

## EL PRESTATARIO, EL FIADOR O EL GARANTE EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO<sup>1</sup>

*María Serrano Fernández*

Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Pablo de Olavide

---

TITLE: *The borrower, surety or guarantor in the regulatory Law of the immobiliary credits contracts*

RESUMEN: La Directiva 2014/17/UE tiene por objeto establecer el marco normativo de los contratos de crédito para bienes inmuebles. Sujetos de dicho contrato son el prestamista y el prestatario. Con respecto a este último, la Directiva restringe la condición de prestatario a los sujetos que tengan la condición de consumidor. Dado su carácter multidisciplinar, en nuestro país la competencia para regular en materia de Derecho de consumo resulta compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ello plantea el interrogante de delimitar las relaciones entre la legislación estatal y la autonómica. Respecto de Cataluña, que ha transpuesto parcialmente la Directiva 2014/17/UE, es fundamental analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de mayo, que declara inconstitucionales determinados preceptos de la Ley 20/2014, que introduce un nuevo Título VI en el Libro II del Código de consumo catalán. Por el contrario, la Ley 3/2016, de 9 de junio, de Andalucía contiene una regulación de carácter administrativo, que no colisiona con la legislación estatal. En lo relativo al ámbito subjetivo de aplicación del nuevo texto normativo, el legislador español no ha seguido el criterio de la Directiva comunitaria y fija un ámbito subjetivo de aplicación más amplio, al incluir los créditos hipotecarios concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física. En consecuencia, para ser prestatario ya no constituye un requisito indispensable ser consumidor. Sin embargo, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las personas jurídicas que pudieran tener la consideración de consumidoras al amparo del artículo 3 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Respecto de la figura del fiador o del garante, Ley prescinde del principio de accesoriedad, de forma que estos sujetos son objeto de protección por sí mismos, no por serlo también el prestatario. El objeto de este trabajo es analizar las figuras del prestatario y al fiador o garante, así como las consecuencias de orden práctico que conlleva la opción asumida por el legislador español.

ABSTRACT: *The Directive 2014/17 / UE aims to establish the normative framework for credit contracts for real estate. Subjects of said contract are the lender and the borrower. The Directive restricts the borrower's condition to the subjects that have the status of consumer. Given its multidisciplinary nature, in our country competence to regulate consumer law is shared between the State and the Autonomous Communities. This raises the question of delimiting the relationship between state and regional legislation. With regard to Catalonia, which has partially transposed Directive 2014/17/EU, it is essential to analyse the Judgment of the Constitutional Court 54/2018 of 24 May declaring certain provisions of*

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Redes de Excelencia DER 2016-81966-REDT «Registro, mercado crediticio y crisis económica», financiado por MINECO.

*Law 20/2014 unconstitutional, which introduces a new Title VI in Book II of the Catalan Consumer Code. On the contrary, the Law 3/2916, of June 9, Andalusia contains an administrative regulation, which does not conflict with state legislation. Regarding the subjective scope of application of the new normative text, the Spanish legislator has not followed the criterion of the Community Directive and sets a subjective scope of broader application, by including mortgage loans granted by individuals or legal entities that perform said activity in a professional manner, when the borrower, surety or guarantor is a natural person. Consequently, to be a borrower, it is no longer an indispensable requirement to be a consumer. However, legal persons who may be considered consumers under Article 3 of the General Consumers and Users Act are excluded from its scope. Regarding the figure of surety or guarantor, Law dispenses with the principle of subsidiarity, so that these subjects are protected by themselves, not because the borrower is also protected. The purpose of this paper is to analyze the figures of the borrower and the surety or the guarantor, as well as the practical consequences that the option assumed by the Spanish legislator entails.*

PALABRAS CLAVE: Prestatario, consumidor y fiador o garante.

KEY WORDS: *Borrower, consumer and surety or guarantor.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DIRECTIVA 2014/17/UE SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL. 2.1. *Planteamiento*. 2.2. *El consumidor*. 2.2.1. Relación indirecta del acto de consumo con el núcleo de la actividad empresarial. 2.2.2. ¿Puede el consumidor tener ánimo de lucro? 2.2.3. El consumidor mixto. 2.2.4. La exclusión de la noción de consumidor de las personas jurídicas. 3. EL PRESTATARIO, EL FIADOR O EL GARANTE EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO DE INMOBILIARIO. 3.1. *La dispersión legal en materia protección del prestatario en los contratos de crédito inmobiliario y crédito al consumo*. 3.1.1. Compatibilidad entre la LCCI y la Ley 2/2009, de 31 de marzo. 3.1.2. Coexistencia de la LCCI con la normativa autonómica: Código de consumo catalán y la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio. 3.1.3. ¿Una regulación única del crédito al consumo y del crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial? 3.2. *El prestatario*. 3.2.1. El prestatario no tiene que ser consumidor. 3.2.2. La exclusión de las personas jurídicas de la noción de prestatario. 3.3. *El fiador o garante*. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si retrocedemos unos quince o quizás veinte años en el tiempo, nos encontramos con un panorama en el que el asentamiento de la sociedad de consumo, unido al interés por fomentar el crédito como motor de desarrollo económico y de acceso a la vivienda, conllevó la concesión de contratos de préstamos, garantizados habitualmente mediante hipoteca, que tenían como finalidad típica la compra de la vivienda habitual<sup>2</sup>. Dichos contratos partían de un escenario que, desde nuestro punto de vista, adolecía de dos errores importantes. El primero, que el precio de los inmuebles no bajaría nunca; inmuebles que, en ocasiones, se habían tasado generosamente. El segundo, que dichos préstamos se otorgaron sin evaluar adecuadamente la solvencia del prestatario, ni su capacidad de reembolso. Tan solo se tuvo en cuenta el valor del inmueble dado en

<sup>2</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, dir. Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Juna Pablo Murga, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 265.

garantía, de modo que las entidades de crédito confiaron en que los deudores podrían hacer frente a sus obligaciones; en caso contrario, la ejecución de la garantía les permitiría la recuperación del crédito<sup>3</sup>.

Sin embargo, como es sabido, la crisis económica sufrida por nuestro país, que podemos situar en torno a los años 2008-2009, determinó que muchos españoles no pudieran hacer frente a sus obligaciones, lo cual conllevó la ejecución hipotecaria y la pérdida del bien inmueble. Ciertamente, dicha situación de crisis económica trajo consigo un conjunto de reformas legales cuya finalidad era dar respuesta a ese nuevo escenario socio-económico; no obstante, tampoco se trataba de hacer tabla rasa de nuestro anterior sistema. Como reconoce el legislador español:

«El sistema hipotecario español y, en particular, el régimen de concesión de préstamos y créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria ha hecho posible que numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad y que lo hagan en una proporción superior a la de muchos países de nuestro entorno. Garantizar un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz, que proteja este tipo de operaciones es una exigencia que deriva no solo de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión Europea, sino de los indudables beneficios que supone para la economía de un país».

<sup>3</sup> CUENA CASAS, Matilde, «Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo», *Hay Derecho* disponible en <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/> [Consulta 27 de mayo 2018]; esta autora señala que, sobre la base de que el precio de los inmuebles no bajaría nunca, se prestó alegremente sin valorar adecuadamente la solvencia del prestatario, ni su capacidad de reembolso. Tan solo se tuvo en cuenta el valor del inmueble dado en garantía, tasado generosamente con base en el optimismo de que el inmueble valdría más en el momento de una eventual ejecución, que en el de concederse el préstamo. Los bancos no evaluaron correctamente la solvencia del deudor, su capacidad de pago y si lo hicieron, prescindieron de sus resultados. Atendieron al valor de la garantía, al valor de un bien de valor incierto (sujeto a las fluctuaciones de la oferta y la demanda), inventando un escenario de subida de precios. Se habían sentado las bases de una nueva burbuja, en este caso, inmobiliaria. En el mismo sentido, DE LA PEÑA, LUIS Y LÓPEZ FRÍAS, Juan, «Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico», *Revista de derecho bancario y bursátil*, (2013), nº 130, p. 48, ponen de manifiesto que durante los años de bonanza económica el mercado crediticio español se caracterizó por una asombrosa facilidad de acceso al crédito, tanto a profesionales como a particulares. La filosofía imperante en este contexto consistía en el otorgamiento de créditos, singularmente crédito hipotecario, en grandes volúmenes, pues las entidades de crédito confiaban en que los deudores podrían hacer frente a sus obligaciones y que, de lo contrario, la ejecución de la garantía les permitiría la recuperación del crédito. Esta creencia se debía a que el mercado inmobiliario estaba en auge y parecía que los precios de la vivienda mantendrían su tradicional crecimiento exponencial *sine die*. Por su parte, SÁNCHEZ GÁLVEZ, Francisco, «Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Régimen de transitoriedad», *Diario La Ley*, (2019), nº 9423, pp. 1 y 2, afirma que los efectos de la crisis siguen aún vivos, por lo que en este contexto la orientación de las leyes y los criterios que pueden servir en su interpretación por las instituciones reviste suma importancia; en este entorno, la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario se orienta hacia la humanización de la contratación, en línea con otras leyes que se han dictado y con las interpretaciones judiciales tanto a nivel comunitario como nacional que se han consolidado en ese periodo.

Atendiendo a su ámbito subjetivo, esas reformas legales a las que hacíamos referencia pueden dividirse en dos grandes grupos. El primero está representado por aquel grupo de disposiciones cuyo ámbito subjetivo no se restringe a la persona del consumidor, sino que extiende su ámbito de aplicación a todas las personas físicas que actúan en el ámbito de su actividad empresarial<sup>4</sup>. El segundo lo integran aquellos textos legales que limitan su ámbito de aplicación a los consumidores; esto es, personas físicas que en las relaciones contractuales reguladas por la Ley actúan al margen de su actividad comercial o profesional<sup>5</sup>.

Con el objetivo de establecer un régimen específico de protección de las personas físicas que participan como deudoras, o titulares de garantías en créditos inmobiliarios, en el año 2014 se publicó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n1 1093/2010 (en adelante DCCI).

A fin de trasponer dicha Directiva al Derecho español se ha aprobado la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI)<sup>6</sup>. El objeto de este texto normativo es doble: Por un lado, se incorpora al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE sobre los

<sup>4</sup> El primer bloque normativo lo constituyen la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES); la Ordenanza EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios; la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de créditos. El ámbito subjetivo de este conjunto de normas no se restringe al consumidor, sino que se extiende a todas las personas físicas que actúan en el ámbito de su actividad empresarial.

<sup>5</sup> El segundo bloque normativo lo constituye la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante LCC) que traspone la Directiva 2008/48/CEE de Crédito al Consumo; dicha normativa restringe su ámbito de aplicación a los consumidores, esto es, personas físicas que en las relaciones contractuales reguladas por la Ley actúan al margen de su actividad comercial o profesional. Sobre esta cuestión, véase GALLEGOS SÁNCHEZ, Esperanza, «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, coord. por Lorenzo Prats Albentosa, Matilde Cuenca Casas y Carlos Alonso Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 207-242

<sup>6</sup> Publicada en el BOE de 16 de marzo de 2019. Sobre el régimen de transitoriedad de la nueva LCC, SÁNCHEZ GÁLVEZ, Francisco, op. cit. pp. 3-15. Sobre la tramitación de la Ley, PÉREZ HEREZA, Juan: «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *Notario del siglo XXI*, (2019), nº 85. Disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/opinion/opinion/9292-el-tortuoso-camino-de-aprobacion-de-la-ley-5-2019-los-cambios-introducidos-durante-la-tramitacion-y-su-encaje-en-el-texto-final> [Consulta: 8 de junio 2019].

contratos de créditos inmobiliarios. Por otro lado, se introducen a lo largo del articulado una serie de disposiciones que regulan aspectos que no están específicamente previstos en la normativa europea, o que van más allá de su contenido y cuya finalidad es reforzar determinados aspectos del régimen jurídico de la contratación hipotecaria, ya sea exigiendo mayores garantías, reforzando las existentes o estableciendo una regulación clara y sencilla que evite dudas interpretativas innecesarias; en última instancia, el objetivo de estos preceptos es reforzar el proceso de contratación y la ejecución de estos préstamos.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la LCCI, los sujetos que intervienen en los contratos de crédito inmobiliario son, por un lado, el prestamista, el intermediario del crédito inmobiliario y el representante designado. En la otra parte de la relación contractual se encuentra el prestatario, y eventualmente, el fiador o el garante. El presente trabajo se va a centrar fundamentalmente en el estudio estas tres últimas figuras. No obstante, para una mejor comprensión del tema resulta imprescindible analizar, en primer lugar, la Directiva comunitaria de la que trae causa la citada LCCI, a fin de poder realizar un análisis comparativo entre ambas normas.

