompleta.

La única excepción a esta regla es la recogida en el último párrafo de este art. 20.3: «*Lo dispuesto en el párrafo segundo no impedirá a los Estados miembros permitir la rescisión del contrato de crédito por el prestamista cuando se demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información pertinente*». En estos casos se abre la puerta a la anulación del contrato por dolo o a su vencimiento anticipado. Aquí el legislador español debería especificar con claridad la posibilidad de anulación del contrato por dolo, o su vencimiento anticipado, siempre que concurren los requisitos exigidos, si bien en nuestra opinión esto último (el vencimiento anticipado) sólo deber ser posible cuando así se hubiere pactado expresamente en el contrato, pues resulta en principio muy complicado incluir este supuesto de incumplimiento de deberes precontractuales en la lógica contractual del art. 1124 CC.

Respecto al dolo, resulta de interés la STS, 1.^a, de 5 de septiembre de 2012 (Ar. 10113) –aunque referida a un contrato de obra– por cuanto el TS declaró la nulidad de un contrato por dolo omisivo a consecuencia de la ocultación de información relevante sobre su situación económica de insolvencia por parte de uno de los contratantes al tiempo de la celebración del contrato, cuando éste y de acuerdo con la buena fe, debía proporcionar tal información al otro contratante (aunque se rechazó la pretensión indemnizatoria). En ese caso, el contratista solicitó declaración de concurso voluntario de acreedores a los pocos días de tener que comenzar la obra, que había sido contratada también en los días previos, ocultando que su situación económica le imposibilitaría poder cumplir²⁴.

¿Y qué respecto a los garantes sobre este punto?

En principio, creemos que las anteriores reglas resultan aplicables a ellos, si bien la cuestión más complicada aquí será la relativa a determinar –cuando sea posible imputarlo– cómo puede influir la nulidad del contrato de garantía sobre el contrato

(23) Como ocurre en algunos casos con los deberes precontractuales de información: BASOZÁBAL ARRUE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, 2009-II, pp. 650-651.

(24) *Vid.* el comentario a esta sentencia en ARNAU RAVENTÓS, L., «Insolvencia, declaración de concurso y vicios del consentimiento: a propósito de la STS de 5 de septiembre de 2012 », *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 203 y ss.

principal de préstamo, pues lógicamente esto resultará decisivo al prestamista para decidir cuál de las opciones posibles le resulta más ventajosa (no, claro está, quedarse sin garantía sin más).

No cabe, como es obvio, el vencimiento anticipado de la garantía, pero sí podría caber el vencimiento anticipado del contrato de préstamo cuando se haya pactado en el mismo que la ocultación o falsificación consciente de la información aportada por el garante dará derecho al prestamista a resolver anticipadamente el contrato de préstamo (y con él y dado su carácter accesorio, el de garantía), por tratarse de una parte esencial del préstamo mismo, o bien cabría pactar para este caso la obligación del prestatario de ampliar o sustituir estas garantías por otras nuevas y seguras, cuyo incumplimiento en un plazo daría derecho al prestamista a resolver anticipadamente el préstamo. Probablemente en el futuro y a consecuencia de esta Directiva, es muy posible que las entidades financieras y sus servicios jurídicos decidan incorporar estos supuestos específicos de vencimiento anticipado a los contratos de préstamo con sus clientes.

Pero aun así, la existencia de pacto expreso no garantiza el éxito de la acción del prestamista, habida cuenta de las exigencias jurisprudenciales sobre la resolución en general como remedio excepcional, con unos requisitos bastante estrictos, y de las causas de vencimiento anticipado pactadas en particular. El requisito de la gravedad del incumplimiento, no tanto en relación al contrato de garantía, sino respecto al contrato de préstamo, ha de llevar al prestamista a tener que demostrar que, sin la ocultación o falsificación consciente de la información proporcionada por el garante, no habría concedido el préstamo solicitado o no lo habría hecho en los términos pactados (y ello aun en los casos en los que consiga demostrar que el prestatario conocía o tenía motivos racionales para conocer la ocultación o falsificación de la información llevada a cabo por el garante).