## 2. LA DIRECTIVA 2014/17/UE SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL

### 2.1. Planteamiento

El artículo 3, bajo la rúbrica *Ámbito de aplicación*, señala que la Directiva se aplica a los contratos de préstamo o crédito que tengan por objeto:

- a) Contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada por un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial.
- b) Contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

Vemos, pues, que mientras en el primer supuesto lo importante es que se trate de un contrato de crédito que esté garantizado sobre un inmueble de uso residencial, sin importar la finalidad de dicho crédito en el segundo lo relevante es, precisamente, el fin para el que se solicita el crédito<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *Indret*, (2017), nº 2, pp. 15 y 16, pone de manifiesto que el

Los sujetos que intervienen en la celebración del contrato de crédito inmobiliario son, por un lado, las personas físicas o jurídicas que realicen de manera profesional la concesión de los préstamos: el prestamista, el intermediario del crédito y el representante designado. En la otra parte del contrato está el consumidor. Nuestro estudio, de acuerdo con el objeto del presente trabajo, se va a centrar solo en la figura del consumidor<sup>8</sup>.

## 2.2. El consumidor

De acuerdo con la remisión que el art. 4.1 de la DCCI realiza al art. 3 de la Directiva 2008/48/CE es consumidor toda persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúe con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional<sup>9</sup>. Este concepto de consumidor no coincide exactamente con el descrito en la Directiva 2011/83/UE, de 25 de diciembre, sobre los derechos de los consumidores. En efecto, la Directiva 2008/48/CE se refiere al consumidor que actúa *con fines* que están al margen de su actividad comercial..., mientras que para la Directiva 2011/83/UE es consumidor aquel que actúa con un *propósito ajeno* a su actividad comercial (art.

---

ámbito de aplicación de la norma incluye el crédito garantizado al consumo (vgr. para financiar las vacaciones, comprar una lavadora, o pagar la factura del médico); o el que sirve para refaccionar el inmueble, si está igualmente garantizado sobre un inmueble de uso residencial; así como el crédito que tiene la finalidad de invertir en la conservación o adquisición de inmuebles (fincas o edificios construidos o por construir), esté garantizado o no.

<sup>8</sup> A juicio de PASQUAU LIAÑO, Miguel, «De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación», *El contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, coord. por Beatriz Añoveros Terradas y Sergio Llebaría Samper, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 272 y 273, la noción de consumidor no es una noción sustancial, ni tampoco descriptiva de una realidad. Es una construcción, una ficción jurídica necesaria para definir el ámbito de aplicación de determinadas normas y para sustentar una política legislativa. Es, más bien, una definición negativa: es consumidor quién contrata con un profesional o empresario, *sin serlo*. Sobre el concepto de consumidor: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 3», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-70 y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario al artículo 3», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011, pp. 103-154.

<sup>9</sup> La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de créditos al consumo, derogó la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986. En esta última norma se consideraba consumidor a la persona física que actúa con fines *que pueden considerarse* al margen de su oficio o profesión. Dicha expresión se había considerado poco acertada en la medida que era capaz de introducir un amplio margen de oponibilidad y posibles ambigüedades interpretativas. Según señala ORDÁS ALONSO, Marta, «El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo», *Aranzadi Civil*, 2008-III, p.2685, el legislador comunitario tomó buena nota y en la Directiva 2008/48/UE se muestra mucho más contundente, al dejar manifiestamente claro que el consumidor debe actuar con fines que estén al margen de su actividad comercial o empresarial.

2.1). Es solo un matiz, pero no deja de ser importante. Para Albiez Dohrmann, al menos en los contratos de crédito al consumo y los contratos de préstamo para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, se debe estar al fin de la operación económica jurídica y no al propósito del consumidor que tiene claramente una connotación subjetiva. Por ello, la definición de consumidor en el sector bancario, haciendo depender del fin con que se actúa, debe considerarse acertada porque lo determinante no es el propósito, sino el fin que se pretende con las operaciones bancarias: créditos para adquirir bienes de consumo y bienes inmuebles de uso residencial<sup>10</sup>.

Al margen de que centremos nuestra atención en la expresión *fin*, otorgándole a ésta un sentido objetivo, o en el verbo *actúa*, lo que parece evidente es que la Directiva 20014/17/UE ha optado por acoger un concepto de consumidor de carácter objetivo, en el que el criterio determinante para decidir si el sujeto tiene o no la condición de consumidor es funcional, consistente en evaluar si el contrato de crédito es ajeno al ejercicio de su profesión. En consecuencia, quien actúa con un fin profesional, sea o no un experto en la materia del contrato, no es consumidor. Analizaremos, a continuación, algunos supuestos concretos en los que resulta dudoso su inclusión en la noción legal de consumidor.

<sup>10</sup> ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, mayo-junio 2016, p. 17 y «Algunas reflexiones básicas sobre el ámbito de aplicación de la futura regulación legal de los contratos de crédito inmobiliario», *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, dir. por José Luis Pérez-Serrabona, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 82. Un tesis contraria a mantenida por este autor, en el sentido de que las expresiones *fin* y *propósito* son susceptibles de diferenciarse, es la defendida por MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El “nuevo” concepto de consumidor o empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2014, pp. 9-16; ciertamente, este autor se refiere a las modificaciones introducidas en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU) por la Ley 3/2014, pero sus reflexiones son igualmente aplicables a las definiciones de consumidor previstas en las Directivas 2008/48/CE y 2011/83/UE. Así, en su actual redacción, el artículo 3 TRLGDCU considera consumidores o usuarios «a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». En opinión de Marín López lo relevante es que el consumidor actúe con un propósito ajeno, con unos fines ajenos, o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. *La referencia a los propósitos o a los fines remite a un parámetro subjetivo* (la cursiva es nuestra). Pero la utilización del término *actuar* hace referencia a un criterio objetivo, que se aproxima al acto de consumo, según el cual lo decisivo no es el propósito o la finalidad perseguida por el sujeto, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido. En iguales términos se pronuncia C BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, op. cit. p. 59 y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, op. cit. p. 133.

### 2.2.1. Relación indirecta del acto de consumo con el núcleo de la actividad empresarial

El primer supuesto que ha generado un debate en la doctrina es el de si merecen protección como consumidores aquellos profesionales que realizan actos de consumo que solo de manera indirecta están relacionados con su actividad empresarial. Un ejemplo típico es el del pequeño comerciante que instala una alarma en su establecimiento, o contrata un servicio de limpieza para su local. Sin duda, estos actos están fuera del ámbito del objeto principal de su profesión y únicamente de forma tangencial guardan relación con su actividad empresarial. Aun siendo cierta estas consideraciones, la mayor parte de la doctrina estima que dichos sujetos no deben ser considerados consumidores, ya que no son actuaciones *ajenas* a una actividad profesional o empresarial<sup>11</sup>. Refiriéndose especialmente al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2008/48/CE, Ordás Alonso afirma que, en estos supuestos, el prestatario no actúa con un fin que esté al margen de su actividad comercial o profesional como exige el artículo 3.a) ya que, aunque sea de modo indirecto, los bienes y servicios financiados se integran en su actividad; por este motivo no deben estar incluidos en el ámbito de aplicación de la regulación tuitiva del consumidor. Teniendo presente que la Directiva de 2014/17/UE se remite a la noción de consumidor prevista en la Directiva 2008/48/UE, la solución para los actos relacionados de manera indirecta con la actividad profesional del sujeto debe ser la misma; es decir, en estos casos el sujeto no debe ser considerado consumidor<sup>12</sup>.

Un planteamiento diferente es el defendido por otros autores como Pasquau Liaño el cual sostiene que los profesionales, autónomos o pequeños empresarios, que acuden al mercado para contratar productos o servicios necesarios para el desempeño de su actividad, también merecerían ser objeto de protección. La razón es que, en no pocos casos, concurren en ellos las mismas razones que motivaron al legislador a otorgar una protección a los consumidores: no son expertos en la materia concreta del contrato, no han predispuesto el contenido contractual y se encuentran en una situación de típica inferioridad negociadora. De acuerdo con este planteamiento, la protección se haría extensiva a estos sujetos si el legislador comunitario hubiera definido la noción de consumidor atendiendo al criterio de *la competencia profesional sobre la materia del contrato*. De este modo, si esta es completamente ajena al giro o tráfico habitual del profesional o empresario, esto es, si no hay relación entre su ámbito de competencia

<sup>11</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El “nuevo” concepto de consumidor...», op. cit. pp. 11 y 12. En parecidos términos, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, op. cit, pp. 139 y 140 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, op. cit. pp. 65 y 66.

<sup>12</sup> Op. cit. p. 2688.



profesional y la materia contractual, merecería la protección típica de los consumidores cuando se contrata con alguien que sí tiene tal competencia. La razón es que, en estos casos, concurren factores objetivos de debilidad contractual<sup>13</sup>. Discrepa de esta delimitación BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, al estimar que:

«El consumidor no está protegido especialmente por razón de su falta de cualificación o conocimiento frente al profesional con respecto a los bienes o servicios que adquiere o utiliza; tampoco en función de su menor capacidad económica frente a aquel. No son esas las diferencias que el Derecho de consumo pretende subsanar. El consumidor es protegido porque, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar bienes o servicios para ello. Quien ingresa en el mercado con ánimo de lucro lo hace voluntariamente, y no merece tal protección, aunque en ocasiones tenga que actuar fuera de su especialidad profesional o empresarial, en condiciones de inferioridad por razón de ello frente al empresario profesional que le suministra bienes o servicios. Toda su actividad empresarial o profesional, incluida la que se produce fuera de su giro propio o habitual, queda excluida de la protección propia del consumidor. Por otra parte, razones de seguridad jurídica apoyan esta solución: quien contrata con un profesional o empresa debe tener la seguridad de que no trata con un consumidor»<sup>14</sup>.

Al margen del debate doctrinal suscitado, lo cierto es que la extensión del concepto de consumidor al sujeto que realiza este tipo de actos no ha sido admitida por la

<sup>13</sup> Op. cit. p. 272. Estaríamos ante una noción amplia, que se ajustaría a las verdaderas razones que justifican una protección singular y diferenciada; no obstante, reconoce PASQUAU LIAÑO que cuanto más se busque tratar del mismo modo a quienes frente al contrato se encuentren en una situación característica similar, más confusa e inmanejable será la noción de consumidor, más inseguridad jurídica inoculará al sistema y menos definido vendrá el ámbito de aplicación de las normas del llamado Derecho de consumo. En la jurisprudencia también encontramos algunas sentencias que han considerado que estos supuestos se integran dentro del concepto de consumidor; así la conocida SAP de Burgos de 15/2/2001, Sentencia núm. 92/2001 de 15 febrero (AC 2001\875) y SAP de Teruel de 31/10/2002, Sentencia núm. 171/2002 de 31 octubre (AC 2002\1508). En el mismo sentido se pronuncia ANDERSON, Miriam, «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español», *La europeización del Derecho Privado*, dir. por Esther Arroyo Amayuelas y Ángel Serrano de Nicolás, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 54; esta autora alude al debate actual acerca de la conveniencia de extender esta normativa, en general, al profesional o empresario que actúe fuera del área en el que es experto. Por su parte, MUÑIZ ESPADA, Esther, *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el derecho europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 51 y 52 señala que lo curioso de la Directiva es que protege al consumidor, aunque sea un experto en la materia, pero no al profesional, aunque sea un total desconocedor de sus derechos, cuando actuar dentro de los fines profesionales no da la condición de entendido. Si la protección especial del consumidor se justifica por la necesidad de reorganizar un equilibrio contractual, que faltaría en quien desconoce o ignora las especificidades o el tecnicismo de la materia en relación con la otra parte contratante, parece excesivo proteger a todo tipo de consumidor cuando este sea un verdadero experto. La cuestión no es tanto que si se impusiera al profesional estaríamos trasladando la aplicación del Derecho de consumo al Derecho general de contratos, sino que habría que pensar en una categoría más amplia para la protección del ámbito subjetivo, que sería no tanto el consumidor, como el «contratante débil» o el «contratante vulnerable».

<sup>14</sup> Op. cit. p. 65.

jurisprudencia comunitaria, que estima que el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define al consumidor como una persona que «actúa para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Por tanto, del tenor y de la función de esta disposición resulta que esta solo se refiere al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (sentencia Shearson Lehman Hutton, antes citada, apartados 20 y 22).

«[...]De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de este, y no a la situación subjetiva de dicha persona. [...] Por tanto, es conforme con la letra y el espíritu, así como con el objetivo de las disposiciones consideradas, afirmar que el régimen particular de protección que estas introducen solo se refiere a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, actual o futura»<sup>15</sup>.

En definitiva, no tienen la consideración de consumidores y usuarios, a los efectos de la DCCI, aquellos sujetos que llevan a cabo actos que están fuera de su actividad profesional principal, de forma que solo de forma indirecta guardan relación con su actividad empresarial.

### 2.2.2. ¿Puede el consumidor tener ánimo de lucro?

Partiendo del concepto de consumidor como una persona física que actúa directa o indirectamente en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, se plantea la cuestión de si es posible que dicha actuación se realice con *ánimo de lucro*. Al respecto, la jurisprudencia comunitaria ha considerado que esa finalidad lucrativa no es un criterio de exclusión para la aplicación del concepto de consumidor<sup>16</sup>. Ahora bien, el ánimo de lucro del consumidor debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, pues si realiza dichas actividades regularmente en un periodo de tiempo corto, podría considerarse que con tales actos realiza una actividad empresarial o profesional, ya que dicha habitualidad es una cualidad legal del empresario.

### 2.2.3. El consumidor mixto

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) 3/7/1997, (asunto C-269/95). FJ 15, 16 y 18.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, las SSTJUE de 25 de octubre de 2005 (asunto C-350/03) y 10 de abril de 2008 (asunto C-412/06). En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Una lectura de la normativa en materia del crédito inmobiliario desde la perspectiva de los prestatarios», *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Terrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 141-145; en parecidos términos, CÁMARA LAPUENTE, Sergio: op. cit. p. 134 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, op. cit. p. 66.

La Directiva 2008/48/CE no incluía ninguna previsión respecto de su aplicabilidad a los contratos de doble finalidad, entendiendo por tal aquellos actos en los que el crédito se concede para satisfacer necesidades en parte relacionados y en parte no con las actividades profesionales del sujeto. Ante el silencio del legislador comunitario, el criterio a aplicar era el del fin principal que se persigue con el producto o servicio financiado<sup>17</sup>.

La Directiva 2014/17/UE, por el contrario, no sigue en este punto a la Directiva 2008/48/CE y señala en el Considerando 12 que:

«En los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada consumidor».

Este Considerando coincide con el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE<sup>18</sup>. Al respecto, es preciso tener en cuenta que la STJUE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) acoge una noción restrictiva de consumidor. Según declara el FJ 39 que:

«[...] una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en dichas disposiciones. El resultado únicamente sería distinto en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, solo tuviera un papel insignificante en

<sup>17</sup> ORDÁS ALONSO, Marta, op. cit. p. 2686. A juicio de esta autora si ambas finalidades fueran igualmente preponderantes, el crédito debería estar incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, dada la importancia que en la Unión Europea se concede a la protección de los consumidores y la configuración de tal protección como un principio general del derecho en algunos Estados miembros, como España. Más complicado es determinar si se aplicaría la citada Directiva en aquellos contratos en los que no se contiene una estipulación en la que conste el destino del capital prestado. En estos casos, señala esta autora que la afirmación o negación de la aplicación de la Ley tendría lugar a *posteriori*, sobre la base de la efectiva utilización del crédito para la financiación del consumo, o para la financiación de actividades comerciales o profesionales. Ahora bien, como no parece posible aguardar a conocer el destino dado al capital para calificar al crédito como de consumo, se deberá presumir el destino personal del crédito cuando el consumidor-persona física no se dedique al ejercicio de una profesión liberal.

<sup>18</sup> «La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor».

el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato<sup>19</sup>».

A tenor de lo afirmado en dicha sentencia, no es suficiente con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea *mínimo o insignificante*. Dicho de otro modo, aunque el fin particular predomine, si el fin comercial no es marginal, no puede considerarse consumidor.

Como se ha dicho, la Directiva 2014/17/UE señala en su Considerando 12 que en los contratos con doble finalidad si la actividad comercial o empresarial, o la profesión de la persona en cuestión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, el sujeto debe ser considerado consumidor. Hay dos formas de interpretar la expresión que *el objeto sea tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato*. La primera es entender que la legislación comunitaria ha querido seguir la doctrina contenida en la STJUE de 20 de enero de 2005, de forma que para ser consumidor es necesario que el fin comercial sea insignificante en relación con el fin privado. La segunda opción es entender que el Considerando 12, al igual que el 17, sigue el criterio del fin predominante; en consecuencia, será consumidor si el fin preponderante es el fin privado, aun cuando el comercial no sea marginal. En opinión de MARÍN LÓPEZ, la primera interpretación es la que debe adoptarse<sup>20</sup>.

Sin duda, la interpretación del concepto de consumidor mixto no está exenta de dificultades. Como hemos señalado, en ocasiones, la jurisprudencia del TJUE utiliza un criterio de interpretación restrictivo, del que es paradigma la citada STJUE 20 de enero de 2005. Pero también cabría defender la opinión contraria, con el argumento de que el concepto restrictivo de consumidor acogido en la citada sentencia tiene su sentido

<sup>19</sup> La decisión prejudicial planteada se refería a la interpretación, por el Tribunal de Justicia, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Gruber, propietario de una granja y con domicilio en Austria, y la sociedad alemana Bay Wa AG debido al supuesto cumplimiento defectuoso de un contrato celebrado con esta última. Lo relevante en este caso es que el 60% de la superficie total útil del inmueble se destinaba a vivienda familiar.

<sup>20</sup> «Una lectura de la normativa en materia de crédito...», op. cit. pp. 151-152. Dicho criterio es igualmente defendido por CÁMARA LAPUENTE, Sergio, op. cit. p. 146 con relación al Derecho español. Admite este autor que del examen de la jurisprudencia española no puede colegirse una solución clara y uniforme. Por ello, y en aras de la seguridad jurídica, resulta imperioso que el legislador se pronuncie sobre este punto. Mientras tanto, parece preferible realizar una interpretación del art. 3 TRLGDCU conforme al Derecho comunitario, de manera que se siga manteniendo una interpretación restrictiva de la noción de consumidor, en virtud de la cual, solo se debería recibir protección como consumidor cuando el uso profesional es marginal o insignificante. En parecidos términos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: op. cit. p. 66.

en el derecho procesal de consumo, pero no debe ser tomado en consideración en el derecho sustantivo o material por aplicación de la regla *pro consumatore*<sup>21</sup>. Es más, en ocasiones el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; al respecto, es paradigmática la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14)<sup>22</sup>.

#### 2.2.4. La exclusión de la noción de consumidor de las personas jurídicas

La Directiva 2014/17/UE considera consumidor exclusivamente a las personas físicas, dejando fuera de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas. Por el contrario, el artículo 3 del 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, considera también consumidores «a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> En contra de esa posibilidad se manifiesta CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Idem*, al considerar que en diversas ocasiones el TSJUE, en torno a la noción de consumidor, cita sentencias referidas al Derecho material en litigios sobre Derecho procesal y viceversa, por las convergencias literales en los preceptos y en su interpretación. A su juicio, la calidad con la que se actuó en el momento de contratar (bien como empresario con su específico régimen sustantivo, procesal, contable, tributario etc, o bien como particular o consumidor, aunque emplease parcial y minoritariamente el bien en tareas profesionales) pudiera tener cierta relevancia en el contexto de los actos mixtos, de cara a la prueba del uso predominante o residual, sobre la base del principio de la buena fe en las relaciones contractuales y la doctrina de los actos propios.

<sup>22</sup> El Sr. Costea, abogado, celebró un contrato de crédito con Volksbank. La devolución de ese préstamo se garantizó mediante una hipoteca constituida sobre un inmueble perteneciente al bufete de abogado del Sr. Costea. El citado contrato de crédito fue firmado por el Sr. Costea, por una parte, como prestatario y, por otra, como representante de su bufete de abogado, habida cuenta de la condición de garante hipotecario de dicho bufete. El Sr. Costea presentó ante la Judecătoria Oradea (tribunal de primera instancia de Oradea) una demanda en la que solicitaba, por una parte, la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo y, por otra parte, la anulación de dicha cláusula y la devolución de la citada comisión, percibida por Volksbank. Dadas esas circunstancias, el tribunal planteó la cuestión prejudicial relativa a si debe interpretarse el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE en relación con la definición del concepto de consumidor, en el sentido de que incluye o, por el contrario, de que excluye de tal definición a una persona física que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito con un banco, sin que se especifique el destino del crédito, figurando expresamente, en el marco de dicho contrato, la condición de garante hipotecario del bufete de esa persona física. La sentencia consideró que dicho sujeto puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado.

<sup>23</sup> En lo relativo a la razón de ser de dicha exclusión, el legislador comunitario considera que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, por lo que no necesitan disponer del mismo

Esta exclusión ha suscitado opiniones contrapuestas entre los autores. Un sector de la doctrina se muestra favorable a considerar consumidoras a determinadas personas jurídicas. Al respecto, se afirma que cuando los prestatarios, siendo personas jurídicas, adquieren un bien inmueble financiado sin ánimo de lucro, no realizan actividades empresariales, profesionales, comerciales o artesanales. En ese contexto, las personas jurídicas merecen la misma protección que la persona física en el ámbito bancario y financiero al concertar un crédito inmobiliario<sup>24</sup>. En contra de la posibilidad de incluir dentro de la noción de consumidor a determinadas personas jurídicas se manifiestan otros autores; el argumento que alegan es que el fin de la Directiva se refiere al crédito al consumo en relación con inmuebles de uso residencial. Dicho uso ha de ser del prestatario o de sus familiares, en el sentido de satisfacer las necesidades habitacionales de personas físicas, lo que poco tiene que ver con que las personas jurídicas necesiten, a efectos materiales, de un lugar donde desarrollar sus actividades y designar un domicilio en el sentido legal del término<sup>25</sup>.

---

grado de protección. Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no puedan establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar que las empresas celebren contratos de otro tipo (Cdo 11).

<sup>24</sup> ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Algunas reflexiones básicas...», op. cit. p. 82 y «Opciones legales...», op. cit. p. 20 y PASQUAU LIAÑO, Miguel, op. cit. p. 276. Un ejemplo típico sería el supuesto de pequeñas y medianas empresas, constituidas como personas jurídicas, comunidades de bienes o sociedades irregulares, que para obtener préstamos tienen que hipotecar sus locales de negocios u otros bienes inmuebles de su patrimonio. En parecidos términos y respecto del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE, ORDÁS ALONSO, Marta, op. cit. p. 2688 considera que si bien pudiera estimarse que el legislador comunitario debiera haber extendido el ámbito protector a pequeños empresarios, comerciantes, artesanos etc, lo cierto es que se trata de una opción de política legislativa que no ha sido la acogida; Por su parte, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, «Es necesario repensar la contratación de préstamos hipotecarios entre empresas (autónomos y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2015), nº 748, p.687, sugiere que nuestra legislación se modifique como ha hecho recientemente el Código de consumo catalán. En efecto, 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 introduce, en el artículo 2, un nuevo apartado al artículo 111-1 de la Ley 22/2010 reguladora del Código de consumo; el nuevo párrafo dispone que: «Los derechos y obligaciones establecidos por el presente código son de aplicación, en la medida que sean compatibles a: a) Las relaciones de prestación de servicios entre las personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado; b) Las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado y a las que tengan la consideración de microempresa de acuerdo con la Recomendación 2003/361 CE, de 6 de mayo». Realizan un comentario de dicha reforma NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, «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», *Revista de derecho bancario y bursátil*, (2015), nº. 139, pp. 11-55.

<sup>25</sup> DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO M<sup>ª</sup> Teresa, «La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17)*, dir. por Silvia Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2015, pp. 18 y 19.

Sin embargo, dicho argumento es discutible. La Directiva no da ninguna definición de que debe entenderse por bien inmueble de uso residencial, solo exige que *el inmueble sea de uso residencial*<sup>26</sup>. Desde mi punto de vista, el concepto de inmueble de uso residencial es más amplio que el de vivienda familiar, de forma que comprende cualquier inmueble que sirva de residencia. Pues bien, desde estos planteamientos, es evidente que no solo las personas físicas necesitan adquirir bienes inmuebles que tengan un uso residencial; también puede haber personas jurídicas que necesiten bienes inmuebles para su residencia, tales como las organizaciones no religiosas o las organizaciones no gubernamentales y que podrían ser igualmente merecedoras de protección<sup>27</sup>. En parecidos términos se manifiesta MUÑIZ ESPADA al considerar que vivienda de uso residencial es un concepto más amplio que el de vivienda familiar habitual, no concierne a la habitabilidad, ni se identifica con residencia principal, no se refiere a la primera residencia, sino a cualquier bien inmueble registrado que sea residencial y siempre que sea un consumidor. Ahora bien, de nuevo y al margen del debate doctrinal, la DCCI limita la condición de consumidora a las personas físicas, de modo que es evidente que las personas jurídicas no están dentro del ámbito de protección de la norma comunitaria<sup>28</sup>.

A diferencia de la Directiva, el TRLGDCU sí incluye a determinadas personas jurídicas en la noción de consumidor, pero no la LCCI. Veremos qué disfunciones introduce dicha discordancia en nuestro ordenamiento jurídico, al no poder acogerse determinadas personas jurídicas a la nueva ley, pero sí al TRLGDCU.

### 3. EL PRESTATARIO, EL FIADOR O EL GARANTE EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO DE INMOBILIARIO

#### *3.1. La dispersión legal en materia protección del prestatario en los contratos de crédito inmobiliario y crédito al consumo*

El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva ley se prevé en el artículo 2 que dispone lo siguiente:

«Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

<sup>26</sup> En todo caso, el Considerando nº 13 de la Directiva permite que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva, para proteger a los consumidores en relación con los contratos de crédito.

<sup>27</sup> ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Opciones legales...», op. cit. p. 18.

<sup>28</sup> Op. cit. p.39.

- a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.
- b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor».