Y algo parecido podría decirse respecto a la nulidad por dolo, por cuanto nuestros arts. 1269 y 1270 CC exigen que sea grave y que proceda del otro contratante (el prestatario) y no de un tercero (el garante) para provocar la nulidad del contrato, lo que obliga a realizar un planteamiento similar al anterior y configurar ambos contratos como un todo, de manera que la nulidad de una parte ha de comportar la de la totalidad, lo que probablemente pueda ser defendido con más éxito en el caso de las garantías contextuales, esto es, constituidas al tiempo del préstamo y como contrapartida, de manera que exista entre ambos una fuerte vinculación causal que los hace ser calificados como un negocio unitario.

Una última opción teórica para el prestamista, cuando no pueda resolverse el contrato de préstamo ni anularse (o bien, prefiera convalidarlo o no impugnarlo en plazo) sería la de reclamar una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad precontractual (culpa *in contrahendo* o dolo incidental del art. 1270 CC, último párrafo)²⁵. En opinión de la doctrina que con más detenimiento ha tratado el tema, y

(25) Para una ordenación sistemática de los remedios precontractuales (anulabilidad, indemnización y adaptación del contrato), *vid.* MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos

en general, con la finalidad de dejarle en la misma posición que si el contrato no se hubiera realizado, o lo que es lo mismo, indemnizándole en la media del llamado interés de la confianza o interés contractual negativo, lo que teóricamente ha de incluir los gastos realizados y las ganancias o lucros dejados de percibir por las oportunidades perdidas de contratar con terceros, sin que aquí pueda tener sentido la posibilidad de la adaptación del contrato o a la exigencia de responsabilidad contractual (conforme al contenido que razonablemente hubiera tenido el contrato si el deber de información se hubiere cumplido regularmente)²⁶.

Pero aquí las dificultades probatorias se multiplican para el prestamista, tanto respecto al daño como respecto a la relación de causalidad entre el mismo y la falsificación u ocultación deliberada de la información por parte de los garantes. El daño y la relación de causalidad ha de venir referida al contrato de préstamo, esto es, los daños que el incumplimiento del contrato de préstamo han comportado para el prestamista y que sean imputables a la actuación dolosa de un tercero como es el garante, salvo que el prestamista demuestre la connivencia del propio prestatario, que podría abrir la vía a una condena solidaria de ambos.

Pero, aun en el caso anterior, ¿cómo demostrar que los daños causados al prestamista como consecuencia del incumplimiento del contrato de préstamo se deben causalmente a un comportamiento doloso del garante (y, en su caso, del prestamista) durante la etapa precontractual y no a otras causas distintas? Por ejemplo, es muy posible que si el préstamo se ha cumplido con normalidad durante un plazo más o menos extenso, la solvencia de los garantes (como la de los prestatarios) haya sufrido variaciones y haya atravesado etapas diferentes, de manera que será muy diferente a la (realmente) existente al tiempo de contratar, y será muy difícil para un juez establecer una clara relación de causalidad con el daño en este tipo de casos, que más bien parecen, analizados pasado el tiempo, como un «riesgo general de la vida (empresarial) para el prestamista». Y qué decir, en el mismo sentido, respecto a una posible reclamación del lucro cesante derivado de las ganancias por las oportunidades perdidas por el prestamista de contratar con terceros, al menos en situaciones económicas de clara contracción del crédito, como la que vivimos en estos momentos.

en el marco del Derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 400 y ss.

(26) Así, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, pp. 69 y ss. (conforme al Derecho alemán); GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 232 y ss.

Últimamente: GARCÍA RUBIO, María Paz, «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010-IV, pp. 1630-1631 y 1640-1642; GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret*, 2/2010, pp. 42-43, 48, y 51-53; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *ADC*, 2011-III, pp. 907-909 y 922-924.

2. En caso de evaluación negativa, no existir evaluación o resultar ésta positiva por negligencia grave del prestamista, si se celebró el contrato: las principales opciones del legislador

Los efectos en el ámbito contractual de esta cuestión no se hallan regulados ni en la Directiva ni en la Ley 20/2014 de Cataluña, no ya en relación a los garantes, sino tampoco respecto a los prestatarios. Esto puede entenderse, si acaso, respecto a la Directiva (el considerando 21 nos aclara que la misma no afecta a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional como son las relativas a la validez, formalización o efectos de los contratos), pero es más difícil de comprender respecto a la Ley aprobada en Cataluña, pues pudiera entenderse que cuenta con competencias en materia de Derecho civil suficientes para dar una respuesta clara al problema.

Al respecto, NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO entienden que el incumplimiento de la norma que prohíbe la concesión del préstamo en caso de evaluación negativa o cuando la evaluación no se lleva a cabo, debe producir como consecuencia la nulidad absoluta del contrato de préstamo (art. 6.3 CC), pero defienden que también la nulidad del contrato de compraventa a él vinculado (con devolución de los impuestos satisfechos), con la posibilidad de reclamar como daños y perjuicios todos los gastos accesorios al préstamo, tales como gastos de ejecución, gestoría, notaría o inscripción registral, de modo semejante a como ocurre en los contratos de crédito al consumo vinculados (art. 29 LCC)²⁷, lo cual nos parece muy complicado, salvo que exista una voluntad clara contractualmente manifestada para coligar ambos contratos o cuando el vendedor y el financiador puedan ser la misma persona o sujetos vinculados (así, la venta de inmuebles propiedad de la banca o de sus sociedades patrimoniales vinculadas con financiación coligada)²⁸.

Por supuesto que no es fácil dar una respuesta evidente, pues en buena medida se trata de una cuestión de política legislativa: se trata de decidir el grado de severidad con el que quieren alcanzarse los objetivos marcados por la Directiva, y muy especialmente, potenciar la concesión de préstamos responsables **a los consumidores** (garantizados con hipoteca u otra garantía equivalente sobre bienes inmuebles de uso residencial), en interés de los propios consumidores, pero también se trata de imponer limitaciones razonables a la libertad de contratar en interés general. En cualquier caso, quede claro que no estamos hablando de préstamos responsables entre empresarios.

(27) NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, «Un paso más...», *cit.*, ampliamente en pp. 38-45.

(28) Pero una cosa es condicionar la eficacia de contrato (compraventa) a la celebración de otro (financiación) y otra muy distinta es que ambos contratos resulten coligados, de manera que la extinción posterior de uno (resolución, nulidad, etc.) provoque también la extinción del otro: *vid.* al respecto DE SALAS MURILLO, S., «Compraventas inmobiliarias y falta de financiación», en PARRA LUCÁN (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 1078 y ss.; LÓPEZ FRIAS, A., *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1994; BERNAD MAINAR, R., «A propósito de una pretendida teoría general sobre los contratos conexos», *RCDI*, núm. 720, 2010, pp. 1475-1479; CRUZ MEJÍA, A., «Contratos con conexión funcional o contratos coaligados», *RDP*, núm. 15, 2006, pp. 33-57; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Crédito al consumo y contratos vinculados*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 43 y ss.

Aunque en principio el abanico de opciones se antoje amplio, lo cierto es que no será fácil que prospere una alegación de dolo o error como vicio del consentimiento por la concesión de un préstamo en estas condiciones por parte de los prestatarios o de los garantes, que pueden incluso conocer el resultado negativo del test de solvencia y ser conscientes de la concesión del préstamo aun en este caso. Probablemente no será fácil ni para los prestatarios ni para los garantes anular un contrato en estas condiciones. Y la exigencia de responsabilidad precontractual (incluida la indemnización por dolo incidental) debe regirse también por las reglas generales, que ya hemos dicho creemos que llevarán a descartar, como regla, la exigencia de responsabilidad al prestamista, salvo cuando haya infringido otros deberes precontractuales.

Por ello y en nuestra opinión, el legislador español debería decantarse, con independencia de los casos en que pudiera apreciarse un vicio del consentimiento o exigirse responsabilidad precontractual conforme a las reglas generales aplicables, por dar una respuesta clara y directa a la incidencia del problema en el campo contractual²⁹, eligiendo entre las opciones principales, que entendemos que son las que ahora siguen:

a) Las normas relativas a la evaluación de la solvencia como normas prudenciales sin implicaciones contractuales

Se estaría optando por introducir una norma prudencial de supervisión bancaria, que vendría a continuar con la línea establecida por el art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011³⁰ y por el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo. Hay que reconocer también que ello estaría avalado por la letra del considerando 83 de la propia Directiva, en cuanto que establece que *«l os Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal»* (negrita nuestra), y muy claramente también por el inciso final del considerando 56: *«La evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito»*, que coincide casi literalmente con el art. 18.6 de la Orden EHA/2899/2011³¹.