La primera cuestión que tuvo que resolver el legislador español fue el marco normativo que debía seguir para transponer la Directiva. Al respecto, hubiera podido elegir entre tres opciones: la primera, consistía en la aprobación de una ley especial que regulase todas las materias de la Directiva; la segunda, podría consistir en una revisión y adaptación de la normativa ya existente en materia de créditos hipotecarios; finalmente, la tercera conllevaría la publicación de una ley que regulara conjuntamente el crédito al consumo y los créditos hipotecarios con los consumidores<sup>29</sup>. De entre dichas opciones, el legislador ha elegido la primera: promulgar una ley especial sobre contratos de crédito inmobiliario; elección que, sin embargo, se ha llevado a cabo sin coordinar la nueva ley con otros textos previos que regulan la materia relativa a los créditos hipotecarios.

Por otra parte, la Directiva 2014/17/UE ya se había traspuesto parcialmente en Cataluña a través de la citada Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. No obstante, como tendremos ocasión de analizar, algunos preceptos de dicha norma han sido declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 54/2018, de 24 de mayo, Sentencia núm. 54/2018 de 24 mayo, (RTC 2018\54). En el ámbito autonómico se ha de tener presente también la Ley 3/2016, de 9 de junio para la protección de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda, de Andalucía. Teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar en materia de protección de los consumidores y usuarios, será preciso analizar cómo coexiste la LCCI con la normativa autonómica.

Al análisis de las cuestiones apuntadas dedicaremos los siguientes apartados, comenzando por la compatibilidad de la nueva ley con otras normas de ámbito

<sup>29</sup> Un estudio de dichas opciones legales realiza ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Opciones legales...», op. cit. pp. 9 y ss.



nacional cuya finalidad es igualmente proteger a los prestatarios en materia de préstamos o créditos hipotecarios.

### 3.1.1. Compatibilidad entre la LCCI y la Ley 2/2009, de 31 de marzo

La Ley 2/2009, de 31 de marzo regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de intermediación para la celebración de contratos de préstamos y de créditos. En su Exposición de Motivos, el legislador reconoce que la normativa de protección de los consumidores y usuarios es bastante amplia en este ámbito. Sin embargo, el auge de dos fenómenos que hasta la fecha no contaban con una previsión normativa específica: los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito, justificaron la publicación de esta norma que pretende salvaguardar los intereses económicos y los derechos de los consumidores y usuarios<sup>30</sup>.

En lo relativo a su ámbito de aplicación, el artículo 1 dispone que:

«Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:

- a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.
- b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción.

<sup>30</sup> Continúa diciendo el legislador en la Exposición de Motivos que: «Cuando estos créditos o préstamos hipotecarios son concedidos por las entidades de crédito, sujetas a la supervisión del Banco de España, se cuenta con una regulación específica en materia de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y en materia de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, contenida, respectivamente, en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (B.O.E. 29 octubre). Sin embargo, dado que en el ordenamiento español esta actividad no está reservada a las entidades de crédito, cuando dicha actividad se desarrolla por otro tipo de empresas queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin otras exigencias particulares de transparencia ni un marco específico de garantías exigibles por quienes contratan préstamos o créditos hipotecarios con esas empresas. Por otra parte, recientemente han proliferado en nuestro país actividades de intermediación de préstamos que se muestran especialmente activas en lo referente a la agrupación de deudas y que es realizada por empresas que no entran dentro de la categoría de entidad de crédito».

El prestamista ha de ser un sujeto distinto de una entidad de crédito. El prestatario ha de ser un consumidor entendiendo por tal las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional».

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación, cabe apreciar algunas diferencias entre ambas disposiciones en lo relativo a quien tiene la condición de prestatario. En primer lugar, cuando estamos ante préstamos hipotecarios sometidos a la LCCI, el prestatario ha de ser una persona física, pero no es preciso que tenga la condición de consumidor<sup>31</sup>, mientras que Ley 2/2009 limita su ámbito de aplicación a los sujetos que sean consumidores. En consecuencia, la LCCI amplía notablemente su ámbito subjetivo de aplicación en relación a la Ley 2/2009. Ahora bien, al mismo tiempo existe una restricción en la LCCI al no incluir como prestatario a ningún tipo de personas jurídica, a diferencia de la Ley 2/2009 que incluye dentro de su ámbito de protección a determinadas personas jurídicas.

De este modo, nos encontramos con que determinados créditos o préstamos hipotecarios se encuentran regulados en ambas leyes, siempre que el prestatario tenga la condición de consumidor y sea además una persona física. Consciente de esta dualidad, la Disposición final Novena de la LCCI modifica el artículo 1 de la Ley 2/2009, en el sentido que dicha ley se aplicará a los contratos de préstamos o créditos hipotecarios y a los servicios de intermediación distintos de los regulados en la LCCI<sup>32</sup>.

### 3.1.2. Coexistencia de la LCCI con la normativa autonómica: Código de consumo catalán y la Ley 3/2016, de 9 de junio de Andalucía

La defensa y protección de los consumidores y usuarios es una materia que, dado su carácter multidisciplinar, resulta compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales tienen competencia para legislar en materia de consumo; ello

<sup>31</sup> Cuando se trata de préstamos para adquirir o conservar bienes inmuebles el prestatario ha de ser un consumidor.

<sup>32</sup> En concreto, el artículo 1 de la Ley 2/2009, pasa a tener la siguiente redacción.

«1. Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:

a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios, distintos a los previstos en el artículo 2.1 a) y b) de la Ley 5/2009, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.

b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamos o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, salvo la prevista en el artículo 2.2 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción».

plantea el interrogante de delimitar las relaciones entre la legislación estatal y la autonómica. En este trabajo vamos a analizar la situación con respecto a Cataluña, Comunidad Autónoma que ha traspuesto parcialmente la Directiva 2014/17/UE, y Andalucía cuya regulación es básicamente de carácter administrativo<sup>33</sup>.

a) CATALUÑA. El artículo 20 de la Ley 20/2014<sup>34</sup>, introduce un nuevo Título VI en el Libro II que lleva por rúbrica «Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas», y que comprende los artículos 261-1 a 263-3. En el Capítulo I se prevén las disposiciones generales en las que se contienen, entre otras, las definiciones de prestamista, intermediario del crédito o intermediario del crédito vinculado, y se delimita el ámbito objetivo de aplicación de la norma. El Capítulo II se destina, íntegramente, a regular las obligaciones de información previa que asumen los prestamistas y los intermediarios del crédito frente al consumidor; finalmente, en el Capítulo III, denominado «Otras obligaciones», se regula, entre otras, la obligación de evaluar la solvencia del deudor.

En lo relativo al ámbito objetivo de aplicación de este Título VI, en virtud de lo dispuesto en el artículo 261-2, este se aplica a las relaciones de consumo en materia de créditos y préstamos garantizados con una hipoteca sobre la vivienda, tanto si son destinados a su adquisición como a su rehabilitación o a la rehabilitación del inmueble del que forma parte. Por tanto, su ámbito de aplicación es más reducido que el de la

<sup>33</sup> Conviene resaltar que la ENMIENDA NÚM. 79 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea propuso incluir en el artículo 1 del Proyecto un nuevo párrafo en virtud del cual: «[...] aquellas Comunidades Autónomas que hayan regulado las relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos inmobiliarios podrán mantener o adoptar disposiciones más estrictas de protección al consumidor que las establecidas por esta ley, quedando en todo caso vinculadas por la misma en lo referido a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y por lo que respeta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que serán homogéneas en todo el territorio estatal». Se justificó dicha enmienda afirmando que existe una densa normativa autonómica que, al amparo del título competencial de consumo, hace regulaciones extensas del contrato de crédito hipotecario. La Directiva que se transpone establece en su art. 2.1 que: «La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros». Por lo tanto, se permiten diferencias regulatorias siempre que sean para una mayor protección del consumidor, que es lo que se introduce mediante esta enmienda en la regulación española.

<sup>34</sup> Según se afirma en su Exposición de Motivos, dicha reforma se lleva a cabo en uso de la competencia en materia de consumo que el artículo 123 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalidad y de acuerdo con lo establecido por los artículos 28, 34 y 49 del propio Estatuto, en el marco del artículo 51 de la Constitución. La presente ley sigue las orientaciones marcadas por varios proyectos comunitarios sobre esta materia, como por ejemplo la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito para los consumidores relativos a los bienes inmuebles de uso residencial.

LCCL; al respecto, recordemos, que esta norma se aplica a los bienes inmuebles de uso residencial, el cual es un concepto más amplio que el de vivienda.

Como ya se dijo, el artículo 2 de la Ley 20/2014 introdujo un segundo apartado en el artículo 111-1 que establece lo siguiente:

«Los derechos y las obligaciones establecidos por el presente código son de aplicación, en la medida en que sean compatibles, a:

a) Las relaciones de prestación de servicios entre las personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado.

b) Las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo».

En consecuencia, tampoco en lo relativo a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma autonómica, se da una coincidencia con la LCCL. Sin embargo, ello no impide que surja el interrogante relativo a los términos en los que se produce la concurrencia de ambas normativas. Pues bien, para resolver la cuestión relativa a la coexistencia de la legislación estatal y la autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios resulta imprescindible analizar la citada sentencia del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de mayo, Sentencia núm. 54/2018 de 24 mayo (RTC 2018\54), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra dicho artículo 20, por cuanto introduce un nuevo apartado segundo al artículo 262-6, un nuevo apartado tercero al artículo 262-8, un nuevo 262-9 y un nuevo apartado cuarto al artículo 263-2.

En su FJ 6º comienza el Tribunal Constitucional (en adelante TC) afirmando que:

«El encuadramiento material de esta controversia en el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no admite una solución unívoca, aunque se acepte la premisa de que el objeto y la finalidad de esta regulación sea la protección de los consumidores y usuarios. Desde la STC 15/1989, de 26 de enero, este Tribunal ha destacado la óptica multidisciplinar de esta materia y sus repercusiones en el análisis competencial. En dicha resolución se afirma que: “Dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone *a priori* de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas -y aquí sin excepción- las Comunidades Autónomas que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y usuario. Conviene recordar [...] que esta materia se caracteriza, ante todo, por un contenido pluridisciplinar, en la que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el art. 149.1 CE a los efectos de concretar las

competencias del Estado...La defensa del consumidor y usuario nos sitúa [...] ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, [...] y, en fin, una serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes [...]; es decir, ante materias en las que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía [...].

Partiendo de la complejidad inherente a dicho carácter multidisciplinar, el canon de enjuiciamiento de los preceptos impugnados (en este bloque) requiere tener en cuenta un conjunto de criterios».

Dada la extensión del razonamiento del TC, expondremos resumidamente dichos criterios, poniendo entrecomillados en aquellos párrafos que consideremos especialmente significativos.

a) La regulación bancaria persigue tanto la protección del consumidor como la corrección de los fallos del funcionamiento del mercado y la garantía de su estabilidad. Por esta razón, habrá que atender a la finalidad sustantiva principal, a la cual se orienta la disposición en entredicho, a fin de determinar en cada caso cuál es el título específico y, por ello, prevalente. Al respecto, recuerda el Alto Tribunal que, de acuerdo con lo señalado en la STC 235/1999, las normas estatales fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Ahora bien, dicha competencia estatal no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de lo contrario se produciría el vaciamiento de títulos competenciales autonómicos, más específicos.

Por lo que se refiere al contenido de la competencia estatal para la fijación de las bases de la ordenación del crédito, el TC ha declarado que dichas bases deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios (STC 1/1982 FJ3). En lo relativo al alcance e intensidad de dicha competencia:

«[...] cuando la Constitución utiliza el términos bases (así en el artículo 149.1, 11, 13 y 18), está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, un común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas, pero estas competencias no se agotan con las

propias legislativas, pues cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame un complemento reglamentario, y aun el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable»<sup>35</sup>.

b) Para constatar la existencia de una inconstitucionalidad mediata o indirecta es necesario que concurren dos condiciones:

«[...] por un lado, que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa (STC 201/2014, de 18 de diciembre, FJ 4 y las allí citadas»).

c) Como señalara la STC 88/1986, de 1 de julio FJ 5, la estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho Privado a la potestad central del Estado. De lo que esencialmente se trata

«[...] es de verificar que a través de las normas autonómicas (en este caso, de protección de los consumidores y usuarios) no se produzca un *novum* en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas<sup>36</sup>».

d) Ante los argumentos alegados por las partes relativos a la transposición del Derecho europeo<sup>37</sup>, en la STC 54/2018, el TC señala que su valoración general requiere una doble reflexión.

<sup>35</sup> Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las SSTC 182/2013, de 23 de octubre, FJ 4 y 47/2015, de 5 de marzo, FJ 6.

<sup>36</sup> Aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los artículos 149.1.6 y 8 CE (FJ 5 STC 264/1993, de 22 de julio). En el ámbito de la competencia exclusiva del Estado resulta igualmente relevante la doctrina constitucional sobre la llamada *lex repetita*, según la cual, al legislador autonómico le está vedado reproducir la legislación estatal que responde a sus competencias exclusivas. Y aun con mayor razón le está vedado parafrasear, completar, alterar, desarrollar o de cualquier otra manera directa o indirecta incidir en la regulación de materias que no forman parte de su acervo competencial.

<sup>37</sup> En efecto, la letrada del Parlamento de Cataluña alegó que «...el Estado español aún no ha procedido a transposición de la Directiva 2014/17/UE, pese a lo previsto en la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito. Este hecho adquiere una especial gravedad si se tiene en cuenta que desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha denunciado en reiteradas ocasiones que la legislación hipotecaria es contraria a la legislación comunitaria, y que el Parlamento europeo, mediante resolución de 8 de octubre de 2015, sobre legislación hipotecaria y los instrumentos financieros de riesgo en España a la luz de las distintas peticiones recibidas, ha puesto en evidencia al Estado español por las graves consecuencias que padecen los consumidores de créditos y préstamos hipotecarios con motivo de la legislación española y en el

«En su faceta estrictamente competencial, sobre la ejecución del Derecho europeo, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, [...] “la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE, ni por la promulgación de normas comunitarias» (por todas, SSTC 148/1998, de 2 de julio, FJ 4 y STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 5). En otras palabras, «no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. [...]» Para el enjuiciamiento propio de este proceso constitucional, la consecuencia de esta doctrina es que el grado de ejecución del Derecho europeo presenta carácter neutro, en el sentido de que no modifica las reglas constitucionales y estatutarias de reparto de competencias. Por ello, la controversia habrá de resolverse en todo caso a partir de los parámetros previamente enunciados en este fundamento jurídico.

En la segunda faceta, en cuanto las alegaciones se refieran al contenido sustantivo del Derecho europeo invocado e, incluso, a las resoluciones aprobadas por el Parlamento Europeo o a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha de ser tenido en cuenta el razonamiento de la STC 103/2015, de 28 de mayo: «este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores, no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infra constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Ello no es óbice, sin embargo, para que nuestro pronunciamiento sobre la contradicción alegada entre la legislación estatal y la norma autonómica deba partir de una interpretación de las disposiciones legales, estatal y autonómica, acorde con las exigencias del Derecho europeo (FJ 3)».

Por tanto, solo si viniera al caso para interpretar la posible contradicción que se haya alegado entre normativa estatal y autonómica, y solo en esta limitada dimensión, podría resultar pertinente traer a colación el Derecho europeo para resolver lo que constituye, en rigor, una controversia competencial [...]».

Una vez expuesta la doctrina constitucional sobre esta cuestión, el TC entra en el examen de cada uno de los preceptos impugnados.

---

ámbito de los instrumentos financieros. De ahí que la Generalitat, ante esta inactividad del Estado, ex artículo 123 EA, haya decidido proteger a los consumidores mediante la aprobación de la Ley de Cataluña 20/2014, con objeto de evitar el incremento de desahucios y la situación tan caótica del mercado financiero». Frente a esa alegación, el abogado del Estado argumentó que la interposición del recurso se fundamenta en la vulneración de la competencia del Estado en materia de ordenación del crédito, banca y general de la economía para asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos sobre la legislación civil, por cuanto la regla regula condiciones generales de la contratación civil, sin conexión alguna con el Derecho civil foral de Cataluña, de acuerdo con la doctrina expuesta en la STC 31/2010, FJ 76, interpretando el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC).

- El artículo 262-6.2 de la Ley 20/2010 fija en catorce días naturales el plazo de la oferta vinculante del prestamista. Dicho precepto se impugna por diferir del plazo de diez días hábiles previsto en el artículo 16 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Considera el Abogado del Estado que el plazo establecido en la norma catalana, si concurren días festivos, puede tener una duración inferior a la fijada en la norma estatal. El TC afirma que:

«[...] los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos pertenecen a la titularidad estatal, ex artículo 149.1.6 y 8 CE. La competencia autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios comprende la de establecer y regular los datos informativos que deban contener las ofertas de venta siempre, claro está, que se refieran a derechos que vengan reconocidos en normas aprobadas por el legislador competente, esto es, el estatal. Desde esta perspectiva, solo cabría entender que artículo 262-6.2 de la citada norma resulta constitucional si, desde la perspectiva informativa que hemos considerado constitucionalmente admisible, hiciera una reproducción o reiteración fiel de la norma estatal. No siendo este el caso, por más que la demanda adolezca de imprecisión, y que la diferencia entre regulaciones no resulte decisiva en la práctica a la hora de apreciar un tratamiento sustancialmente diferente de consumidores y usuarios, hemos de concluir en su inconstitucionalidad y nulidad<sup>38</sup>».

- El artículo 262-8.3 del Código de consumo de Cataluña prohíbe a los prestamistas, los intermediarios de crédito vinculados o a sus representantes el uso de los términos asesoramiento, asesor u otros parecidos en sus comunicaciones comerciales y en la publicidad. El reproche de inconstitucionalidad se funda en que la norma impugnada entra en el ámbito de las competencias estatales básicas en materia de protección del

<sup>38</sup> Añade el TC que: «[...] El argumento general, basado en la vulneración de la competencia estatal ex artículo 149.1.11 y 13 CE, o de forma mediata en lo dispuesto por el artículo 5.3 de la Ley 10/2014, no resultaría aquí relevante, pues el ámbito subjetivo de las dos leyes estatales citadas es diferente: Mientras el artículo 5.3 de la Ley 10/2014 regula medidas de protección de los clientes de servicios o productos bancarios (distintos de los de inversión) prestados por las entidades de crédito, la Ley 2/2009, que determina el plazo en días naturales que en el recurso se propone como norma de contraste, no es aplicable a las entidades de crédito, según expresamente dispone su artículo 1.2». Hecha esta precisión, el propio artículo 1.3 de la misma Ley 2/2009, en caso de conflicto, determina que será de aplicación la norma que contenga un régimen más preciso de control de las actividades definidas en el apartado primero o suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios. Bajo estas premisas, el TC no aprecia contradicción insalvable entre ambas normas contrastadas. «Más allá de la dificultad de identificar, con exactitud, los días hábiles en el ámbito comercial o empresarial, máxime en un proceso de control de constitucionalidad definido por su carácter abstracto, la propia normativa citada ofrecería solución para el caso hipotético de que la aplicación a un caso concreto del plazo de validez de la oferta vinculante requiera determinar, por la concurrencia de días festivos, cuál es la norma que proporciona mayor protección».



consumidor financiero previstas en los artículos 149.1.11 y 13 CE, en relación con las reglas sexta y octava de ese mismo pasaje constitucional, al tomar una decisión regulatoria en un aspecto que se encuentra abierto en la norma europea y que, en virtud del orden constitucional de competencias, solo puede ser adoptada por el Estado. A juicio del TC tal planteamiento argumental resulta insuficiente para acoger la impugnación. No basta con la mera afirmación de que, al tratarse de decisión regulatoria abierta en la norma europea, su competencia corresponde al Estado, pues

«[...] la ordenación del crédito y la banca es una competencia compartida y, por tanto, la Comunidad Autónoma de Cataluña dispone de competencias regulatorias ex artículos 120 y 126 EAC, sin que tampoco pueda excluirse *a priori* la prevalencia del artículo 123 EAC, particularmente cuando las normas se orientan a la protección del consumidor financiero. [...] La doble ausencia de un parámetro positivo de contraste y de un desarrollo argumental a la hora de determinar cuál es el título específico y, por ello, prevalente, impone en este caso apreciar que no se ha levantado la carga argumental, sin que obviamente corresponda a este Tribunal reconstruir la demanda». Al respecto, se afirma que no es suficiente la existencia de una solicitud expresa de declaración de inconstitucionalidad, para que el TC deba pronunciarse sobre ella, sino que la impugnación de las normas debe ir acompañada de la preceptiva fundamentación y precisión que permitan conocer las razones por las que los recurrentes entienden que las disposiciones impugnadas transgreden el orden constitucional. El mismo razonamiento conduce a la desestimación de la impugnación del artículo 262-9 del Código de consumo de Cataluña, que regula las prácticas vinculadas y combinadas.

- El artículo 263-2.4 del Código de consumo de Cataluña dispone que el prestamista no podrá conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo, debiendo advertirle por escrito de la imposibilidad de concederle el crédito. Se impugna por entrar en contradicción con el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, a cuyo tenor la evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación<sup>39</sup>. El TC considera que:

«La norma catalana introduce [...] “una prohibición de contratar que desborda el ámbito competencial autonómico, pues como ya hemos señalado en el fundamento jurídico 6 c) éste tiene como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual o, en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas”. En base a tal razonamiento se declara inconstitucional dicho precepto».

<sup>39</sup> Concretamente, su apartado sexto dispone: «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».

b) ANDALUCIA. 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, destaca en su Exposición de Motivos que:

«[...] resulta indudable la mayor efectividad de las actuaciones preventivas que incidan en una mayor protección de las personas consumidoras y usuarias tanto en las fases previas del proceso de contratación del préstamo hipotecario, reforzando la posición de aquellas en este tipo de productos, regulando el deber de información y documentación de los operadores implicados durante todo el íter contractual, como en la fase posterior a la firma del contrato, mediante el ofrecimiento de soluciones extrajudiciales a las partes, cuando no sea posible atender las obligaciones económicas derivadas de los contratos de préstamos hipotecarios, tendentes a la conservación de la vivienda». Por este motivo, se considera conveniente dictar la ley, que garantice en Andalucía la transparencia en la información que se les debe facilitar en la suscripción de préstamos hipotecarios sobre una vivienda, ya sea esta la habitual o no, y desarrolle el arbitraje en esta materia».

Aunque no es una norma que transponga la DCCI, sí se ha tenido en cuenta como reconoce el legislador andaluz, al afirmar que la presente Ley se ajusta en su contenido a lo previsto en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, «sin perjuicio del establecimiento de una mayor protección en todos aquellos aspectos que se han considerado oportunos para mayor garantía de las personas consumidoras y usuarias». Sin embargo y teniendo presente que la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de competencia para legislar en materia civil, el legislador autonómico se cuida de precisar en la propia Exposición de Motivos que la protección prevista en esta ley se asegura solo con medidas administrativas y, por tanto, no suponen ninguna obligación civil o mercantil, circunscribiéndose al ámbito propio de la defensa de las personas consumidoras y usuarias, ejercitable por competencia propia a esta comunidad autónoma.

El ámbito de aplicación de la Ley 3/2016 se circunscribe a los contratos de préstamos hipotecarios sobre una vivienda que vayan a formalizarse o se celebren en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía entre personas consumidoras y usuarias y las empresas prestamistas. La protección contemplada en esta norma se extenderá también a las personas que como garantes intervengan en la operación de préstamo hipotecario suscrito por una persona consumidora o usuaria.

La noción de consumidor o usuario incluye a toda persona física o jurídica que, siendo destinataria final en los términos del artículo 3 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, contrate un préstamo hipotecario sobre una vivienda<sup>40</sup>.

Por consiguiente, la LCCI será de aplicación directa en aquellas materias que no son objeto de regulación a nivel andaluz y de aplicación supletoria respecto a las materias administrativas reguladas en la Ley andaluza<sup>41</sup>.

### 3.1.3. ¿Una regulación única del crédito al consumo y del crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial?

En la actualidad, el crédito al consumo y el crédito para la adquisición de un bien inmueble se encuentran regulados en dos leyes diferentes. El primero, en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante LCCC) que incorporó al Derecho español la Directiva 2008/48/ CE<sup>42</sup>; el segundo en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

La Ley 26/2011 se aplica a los créditos concedidos por un empresario a un consumidor, bajo la forma de pago aplazado, préstamos, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación (art. 1 LCCC). Se entiende por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad profesional. Sin embargo, la LCCC no incluye en su ámbito de aplicación los contratos de créditos garantizados con una hipoteca inmobiliaria (art. 3.a); precisamente, esta fue una de las novedades que incorporó la Ley 16/2011 respecto de su predecesora, la cual disponía que a estos contratos les sería parcialmente aplicable la normativa específica de crédito al consumo, excluyéndose solo la aplicación de determinados preceptos (art. 2.2 Ley 7/1995<sup>43</sup>).

<sup>40</sup> La Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía señala en su artículo 3 que son consumidores: «las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos».

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Los contratos de intermediación en créditos inmobiliarios», *Los contratos de créditos inmobiliarios. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Herrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.713-775.

<sup>42</sup> La Ley 16/2011 derogó la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.

<sup>43</sup> «Las disposiciones de los artículos 6 a 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria».

Por su parte, el artículo 3 en su apartado b) excluye también del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011 aquellos contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir. En este caso, dicha exclusión constituyó una novedad en nuestro ordenamiento, pues la Ley 7/1995 no la preveía, a pesar de que sí estaba incluida en el artículo 2.1. a) de la Directiva 87/102/CE.