(29) Naturalmente que caben otras opciones (además de las sanciones administrativas), como la subordinación de estos créditos en el concurso en que pudiera verse inmerso el consumidor: CUENA CASAS, «El sobreendeudamiento privado...», *cit.*, p. 79.

(30) Según esta norma:

«La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».

(31) Se trataría de una situación similar a la establecida por la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, sobre la evaluación de la idoneidad del cliente (actual art. 79 bis LMV): corresponde al ordenamiento interno de cada Estado Miembro regular las consecuencias contrac-

Mi impresión es que este será el camino que con más probabilidad seguirá el legislador español³², aunque ninguna otra alternativa debe descartarse totalmente dada la composición que podría tener nuestro Parlamento al tiempo de la transposición de la Directiva. Creo que la existencia de las normas mencionadas, la posible presión del sector bancario, la situación de clara contracción del crédito y la política expansionista que está siguiendo en la actualidad el Banco Central Europeo en sus intentos por dinamizar la actividad económica, abonarán esta decisión, que se justificará en que lo contrario generaría inseguridad jurídica y constituiría una intromisión intolerable en la libertad contractual³³, olvidando que son las normas imperativas las que fijan el marco de la libertad contractual (art. 1255 CC).

Es también esta una posición que cuenta con apoyo en la doctrina, sobre todo mercantilista, abogando por el entendimiento de las normas sobre préstamo responsable como normas prudenciales bajo la supervisión del Banco de España y remitiéndose al régimen sancionador administrativo en caso de incumplimiento, sin perjuicio de la posible aplicación de las normas generales en materia de contratos, como ocurre con el error o el dolo como vicios del consentimiento³⁴.

En este caso y como normas prudenciales, tampoco podrían dar lugar a una responsabilidad exigible directamente por los particulares perjudicados en caso de deficiente supervisión por parte de las autoridades competentes, de modo semejante a lo declarado en su momento por el TJCE respecto a la supervisión por las autoridades alemanas del sistema de garantía de depósitos de la ya derogada Directiva 1994/19/

tuales que deben derivarse de la inobservancia de tales normas, como declaró el TJUE, 1.^a, de 30 de mayo de 2013 (Ar. 145; asunto *Genil y CHGV c. Bankinter y BBVA*).

(32) A tenor de las normas mencionadas, esta parece ser, en opinión de ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio 2015, p. 19, la voluntad del legislador comunitario y es muy probable que el legislador español no quiera ir más lejos: «Corresponde, pues, al Estado miembro tomar la decisión normativa de que el incumplimiento de los deberes de evaluación de solvencia sea una causa de resolución. Me temo que el legislador español no va a insertar en este sector del ordenamiento jurídico una norma en este sentido» (más extensamente sobre esta cuestión en pp. 23-26).

(33) Razones estas últimas ya apuntas por DE LA PEÑA/LÓPEZ-FRÍAS, «Crédito responsable...», *cit.*, p. 64.

(34) Así: DE LA PEÑA/LÓPEZ-FRÍAS, «Crédito responsable...», *cit.*, pp. 64-65: «(...) las normas de crédito responsable no pretenden crear derechos individuales que sean parte integrante de los contratos y cuyo incumplimiento pueda dar ser alegado por parte del cliente para resolver el contrato en base al artículo 1124 del Código Civil, sino que son unos principios generales a los que se tienen que ajustar las entidades prestamistas a la hora de conceder préstamos, y cuyo incumplimiento está sujeto a verificación pro parte del Banco de España en el caso de las entidades de crédito» (p. 64); también rechaza la aplicación del art. 6.3 CC GALLEGO SÁNCHEZ, «La obligación de evaluar...», *cit.*, pp. 232-233, y finalmente se inclina por la aplicación de sanciones administrativas al prestamista como sistema más eficiente para el cumplimiento de las normas (p. 239).

CE, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en su sentencia de 12 de octubre de 2004 (asunto *Peter Paul y Otros c. Bundesrepublik Deutschland*, apartados 46-51)³⁵.