Si bien en el Preámbulo de la LCCC no se alude a las razones por las cuales la Ley 26/2011 optó por excluir de su ámbito de aplicación a los contratos de crédito garantizados con una hipoteca inmobiliaria, lo cierto es que, en este punto, el legislador español siguió el criterio adoptado por la Directiva 2008/48/CE; en efecto, el Considerando 14 de la Directiva 2008/48/CE aconsejaba excluir del ámbito de aplicación de dicha directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un inmueble, dado que este tipo de crédito tiene un carácter muy específico. Sin embargo, esta exclusión finalmente acogida en la Directiva 2008/48/CE fue uno de los puntos más discutidos durante su elaboración. La Comisión, en el «Documento de debate para la modificación de la Directiva 87/102/CE en materia de crédito al consumo», apreció la conveniencia de ampliar la esfera de aplicación de la proyectada regulación a todo tipo de crédito al consumo, cualquiera que fuera su importe, cualquiera que fuera su fin de consumo, o cualquiera que fuera la garantía exigida. Además, se consideró que no existía una línea de separación nítida entre el crédito al consumo y el mercado de crédito inmobiliario en atención a que las técnicas financieras habían llegado a ser idénticas y también porque la garantía hipotecaria era cada vez más empleada para financiar el consumo privado. Por este motivo, se postuló estudiar la conveniencia de incluir en el ámbito de aplicación de la proyectada Directiva los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo fin fuera distinto de la adquisición de la vivienda. De este modo, la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión preveía la aplicación de la regulación proyectada a los contratos de crédito al consumo asegurados mediante un derecho real inmobiliario a través de los cuales fuera posible financiar, por medio de un nuevo crédito, operaciones distintas a las de mera adquisición o transformación de un bien inmueble. No obstante, esta solución contó con la oposición del Parlamento Europeo que propuso su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria; tesis que finalmente prosperó<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Sobre el proceso de elaboración de la Directiva 2008/48/CE, DÍAZ GARCÍA, Helena, «Comentario al artículo 3», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, dir. por Manuel Jesús Marín López, Cizur Menor, 2014, pp. 156 y 157.

Por su parte, el artículo 2.2 a) disponía que la norma comunitaria no sería aplicable a:

«los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble»<sup>45</sup>.

Del tenor literal del precepto se desprende que no existe una coincidencia absoluta entre el art. 2.2 a) de la Directiva 2008/48/CE y el artículo 3 a) LCCC que únicamente alude a «Los contratos de créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria»; la razón de dicha limitación seguramente reside en que los otros derechos reales de garantía sobre bienes inmuebles distintos de la hipoteca, como la anticresis o el censo, tienen carácter residual en nuestro Derecho, y no son utilizados para asegurar el crédito al consumo<sup>46</sup>.

Ahora bien, a pesar de los términos en los que se expresa el legislador comunitario en el art. 2.2.a), la Directiva no prohibió que los Estados miembros incluyeran en sus leyes de crédito al consumo los contratos de crédito hipotecario para la adquisición de inmuebles de uso residencial; al respecto, la STJUE de 12 de julio de 2012<sup>47</sup> estimó que era posible que una medida nacional para la transposición de dicha Directiva al Derecho interno incluyera, en su ámbito de aplicación, contratos de crédito expresamente excluidos de la esfera de la norma comunitaria. Para Díaz García<sup>48</sup> la exclusión de los créditos hipotecarios, en el momento de elaboración de la Ley 16/2011, podría a priori encontrarse justificada ya que no había razón para extender la LCCC a estos contratos, pues la protección del consumidor de crédito hipotecario resultaba tutelada por la Ley 2/2009, de 31 de marzo y por un complejo específico de normas de disciplina y ordenación bancaria, cuando el prestamista era una entidad de crédito<sup>49</sup>. Normas que no están destinadas específicamente a la protección del

<sup>45</sup> La exclusión de los contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir estaba prevista en el artículo 2.2. b) de la Directiva 2008/48/UE.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Asunto C-602/10. Dicha sentencia resolvió la cuestión relativa a si la Ley rumana de transposición de la Directiva 2008/48/CE, al extender su ámbito de aplicación a contratos de créditos excluidos del ámbito de aplicación en los apartados a) y b) del artículo 2.2 de la norma comunitaria, resultaba contraria a las previsiones del artículo 22 de la Directiva que disponía que: «En la medida en que la presente Directiva establezca disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan».

<sup>48</sup> Op. cit. pp. 160 y 161.

<sup>49</sup> Entre otras, el artículo 29 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente del servicio bancario, desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de mayo del Banco de España; finalmente, el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 15 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

consumidor, ni se aplican a todos los contratos de crédito hipotecario suscrito por una persona física, sino solo a aquellos en los que la hipoteca recae sobre una vivienda, o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Por tanto, concluye esta autora, bien se puede afirmar que la exclusión de los contratos de crédito al consumo asegurados mediante hipoteca inmobiliaria responde a la decisión del legislador español de incardinar su regulación en un ámbito distinto al de la mera tutela del consumidor cuando el prestamista es una entidad de crédito<sup>50</sup>.

Teniendo presente que la LCCI, a diferencia de la Directiva 2014/17/UE, no restringe la figura del prestatario a la de un consumidor, el interrogante que surge es si tiene sentido mantener esta dualidad de regulaciones o, por el contrario, existen argumentos en favor de dotar de un único régimen jurídico al crédito al consumo y al crédito hipotecario. La doctrina ha señalado que existen argumentos que apoyan la opción de regular de forma unitaria ambas figuras. Así, en primer lugar, existen muchos puntos en común entre el crédito al consumo y el mercado de crédito inmobiliario; entre otros, la información precontractual, la solvencia económica del deudor; el acceso a los datos que permitan conocer la situación económica del prestatario; la posibilidad del reembolso anticipado de la deuda etc. Ello creemos que justifica establecer una regulación única y, donde fuera preciso, introducir una normativa específica para cada tipo de préstamo. Esta solución, sin duda, beneficiaría a nuestro ordenamiento jurídico, pues toda simplificación de la normativa existente favorece el conocimiento jurídico de las leyes y dota de seguridad jurídica al sistema<sup>51</sup>.

En segundo lugar, es la opción elegida por muchos ordenamientos de nuestro entorno; en efecto, un estudio del Derecho comparado revela que es la opción elegida por países como, Alemania, Austria, Francia, Bélgica, Italia o Polonia<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Como veremos, dicho propósito se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LCCI.

<sup>51</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Una lectura normativa...», op. cit. pp. 139 y 140 y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Opciones legales...», op. cit. pp. 14 y 15.

<sup>52</sup> Señala DÍAZ GARCÍA, Helena, op. cit. pp. 157 y 158 que las discrepancias surgidas en el momento de elaboración de la Directiva 2008/48/CE traspasaron el ámbito de los trabajos pre-legislativo, dando lugar a que en este punto no se haya alcanzado la armonización total a la que aspiraba la norma comunitaria. Es más, han predominado los instrumentos normativos de transposición en los Estados miembros que han considerado conveniente no utilizar la opción de exclusión total. De este modo muchos países, al igual que hizo el legislador español antes de la Ley 16/2011, han preferido aplicar parcialmente las normas del crédito al consumo a los contratos de crédito hipotecario; esta autora realiza una breve exposición de los países que han optado por esa fórmula en la nota 63 de la página 158.

Una vez analizadas las cuestiones relativas a la concurrencia normativa en materia de crédito inmobiliario, analizaremos en los epígrafes siguientes la figura del prestatario y la del fiador o garante.

### 3.2. El prestatario

A tenor de lo establecido en el artículo 4.1) de la LCCI se entiende por *prestatario* a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir.

#### 3.2.1. El prestatario no tiene que ser consumidor

Probablemente, la mayor novedad de la LCCI reside en que el legislador español no ha seguido el criterio de la Directiva comunitaria en este punto y fija un ámbito subjetivo de aplicación más amplio, de tal manera que para ser prestatario no es una condición indispensable que el sujeto tenga la condición de consumidor, entendiéndose por tal todo aquel que actúe al margen de su actividad profesional, comercial o empresarial. Sin embargo, únicamente pueden ser prestatarios las personas físicas, quedando excluidas de su ámbito de aplicación las personas jurídicas que, excepcionalmente, pudieran merecer la consideración de consumidoras al amparo del artículo 3 TRLGDCU. El propio legislador español es consciente de la opción elegida al afirmar en su Exposición de Motivos que:

«[...] aunque la normativa europea limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se considera necesario que la legislación nacional vaya más allá de esta previsión y extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios».

Por otra parte, hay que hacer notar que la Ley 5/2019 modula la aplicación del régimen de protección a los profesionales autónomos, ya que cuando se trata de «la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre

terrenos o inmuebles construidos o por construir»<sup>53</sup>, el prestatario, fiador o garante ha de ser un consumidor. Con ello se pretende evitar la problemática que pudiera plantear la aplicación de esta previsión a los profesionales autónomos, al no exigirse el carácter de uso residencial de los bienes inmuebles, lo que podría vincularse a contrato con fines exclusivamente profesionales<sup>54</sup>.

El ámbito de aplicación subjetivo de la LCCL constituye, sin duda, uno de los aspectos más controvertidos del texto. El Dictamen del Consejo de Estado<sup>55</sup> puso de manifiesto que si lo que se pretendía era incluir no solo a los consumidores, sino también a otros contratantes débiles o vulnerables, debería haberse establecido con precisión y de forma coherente quienes y en qué casos son los destinatarios del régimen de protección proyectado. De igual modo, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto se presentaron distintas enmiendas que, en lo relativo a esta cuestión, tienen un denominador común: todas ellas pretenden que se considere prestatario únicamente al consumidor que sea deudor de préstamos que estén garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> A juicio de CABANAS TREJO, Ricardo: «La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, (2019), nº 9386, pp. 2-4, de ajustarnos al tenor literal de la norma, entraría por esta vía cualquier inmueble, hasta los terrenos de naturaleza rústica, pues se emplea una conjunción disyuntiva al hablar de “terrenos o inmuebles”. Respecto de los segundos, solo se habla de inmuebles construidos o por construir; es decir, en el terreno ha de existir un edificio o proyectarse en el mismo cualquier edificación, y como edificio es solo una edificación techada con paredes, entra cualquier uso, guarde o no relación con el uso residencial. Considera Cabanas un despiste del legislador no haber exigido el uso residencial en estos inmuebles y en su opinión debe darse esta exigencia por presupuesta.

<sup>54</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Consideraciones generales en torno al proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Actualidad civil*, nº 1, 2018, p. 7.

<sup>55</sup> Disponible en [http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_12/spl\\_12/pdfs/3.pdf](http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_12/pdfs/3.pdf). [Consulta: 27 febrero 2019]. Ciertamente, el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2017 se refiere al Anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En dicho texto se define al prestatario como toda persona física que sea deudor de préstamos o créditos que estén garantizados mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles. Aunque el texto no se ha reproducido literalmente en el Proyecto de Ley, se mantiene la opción de considerar prestatario no solo a los consumidores.

<sup>56</sup> ENMIENDA NÚM. 21 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea proponía sustituir todo el artículo 1 por el siguiente texto: «Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de *consumidores* que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir» (la cursiva es nuestra). Como justificación se alegó que el concepto consumidor abarca no solo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad Jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, conforme el artículo 3 del 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 parecidos términos las ENMIENDA 22, presentada por el



En la doctrina, la extensión que la Ley hace del ámbito de aplicación a la «persona física», en lugar de al «consumidor», ha generado posiciones contrapuestas; así, algunos autores se han pronunciado en contra de esta solución, al afirmar que podría generar la paradoja de arrastrar en bloque la aplicación de la ley a numerosos contratos de crédito en los que resulta cuestionable que merezcan la protección que esta ley les otorga; inversamente, quedarían fuera de su ámbito de protección aquellos contratos de crédito suscritos por una persona jurídica en su condición de consumidora<sup>57</sup>. Por el contrario, otros autores consideran un acierto esta ampliación de la protección a cualquiera persona física, a fin de evitar los recurrentes problemas que se presentan en los tribunales cuando los prestamistas aducen que la otra parte no ostenta la condición de consumidor; además, aclara el ámbito subjetivo de aplicación de la norma y extiende la protección a casos que podrían ser dudosos, como los que la jurisprudencia define como de contratos de «doble finalidad»<sup>58</sup>.

### 3.2.2. La exclusión de las personas jurídicas de la noción de prestatario

La LCCI atribuye la condición de prestatario a cualquier persona física. Como ya se ha dicho, ha sido decisión del legislador español incardinar la regulación de los créditos inmobiliarios en un ámbito distinto al de la mera tutela del consumidor. Sin embargo, al mismo tiempo, deja fuera a todo tipo de personas jurídicas, lo cual ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina. Así, ALBIEZ DORHMANN señala que dejar fuera del ámbito de protección a las pymes no deja de ser contradictorio. Si se quiere dar el paso de incluir a todas las personas físicas que solicitan un crédito inmobiliario, el siguiente paso sería extender la protección a las pymes, que merecen la misma protección en el ámbito bancario y financiero a la hora de concertar un crédito inmobiliario. Dicha opción además no supondría ningún conflicto con la Directiva 2014/17/UE porque la

---

mismo Grupo Parlamentario. La ENMIENDA NÚM. 92 del Grupo Parlamentario Socialista propuso la adición de un nuevo artículo 3 bis, en el que se definía al prestatario como «toda persona física, que sea deudor de préstamos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir. A los efectos de esta ley, el concepto de consumidor es el recogido en el artículo 3 de 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»

<sup>57</sup> CABANAS TREJO, Ricardo, «Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario la Ley*, nº 9047, 2017; disponible en <https://boletinjuridico.wordpress.com/2017/09/22> [Consulta: 22 de febrero 2019].

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, Edmundo, «Algunas consideraciones sobre sobre el anteproyecto de ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario», *Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2017, p.26.

armonización que pretende es mínima, por lo que se puede ir más allá de las normas comunitarias<sup>59</sup>.

La tesis de incluir a las personas jurídicas dentro de la noción de prestatario tiene a su favor dos argumentos de distinto signo. El primero es que determinadas obligaciones que se establecen en la LCCI, tales como la obligación de información que debe figurar en la publicidad, la información de carácter general prevista en el artículo 9 o la información precontractual, deberían ser igualmente exigibles al prestamista cuando se contrata con determinadas personas jurídicas; lo mismo cabe afirmar respecto de la obligación de evaluar la solvencia o las soluciones alternativas a la ejecución hipotecaria. Máxime cuando la noción de bienes inmuebles de uso residencial del artículo 2 LCCI no es sinónima de vivienda<sup>60</sup>. Desde estos planteamientos, las personas jurídicas protegidas no tendrían que ser, exclusivamente, las contempladas en el artículo 3 TRLGDCU, sino que se podría incluir a la pequeña o mediana empresa.

El segundo argumento en favor de esta tesis es que la opción del legislador español introduce desajustes en nuestro ordenamiento; como es sabido, el TRLGDCU incluye dentro de la noción de consumidor a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. De igual modo, la Ley 2/2009 extiende su protección a las personas jurídicas que puedan ser consideradas consumidoras. Ello conlleva que las personas jurídicas que son consideradas consumidoras, a tenor del TRLGDCU, pueden denunciar cláusulas abusivas<sup>61</sup>, pero no puedan acogerse a las medidas de protección de los prestatarios que recoge la LCCI<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> «Algunas reflexiones básicas...», op. cit. pp. 81 y 82. Comparten esta opinión PASQUAU LIAÑO, Miguel: op. cit. pp. 271 y ss. y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: op. cit. 684.

<sup>60</sup> Conviene recordar que la OM EHA/2899/2011 establece dos niveles de protección: uno con carácter general para los préstamos hipotecarios, y otro especial cuando el prestatario adquiere una vivienda que tiene un mayor nivel de protección. Esa misma solución hubiera sido posible si se hubiera incluido a las personas jurídicas, o a determinadas personas jurídicas dentro del ámbito de protección de la LCCI.

<sup>61</sup> En efecto, a tenor de lo dispuesto en la Ley 13/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio de aplicación en la relación con los consumidores. Esto no quiere decir, como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de la posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual. De acuerdo con dicho planteamiento el artículo 8 señala que: 1. «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». De igual modo, en términos generales, la

### 3.3. El fiador o garante

En lo que respecta al fiador, se dispone en el artículo 2.1 LCCI que la ley se aplicará cuando «el prestatario, el fiador o garante sea una persona física».

La lectura de este precepto ha suscitados dos interrogantes a la doctrina. El primero de ellos es si resulta justificado que los fiadores o garantes gocen de la misma protección que los deudores principales. En relación con esta cuestión, se apuntan tres razones que apoyarían una respuesta afirmativa<sup>63</sup>.

La primera, es que la crisis económica sufrida por nuestro país ha afectado no solamente a los deudores, sino también a los terceros que de una forma u otra garantizaron las obligaciones asumidas por los prestatarios. Ello es así en la medida que, en la casi totalidad de los casos, el fiador es un fiador universal y solidario, lo que significa que frente al acreedor responde en los mismos términos que el deudor principal. Por otra parte, y aunque el hipotecante de deuda ajena no responda de la deuda con el resto de su patrimonio, en la práctica, el bien hipotecado es la vivienda familiar.

En segundo lugar, era una práctica bancaria muy extendida en nuestro país la de conceder préstamos a personas que dudosamente estaban en condiciones de devolverlos con posterioridad, siempre que dichas dudas sobre su solvencia fueran suplidas mediante garantías prestadas por terceros. De esta forma, 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; a ello se añadía la excesiva ligereza a la hora de evaluar la solvencia del garante.

---

jurisprudencia niega la posibilidad de anular por abusivas cláusulas incluidas en condiciones generales cuando el adherente no tenga la condición de consumidor.

<sup>62</sup> Al respecto, cabe destacar la tesis defendida por algunos autores de extender el control de contenido específico en la contratación con condiciones generales entre empresarios. Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 8», *Comentarios a la Ley de Condiciones de la Contratación*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano, Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 264 y ss. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 155 y ss.; PASQUAU LIAÑO, Miguel, op. cit. 278 y ss. que defiende la aplicación analógica del control de contenido específico propio de la contratación con consumidores y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada, op. cit. pp. 698 y ss.

<sup>63</sup> Argumentos expuestos por GÁLVEZ CRIADO, Antonio, «Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia», *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 35, 2006, nº 144, pp. 17 y 29.

En tercer lugar, las obligaciones asumidas por un garante lo serán respecto de un contrato principal en cuya formación no ha participado. Pensemos, por ejemplo, en los contratos de fianza o de hipoteca prestados por cónyuges, parejas, familiares u otras personas igualmente cercanas al deudor principal.

Ante esta situación, cabría esperar que las normas reguladoras de los préstamos hipotecarios, al menos las más recientes, 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 de estos semejantes, o muy parecidas, a las exigidas en relación al deudor principal; básicamente, las obligaciones precontractuales o contractuales de información y la obligación de evaluación de la solvencia de los garantes. Sin embargo, como ha señalado Gálvez Criado<sup>64</sup>, a nivel legislativo y en unas normas destinadas a regular el préstamo responsable, el término consumidor es sinónimo de prestatario; así sucede tanto en las normas comunitarias: Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE, como en la normativa nacional: Ley 2/2011; Ley 16/2011 y Orden EHA/2899/2011; la única excepción es la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España.

En este contexto, la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario ha supuesto, pues, un punto de inflexión en la tendencia adoptada por sus predecesoras<sup>65</sup>. Así, el artículo 3.2 de dicha norma establece la nulidad de la renuncia de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, al fiador, garante o hipotecante no deudor. Por otra parte, la obligación de comparecencia ante el notario, a fin de que este compruebe el cumplimiento de transparencia material y las normas de protección al prestatario previstas en la ley, se extiende a toda la persona física que sea fiadora o garante del préstamo (artículo 15.4 LCCI). Para entender el alcance de lo dispuesto en este precepto, es preciso poner de manifiesto que, entre las obligaciones que asume el prestamista, está la de proporcionar al prestatario una información personalizada, llamada precontractual, que tiene como objetivo que el potencial cliente pueda comparar los préstamos que existen en el mercado, evaluar sus implicaciones y poder tomar una decisión fundada sobre la conveniencia o no de celebrar el contrato de préstamo (art.10 LCCI). Esta información se facilita a través de un formato

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 18-2,

<sup>65</sup> En concreto, se estipula que «En los supuestos en los que, en dichas operaciones de préstamos o crédito, se contemple la existencia de avalistas, éstos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen». Se consigna, pues, la obligación de los prestamistas de informar detalladamente a los avalistas del contenido de las obligaciones y responsabilidades que asumen, aunque no exista una referencia expresa a la obligación de evaluar la solvencia de éstos.

estandarizado: la Ficha Europea de Información Personalizada (FEIN). La comprensión de esta información precontractual determina el cumplimiento del *deber de transparencia material*<sup>66</sup>.

A fin de cumplir con dicho deber, el prestamista, el intermediario del crédito o su representante designado deberán entregar al prestatario, con una antelación mínima de 10 días naturales respecto de la firma del contrato, un conjunto de documentos que aparecen especificados en el artículo 14; entre estos documentos destacan la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y una Ficha de Advertencia Estandarizada (FIAE), en la que se informará al prestatario o potencial cliente de la existencia de cláusulas o elementos relevantes.

Para comprobar el grado de comprensibilidad de la documentación remitida, el prestatario debe comparecer ante el notario por él elegido, el cual tiene que verificar que el prestamista ha remitido toda la documentación exigida en el plazo previsto. Además, el notario deberá levantar un acta en la que deberá especificar: 1. El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición de la documentación. 2. Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. 3. En todo caso, el notario deberá informar de manera individualizada, haciéndolo contar en el acta, que ha prestado el asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en el FEN y en el FIAE; la información que

<sup>66</sup> Este control se define, básicamente, como la obligación del profesional de informar al consumidor, antes de que éste se vincule, de las consecuencias económicas y jurídicas del contrato. Esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial que va a realizar a cambio de la prestación económica que quiere obtener. Sobre el control de transparencia material y el deber de los notarios de verificar el cumplimiento de dicho control de transparencia: PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario»; TORRES RUIZ, Salvador, «La intervención del notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», ambos en: *Los contratos de créditos inmobiliarios. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Herrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 403-437 y pp. 439-460 respectivamente; SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, «Sobre el deber de transparencia en el proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, coord. por Reyes Sánchez Lería y Lucía Vázquez-Pastor Jiménez, Reus, Madrid, 2018, pp. 85-105 y MÉDICIS BERNAL, Eva: «Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, (2019), n<sup>o</sup> 9391, pp. 1-5 y MATO PACÍN, M<sup>a</sup> Natalia: «La transparencia material en el Proyecto (¿y en la futura Ley?) de contratos de crédito inmobiliario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, (2019), pp. 113-159 y CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Transparencia material y función notarial en la Ley 5/2019 ¿control, carga o trampa?», *Notario del siglo XXI*, (2019), n<sup>o</sup> 85, disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa> [Consulta: 8 de junio 2019]; critica este autor que la LCCI no define qué ha de entenderse por transparencia material, ni transpone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas donde la jurisprudencia ha ubicado ese control, y ni siquiera transpone el concepto de “consumidor” de la Directiva.

se consigne debe ser individual y expresa respecto de cada cláusula sobre la que ha asesorado, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. Si no quedara acreditada la entrega de la documentación en el plazo previsto, o si no se compareciese para recibir asesoramiento en el plazo señalado, el notario expresará esta circunstancia en el acta. En este caso no podrá autorizarse la escritura de préstamo (art. 15).

Pues bien, como ya se ha dicho, el apartado 4 del artículo 15 extiende la obligación de comparecencia y las normas de protección del prestatario a toda persona física que sea fiadora o garante de un préstamo.

Finalmente, los prestamistas tienen la obligación de evaluar en profundidad la solvencia no solo del potencial prestatario, sino también del fiador o garante, antes de celebrar el contrato de préstamo.

La segunda cuestión que la redacción del art. 2.1 LCCI ha suscitado en la doctrina española es la relativa a si *es necesario que el prestatario sea persona física* para extender las normas de protección al prestatario a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo. Pensemos en el caso de un deudor/hipotecante que tiene la condición de sociedad, mientras que el avalista es una persona física.

La primera opción sería considerar que el deudor, en cuanto titular de la obligación principal, ha de ser necesariamente una persona física. Ello conllevaría que la condición personal del prestatario se erigiría en criterio determinante de la aplicación de la Ley, siendo la situación del hipotecante no deudor o del avalista una mera proyección de aquella. En ausencia de persona física prestataria, el garante/fiador no recibiría la protección que dispensa esta Ley.

Esta fue la postura inicial de Tribunal de Justicia de la Unión Europea; así en la sentencia de 17 de marzo de 1998 (asunto C-45/96) respecto de la aplicación de la Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles<sup>67</sup>, el tribunal resolvió lo siguiente:

<sup>67</sup> La cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un litigio entre el banco y el Sr. Dietzinger, en relación con la ejecución de un contrato de fianza celebrado por este con el banco. El padre del actor regentaba una empresa de construcción, a la cual el banco había concedido un crédito en cuenta corriente. Mediante declaración escrita de 11 de septiembre de 1992, el Sr. Dietzinger prestó fianza solidaria a favor de sus padres. La celebración del contrato de fianza tuvo lugar en casa de los padres del Sr.

«No obstante, del tenor literal del artículo 1 de la Directiva, así como del carácter accesorio de la fianza, se deriva que únicamente puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de este bienes o servicios. Además, dado que el único objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores, esta solo puede aplicarse a un fiador si este, con arreglo al primer guion del artículo 2, se ha comprometido con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el primer guión del artículo 2 de la Directiva 85/577 debe interpretarse en el sentido de que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional».

Como pone de manifiesto GÁLVEZ CRIADO<sup>68</sup> esta solución, basada en la idea del *régimen jurídico inescindible* entre el contrato principal y la garantía, ha sido la adoptada también por nuestra jurisprudencia menor. Ello conlleva que la posición del fiador sigue a la del contrato principal -principio de accesoriedad de la garantía-, sin atender al criterio subjetivo consistente en analizar si el garante interviene como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional o fuera de ella.