Sin embargo, esta posible opción del legislador no parece que sea precisamente conforme con el establecimiento de un régimen de sanciones («efectivas, proporcionadas y disuasorias») que los Estados miembros han de adoptar para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas sobre la base de la Directiva (art. 38.1), funciones que desde luego y hasta la fecha no han cumplido en nuestro país las normas prudenciales y el Derecho administrativo sancionador.

b) La nulidad total o la resolución del contrato

Podría pensarse en la posibilidad de acudir a la nulidad (total, por vulneración de normas imperativas), a la anulabilidad, o a la resolución por incumplimiento del contrato como una respuesta adecuada a esta cuestión, al menos en tres casos que se nos antojan muy claros que habrían de ser apreciados al tiempo de la celebración del contrato: 1.º) cuando el resultado del test de solvencia sea negativo; 2.º) cuando no se haya evaluado en absoluto la solvencia o no conste un resultado; y 3.º) cuando se haya evaluado positivamente la solvencia a causa de una negligencia grave del prestamista. Es decir, se trataría de establecer una sanción grave ante comportamientos absolutamente irresponsables e impropios de un profesional del crédito: conceder préstamos o aceptar como garantes a quienes sabe que no están (o es probable que no estén, en palabras de la Directiva) en condiciones de devolverlos, concederlos sin evaluar la solvencia de los consumidores, o hacerlo como consecuencia de un comportamiento gravemente negligente.

No se estaría limitando la libertad del prestamista para juzgar la solvencia del consumidor, pues solamente se le estaría imponiendo la obligación de evaluarla sin culpa grave (estamos hablando de un profesional del crédito) y de prohibirle eficazmente que pueda conceder crédito (o aceptar garantías) en casos muy claros, concretos y específicos, de manera que no se estaría afectando a la seguridad jurídica, ni a la actividad económica en relación a unos sujetos –los consumidores– que deben gozar de una especial protección.

El legislador podría establecer una nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas (art. 6.3 CC), o una nulidad relativa o anulabilidad de forma semejante a como sanciona el art. 21.1 de la Ley de crédito al consumo el incumplimiento de la obligación de observar la forma escrita del contrato, que podría tomarse como referencia al establecimiento de esta y otras posibles sanciones, o bien una resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones legales (art. 1124 CC).

Sería importante la cuestión de la legitimación en el caso de la nulidad, pues debe tenerse en cuenta que nos encontramos en el ámbito del Derecho de consumo y que prestamista y consumidor no pueden ser considerados en un plano de igualdad a estos

(35) *Vid.* MÖSLEIN, F., «Third parties in the European banking union: regulatory and supervisory effects on Private Law relationships between banks and their clients or creditors», *European Business Organization Law Review*, September 2015, Vol. 16, Issue 3, pp. 552-554.

efectos. Por ello, debería tratarse de una nulidad en interés del consumidor, pero no del empresario prestamista, lo que debería traducirse en la concesión de legitimación únicamente al primero para hacer valer la nulidad frente al segundo; y lo mismo si teóricamente se optara por una nulidad absoluta, de forma semejante a como ocurre con este tipo de nulidad en el caso de las cláusulas abusivas³⁶.

Sin embargo, la opción por la nulidad (o la resolución por incumplimiento) presenta, en nuestra opinión, serios inconvenientes:

a) Resultará de escasa utilidad cuando el prestatario prefiera continuar con el contrato y no perder el derecho al plazo y tener que restituir inmediatamente a consecuencia de la declaración de nulidad (art. 1303 CC) o de la resolución (art. 1123 CC), que parece que será lo normal si puede afrontar los pagos y le interesa el préstamo³⁷. Este prestatario estará interesado en dejar sin efecto el contrato en caso de vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor (generalmente, por incumplimiento del propio prestatario), de manera que podría optar entonces por la nulidad o la resolución y la restitución para quedarse en la situación que estaría si el contrato no se hubiera celebrado (no abonando gastos devenidos infructuosos ni los intereses pactados).

b) La restitución objetiva que establecen los art. 1303 CC y 1123 CC en caso de nulidad y resolución puede no resultar adecuada, al menos en los préstamos hipotecarios, donde resulta muy factible que los intereses legales que deban abonarse al prestamista conforme al art. 1303 CC sean superiores al interés remuneratorio pactado en el propio contrato. El carácter objetivo de la restitución (y lo complicado de la reclamación de daños y perjuicios) no desincentiva estas conductas muy reprochables del prestamista si no se introducen elementos sancionadores claros y efectivos.

c) La nulidad plantearía además serios problemas de legitimación en caso de conflicto de intereses entre el prestatario y los terceros garantes. El interés de los garantes (fiadores, terceros hipotecantes o pignorantes) en la desvinculación de sus obligaciones a través de la declaración de nulidad del contrato principal puede plantear un conflicto de intereses con el prestatario ya que, a consecuencia de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad (art. 1303 y ss. CC), éste pierde el derecho al plazo y estaría obligado a restituir inmediatamente al prestamista la totalidad de la prestación recibida.

Otra cosa sería si estas causas de impugnación afectaran al contrato de garantía, en cuyo caso el garante podría desvincularse sin afectar a la validez del contrato principal (simplemente, el prestamista se quedaría sin la garantía), y entonces creemos que la mejor solución sería admitir esta impugnación, con la consecuente declaración de nulidad del contrato de garantía en caso de que prosperase.

(36) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, com. art. 83 TRLGDCU, en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 754-756 y 762 (también «La nulidad de las condiciones generales», en DELGADO ECHEVERRÍA (Coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 216-217).

(37) En este sentido, GALLEGU SÁNCHEZ, «La obligación de evaluar...», *cit.*, p. 235, salvo que se permitiera una nulidad parcial de ciertas cláusulas, lo que sí podría interesar al consumidor.

Podría ser una medida también efectiva contra el fenómeno de las sobregarantías o garantías desproporcionadas³⁸, como una forma de concesión abusiva de crédito que ya se ha puesto en marcha en otros países de nuestro entorno, como en Francia, que protege al fiador persona natural cuando existe una desproporción no tanto entre las garantías y el crédito garantizado, sino básicamente entre las garantías (personales o reales) y la capacidad del garante de hacer frente a los pagos comprometidos, de manera que el prestamista no puede dirigirse al fiador, salvo que al tiempo de la reclamación éste cuente con bienes suficientes (arts. L313-10 y L341-4 del Código de Consumo francés).

c) La pérdida de derechos derivados del contrato como sanción al prestamista

Por las razones antes enumeradas –y no por su posible afectación a la libertad contractual: son las normas imperativas las que establecen el marco de la libertad contractual– creemos preferible optar en los tres casos enumerados en el apartado anterior (test de solvencia negativo, ausencia de evaluación o su no constancia y evaluación positiva por negligencia grave) por la permanencia del contrato principal, pero imponiendo al prestamista una sanción tasada y fácilmente calculable³⁹, que perfectamente podría ser la pérdida de los intereses moratorios y/o remuneratorios pactados, adoptando soluciones que ya se encuentran en algunos países de nuestro entorno, como Francia, Bélgica o Suiza⁴⁰.

(38) Sobre la impugnación de la garantía por excesiva onerosidad o desequilibrio de las prestaciones: GÓMEZ-BLANES, P., «El fiador «vulnerable» y su protección por el Derecho», *RDBB*, núm. 123, 2011, pp. 180 y ss., respecto al Derecho alemán e inglés.

(39) Esta parece la posición de DÍAZ ALABART, «Evaluación de la solvencia...», *cit.*, pp. 236-237, que pone como posible ejemplo a seguir el art. 21.3 de la LCC, de manera que el prestatario solamente quede obligado a pagar el nominal del crédito en los plazos acordados.

Sin embargo, ZUNZUNEGUI, «Evaluación de la solvencia...», *cit.*, p. 21, aboga por reconocer en estos casos una acción de responsabilidad civil (contractual) frente al prestamista: «(...) de tal modo que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del cliente y abstenerse de ofrecerle productos incoherentes a su perfil constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos», en línea con lo decidido por la STS de 18 de abril de 2013, que integra los deberes de diligencia e información de las empresas de servicios de inversión en el mercado de valores como obligaciones contractuales derivadas de la buena fe.

(40) En Francia, el art. L311-48 de su Código de consumo permite en estos casos (incluyendo la obligación del prestamista de consultar una concreta base de datos: arts. L.311-9 en relación al L.333-4) al prestatario impugnar el contrato y obtener del juez una condonación total o parcial de los intereses remuneratorios, manteniendo el calendario de pagos acordado, con devolución de las cantidades indebidamente cobradas por el prestamista o imputándolas al capital pendiente (y sin que el prestamista pueda resultar beneficiado por la aplicación de otras normas: STJUE, 4.^a, de 27 de marzo de 2014 (Ar. 126; asunto *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*); parecidamente en Bélgica, aunque con extensión también a los intereses moratorios, mientras que en Suiza se puede privar al prestamista también del principal cuando se superan los estrictos límites legalmente establecidos: *vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. (Comentario a la STJUE, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto C-565/2012, *Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalhan*)», *La Ley Unión Europea*, n.º 16, 2014, pp. 47-53; CUENA CASAS, «Préstamo responsable...», *cit.*, pp. 170-171; también en «El sobreendeudamiento privado...», *cit.*, notas 105-107, pp. 71-72, partidaria de mantener la validez del contrato, pero imponiendo sanciones al prestamista tales como la pérdida de los intereses (p. 79).

De esta manera, habría que recalcular las cuotas pendientes, deduciendo del capital pendiente los intereses ya abonados si el préstamo debe continuar, mientras que si ya venció a instancia del prestamista, entonces la deducción de los intereses deberá hacerse respecto a la cantidad pendiente, siempre que el proceso judicial seguido, en su caso, permita hacer valer esta causa de oposición (en caso contrario deberá acudir a un declarativo para reclamar estas cantidades). Todo ello sin perjuicio de que los prestatarios (como los garantes) puedan pagar anticipadamente, con deducción de los intereses nuevamente.

Técnicamente hablando podría estructurarse como una nulidad absoluta parcial por vulneración de normas imperativas, que ha de provocar la nulidad de la cláusula de intereses, o bien, podría establecerse la pérdida de los intereses como una sanción legal al comportamiento irresponsable del prestamista y de la que se verían favorecidos el prestatario y los garantes.

En contra de este planteamiento podría pensarse que la disponibilidad de esta sanción puede propiciar un comportamiento calculador del prestatario: primero paga la deuda si puede, y cuando ya haya devuelto el suficiente capital y pagado intereses remuneratorios en cuantía suficiente para compensar con el valor del préstamo que ha de restituir, impugnará el contrato por esta causa para poder disfrutar así de un préstamo sin intereses. Sin embargo, nada tenemos que reprochar a este comportamiento estrictamente legal y entendemos que no abusivo del prestatario, fruto del ejercicio de derechos establecidos en una futura ley que así los recogiera, como puede ocurrir cuando el contrato incluye cláusulas abusivas.

También podría argumentarse que la imposición de estas u otras sanciones similares al prestamista podrían venir a «premiar» un posible comportamiento también irresponsable del propio prestatario o del garante: aceptar un préstamo o aceptar la prestación de una garantía a sabiendas –cuando así sea– del resultado negativo de su solvencia o que éste no se ha realizado⁴¹.

Sin embargo a esta objeción podría oponerse que no puede situarse al prestamista y a los consumidores en el mismo nivel: el prestamista es un profesional del crédito que conoce o debe conocer la importancia y las implicaciones que el test de solvencia tiene en su ámbito de actividad empresarial, mientras que el consumidor no tiene por qué conocer el alcance que el resultado negativo del test o la ausencia del mismo ha de tener respecto a la concesión del préstamo o la aceptación de la garantía. Muy probablemente el consumidor no es consciente o desconoce la trascendencia de un test técnico de solvencia que ha de realizar un profesional y experto prestamista, aunque se le haya advertido (normalmente por escrito y dentro de la documentación atinente a la información contractual) de que el crédito no podrá concederse si el resultado es negativo o si la evaluación no se puede llevar a cabo, como establece la propia Directiva.

En cualquier caso y teniendo en cuenta que las sanciones administrativas no han sido demasiado eficaces (y disuasorias, por tanto) en los años precedentes para el cum-

(41) Así opina GALLEGO SÁNCHEZ, «La obligación de evaluar...», *cit.*, p. 238.

plimiento de las normas prudenciales de supervisión bancaria y que no disponemos de las sanciones contractuales existentes en otros países, creo que el legislador español debería reflexionar muy seriamente, más allá de las concretas circunstancias económicas y financieras actuales y pensando también en la prevención de problemas futuros, si las sanciones contractuales que aquí se han enumerado, u otras posibles, resultan más eficaces que las normas prudenciales para luchar eficazmente contra el endeudamiento excesivo en nuestro país en el futuro. Es posible que otros países europeos no necesiten de normas similares, porque desde el inicio de la actual crisis económica han venido implementando medidas eficaces para conseguir estos objetivos⁴², pero este no es el caso de España y creo que no debemos dejar las cosas en el mismo punto en el que están ahora.

La actividad crediticia es un negocio que entraña riesgo y no se trata de pretender eliminarlo, sino solamente de reducirlo a límites razonables y asumibles, sin que pueda dejar de reconocerse por ello a las entidades financieras un suficiente margen de discrecionalidad para que puedan determinar si, a su juicio, será o no probable que los potenciales prestatarios o garantes puedan hacer frente a las obligaciones que pretenden asumir durante todo el plazo de duración del contrato en consideración a su situación financiera.

Creo que no se les está pidiendo una precisión casi matemática de calificación crediticia, como por cierto ocurre en otros países⁴³, pero sí al menos que realicen un esfuerzo suficientemente riguroso y serio en este sentido y que finalmente emitan una conclusión o resultado. Al fin y al cabo, a esto se dedican y llevan haciéndolo toda la vida.

IV. CONCLUSIONES

Primera. El alto nivel de protección que las normas europeas y españolas reguladoras de los préstamos y créditos hipotecarios tratan de dispensar al consumidor o usuario debe extenderse expresamente a los terceros garantes, personales o reales, que con mucha frecuencia en la práctica española intervienen en dichos contratos. Se está pensando básicamente en el cumplimiento por parte del prestamista de deberes de información precontractual y contractual y de evaluación de la solvencia de los mismos,

(42) Es el caso de Reino Unido, que desde 2009 viene estableciendo concretos deberes de evaluación de la solvencia de los deudores en los préstamos hipotecarios y que en 2012 y tras una revisión se reforzaron imponiendo otras obligaciones, como un llamado test de estrés sobre el impacto de futuros incrementos del tipo de interés, o asegurándose de que el prestatario presenta una aceptable estrategia de pagos. Por otra parte, el prestamista cuenta en principio con libertad para realizar la evaluación de la solvencia, pero se establece y detalla un mínimo de requerimientos que debe cumplir para un préstamo responsable, acompañado de importantes sanciones económicas y con la posibilidad de la pérdida de su licencia por parte del prestamista (*vid.* MAK, «What is responsible lending?..., *cit.*, pp. 419-420, en su estudio comparativo entre UK y Holanda, país este último que ha seguido la misma senda).

(43) Propio de los países anglosajones: CUENA CASAS, «Préstamo responsable...», *cit.*, pp. 178-179.

como parte de un deber de prestar responsablemente y de prevenir el sobreendeudamiento del consumidor.

Segunda. Los terceros garantes consumidores deben ser informados clara y suficientemente de la forma y extensión de las obligaciones que habrían de asumir conforme a la garantía que se proyecta otorgar al contrato de préstamo hipotecario, es decir, de su posición jurídica y económica en relación al contrato principal (los riesgos del contrato).

Tercera. También la obligación de evaluación de la solvencia debe exigirse respecto a los garantes personales (fiadores, avalistas) en cuanto que han asumido el cumplimiento de la obligación principal, y por tanto, debe evaluarse también respecto de éstos y con profundidad sus perspectivas de cumplimiento. Cuando dichos garantes ocupen en la estructura contractual y económica del contrato la misma posición que el prestatario o deudor principal (como deudores solidarios), entonces la evaluación de la solvencia debe exigirse en los mismos términos y con la misma profundidad que respecto del prestatario.

Cuarta. En caso de evaluación con resultado negativo, de imposibilidad de evaluación adecuada o resultar ésta positiva por negligencia grave del prestamista (siempre que se haya celebrado el contrato), debería optarse por la permanencia del contrato principal, pero imponiendo al prestamista una sanción tasada y fácilmente calculable, como podrían ser la pérdida de los intereses moratorios y/o remuneratorios pactados, siguiendo el ejemplo de algunos países de nuestro entorno. Respecto a los garantes personales, la consecuencia jurídica debería ser la pérdida de la garantía para el acreedor.

Quinta. De cara a una futura transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, y además de las consideraciones anteriores, constituyen en nuestra opinión modelos a seguir por parte del legislador español la reforma del Código de Consumo de Cataluña llevada a cabo por Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, y la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, de Andalucía.