La segunda opción implica que la normativa se aplicaría siempre que el fiador o el garante tuviera la condición de persona física, aun cuando el deudor principal fuera una persona que actuara en el ejercicio de su actividad profesional. El TSJUE en el Auto del TJUE, 6ª, de 19 de noviembre de 2015, acoge esta segunda solución que reitera en el Auto de TJUE, 10º de 14 de septiembre de 2016. En ambas resoluciones, el Tribunal resuelve dos casos muy similares en los que se plantea cómo deben interpretarse los artículos 1.1. y 2. b) de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. En concreto, la cuestión prejudicial planteada en ambos supuestos era si el concepto de consumidor, establecido en el art. 2.b) de la Directiva, debe interpretarse como excluyente para quienes firman un contrato accesorio de fianza o garantía respecto de 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.

---

Dietzinger, a donde se desplazó un empleado del banco, pero no se informó a este último de su derecho de resolución, tal como se prevé en la Directiva. El banco reclamó al Sr. Dietzinger un pago parcial y este, entonces, se retractó de su consentimiento, alegando que no había sido informado de su derecho de resolución. El Bundesgerichtshof pregunta, en sustancia, si un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúa en el marco de una actividad profesional está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/57.

<sup>68</sup> Op. cit. pp. 21 y 22. Este autor realiza una breve recopilación de las principales sentencias de las Audiencias Provinciales que recogen tal doctrina.

En ambos supuestos, desechando la solución basada en el principio de accesoriedad, el TJUE consideró que la Directiva 93/13/CEE de 15 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores debe interpretarse en los siguientes términos:

«Dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, ni mantienen con la sociedad mercantil ningún vínculo funcional, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, lo que corresponde determinar al tribunal remitente. 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 bien si actuó con fines de carácter privado».

Esta opción parece ser igualmente la solución elegida por el legislador español; el primer párrafo del art. 2.1 LCCI emplea la conjunción disyuntiva al disponer que la Ley se aplicará cuando «el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea una persona física»; parece, pues, suficiente que una cualquiera de las tres posiciones sea ocupada por una persona física para aplicar la ley<sup>69</sup>; dicho de otro modo, el fiador o el garante es objeto de protección por sí mismo, no por serlo también el prestatario<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Igualmente es la postura defendida por CABANAS TREJO, Ricardo: «La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», op. cit. p. 2 que considera que la persona física puede intervenir como prestatario, fiador o garante en una cualquiera de estas posiciones. Es decir, aunque el deudor sea una persona jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad empresarial, será contrato de crédito inmobiliario si el fiador o el garante es persona física y reúne las demás condiciones necesarias. Una vez calificado el contrato como tal, la LCCI se aplica a todo el bloque contractual, tanto al contrato principal como al de garantía.

<sup>70</sup> La STS (sala 1ª) 7 noviembre 2017, Sentencia núm. 594/2017 de 7 noviembre (RJ 2017/4763), se pronunció también sobre la posible condición de consumidora en un contrato de préstamos con garantía hipotecaria. En este caso, la Sala consideró que el actor no había intervenido en la contratación del préstamo hipotecario como consumidor, puesto que lo hizo en el marco de su actividad empresarial y precisamente para refinanciar unas deudas de tal naturaleza, con la finalidad de unificarlas y poder sobrellevar mejor las cuotas mensuales de amortización. Como declara probado la Audiencia Provincial, las deudas refinanciadas mediante el préstamo litigioso no eran extrañas a su actividad empresarial, sino consecuencia de la misma, surgidas en el desenvolvimiento de dicha actividad mercantil. Por lo que no reúne tal cualidad legal de consumidor, conforme al art. 3 TRLGCU (FJ4º).



#### 4. CONCLUSIONES

I. El legislador español ha optado por transponer la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 promulgando una ley especial sobre contratos de crédito inmobiliario: la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Sin embargo, esta solución se ha llevado a cabo sin coordinar la nueva ley con otros textos previos de ámbito nacional y cuya finalidad es igualmente proteger a los prestatarios en materia de préstamos o créditos hipotecarios; fundamentalmente, la Ley 2/2009, de 31 de marzo que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de intermediación para la celebración de contratos de préstamos y de créditos. Por otro lado, el crédito al consumo y el crédito hipotecario tienen muchos puntos de coincidencia, de forma que el legislador español podría haber optado por suprimir la dualidad de regulaciones actualmente existentes y haber implantado una regulación unitaria del crédito al consumo y del crédito hipotecario y, donde fuera preciso, introducir una normativa específica para cada tipo de préstamo. Ello, sin duda, hubiera sido beneficioso para nuestro ordenamiento jurídico, pues toda simplificación de la normativa existente favorece el conocimiento de las leyes y dota de seguridad jurídica al sistema. Un análisis del Derecho comparado revela, además, que esta ha sido la opción elegida por otros países como Alemania, Austria, Francia, Bélgica Italia o Polonia.

II. La defensa y protección de los consumidores y usuarios es una materia multidisciplinar que resulta compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales tienen competencia para legislar en Derecho del consumo; ello plantea el interrogante de delimitar las relaciones entre la legislación estatal y la autonómica. La Directiva 2014/17/UE se había transpuesto parcialmente en Cataluña a través de la Ley 20/2014, que introduce un nuevo Título VI en el Libro II del Código de consumo catalán, que lleva por rúbrica «Relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas». La sentencia del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de mayo, resuelve la cuestión relativa a la coexistencia entre la legislación estatal y la autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios. En primer lugar, se afirma que, dentro de ese reparto de competencias, las normas estatales fijan las líneas directrices y los criterios de ordenación de sectores económicos concretos; pero dicha competencia no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, pues de lo contrario se produciría el vaciamiento de los títulos competenciales autonómicos, más específicos. Ahora bien, las competencias estatales no se agotan con las legislativas, pues cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame un complemento reglamentario y aun ejecutivo, se justifica la reserva de esas competencias en la medida indispensable. En segundo lugar, el Tribunal

Constitucional precisa que, en términos generales, la materia relativa al Derecho privado es de competencia estatal, con el objetivo de verificar que las normas autonómicas no establezcan un *novum* en el contenido contractual; esto es, que no introduzcan derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas. En tercer lugar, que las Comunidades Autónomas no tiene una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario; por tanto, las normas que han de servir de pauta para la resolución de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas son exclusivamente las Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencia. Con arreglo a estas pautas generales, la citada sentencia declara la inconstitucionalidad de los artículos 262-6.2 y 263-2.4 de la Ley 20/2014. Por el contrario, en Andalucía, la Ley 3/2016 establece una regulación de carácter administrativo, de forma que la Ley de Créditos al Consumo será de aplicación directa en aquellas materias que no son objeto de regulación a nivel andaluz, y de aplicación supletoria respecto de las materias administrativas reguladas en la ley andaluza.

III. La Directiva comunitaria restringe la condición de prestatario al consumidor, entendiéndose por tal todo aquel que actúe al margen de su actividad profesional, comercial o empresarial. En este aspecto concreto, el legislador español no ha seguido el criterio de la Directiva y ha optado por incardinar la regulación de los créditos hipotecarios en un ámbito distinto al de la mera tutela del consumidor, fijando un ámbito subjetivo de aplicación más amplio: para ser prestatario es suficiente ser persona física, al margen de la competencia profesional del sujeto. Se exceptúa de esta regla la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, en cuyo caso el prestatario, fiador o garante ha de tener la condición de consumidor. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 5/2019 excluye de la condición de prestatario a todo tipo de personas jurídicas; esta opción ha sido criticado por un sector de la doctrina que considera que el legislador debería haber extendido la protección prevista para los prestatarios a determinadas personas jurídicas, como las pymes. El fundamento es que la pequeña y mediana empresa tienen la consideración de contratante débil cuando conciertan un crédito inmobiliario y, por ello, merecen la misma protección. Dicha solución, además, no supondría ningún conflicto con la Directiva 2014/17/UE porque la armonización que pretende es mínima, por lo que se puede ir más allá de las normas comunitarias. Además, la opción del legislador español de excluir a todo tipo de personas jurídicas del ámbito de protección de la ley introduce desajustes en nuestro ordenamiento. El TRLGDCU incluye dentro de la noción de consumidor a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. De igual modo, la Ley 2/2009 extiende la protección a las personas jurídicas que puedan ser consideradas consumidoras. Ello

conlleva que las personas jurídicas que son consideradas consumidoras, a tenor del TRLGDCU, pueden denunciar cláusulas abusivas, pero no pueda acogerse a las medidas de protección de los prestatarios que recoge la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

IV. El artículo 2.1 señala que la ley se aplicará cuando «el prestatario, el fiador o garante sea una persona física». Resulta plenamente justificado que estos sujetos gocen de la misma protección que los deudores ya que, en la mayoría de las ocasiones, el fiador es universal y solidario, lo que significa que frente al acreedor responde en los mismos términos que el deudor principal. Por otra parte, la ley prescinde del principio de accesoriedad de la garantía que considera que el contrato principal y la garantía constituyen un todo unitario, de forma que el fiador o garante es objeto de protección por sí mismo, no por serlo también el prestatario.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, KARL JOCHEN:

- «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial», *Revista de Derecho Privado*, 2016, núm. 3, mayo-junio, pp.3-72.
- «Algunas reflexiones básicas sobre el ámbito de aplicación de la futura regulación legal de los contratos de crédito inmobiliario», *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, dir. por José Luis Pérez-Serrabona, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 71-96.
- «Los contratos de intermediación en créditos inmobiliarios», *Los contratos de créditos inmobiliarios. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Herrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.713-775.
- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009.

ANDERSON, MIRIAM: «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español», *La europeización del Derecho Privado*, dir. por Esther Arroyo Amayuelas y Ángel Serrano de Nicolás, Marcial Pons, Madrid 2016, pp. 45-64.

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER: «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *Indret*, 2007, nº 2, pp. 1-44.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO:

- «Comentario al artículo 3», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.55-70.
- «Comentario al artículo 8», *Comentarios a la Ley de Condiciones de la Contratación*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano, Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 259-270.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: «Consideraciones generales en torno al proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Actualidad civil*, 2018, nº 1, 2018, pp. 1-43.

CABANAS TREJO, RICARDO:

- «Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario la Ley*, 2017, nº 9047.
- «La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, 2019, nº 9386, pp. 1-15.

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO:

- «Comentario al artículo 3», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*», dir. por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011, pp. 103-148.
- «Transparencia material y función notarial en la Ley 5/2019 ¿control, carga o trampa?», *Notario del siglo XXI*, 2019, nº 85. Disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa> [Consulta: 8 de junio 2019].

CUENA CASAS, MATILDE: «Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Mas de lo mismo», en Hay Derecho. Disponible en <https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/> [Consulta 27 de mayo 2018].

DE LA PEÑA, LUIS Y LÓPEZ FRÍAS, JUAN: «Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico», *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2013, nº 130, pp. 47-78.

DÍAZ ALABART, SILVIA Y ÁLVAREZ MORENO, M<sup>a</sup> TERESA: «La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2004, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (Directiva 2014/17), dir. por Silvia Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2015, pp. 13-52.

DÍAZ GARCÍA, HELENA: «Comentario al artículo 3», *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, dir. por Manuel Jesús Marín López, Cizur Menor, 2014, pp. 136-205.

GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA: «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, coord. por Lorenzo Prats Albentosa, Matilde Cuenca Casas y Carlos Alonso Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 207-242.

GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO: «Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia», *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 35, 2006, nº 144, pp. 15-52.

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS:

- «Una lectura de la normativa en materia de crédito inmobiliario desde la perspectiva de los prestatarios», *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Herrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017 pp. 135-172.
- «El “nuevo” concepto de consumidor o empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2014, pp. 9-16.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: «Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, dir. por Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Juan Pablo Murga Fernández, Cizur Menor, 2016, pp. 259-299.

MATO PACÍN, M<sup>a</sup> NATALIA: «La transparencia material en el Proyecto (¿y en la futura Ley?) de contratos de crédito inmobiliario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2019, pp. 113-159.

MÉDICIS BERNAL, EVA: «Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, 2019, nº 9391, pp. 1-5.

MUÑIZ ESPADA, ESTHER: *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el derecho europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

NASARRE AZNAR, SERGIO Y SIMÓN MORENO, HÉCTOR: «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», *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2015, nº. 139, pp. 11-55.

ORDÁS ALONSO, MARTA: «El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo», *Aranzadi Civil*, (2008-III), pp. 2673-2725.

PASQUAU LIAÑO, MIGUEL: «De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación», *El contrato: Apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, coord. por Beatriz Añoveros Terradas y Sergio Llebaría Samper, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 267-301.

PÉREZ HEREZA, JUAN: «El tortuoso camino de aprobación de la Ley 5/2019. Los cambios introducidos durante la tramitación y su encaje en el texto final», *Notario del siglo XXI*, 2019, nº 85. Disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/opinion/opinion/9292-el-tortuoso-camino-de-aprobacion-de-la-ley-5-2019-los-cambios-introducidos-durante-la-tramitacion-y-su-encaje-en-el-texto-final> [Consulta: 8 de junio 2019].

PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISCO: «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario», *Los contratos de créditos inmobiliarios. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Herrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 403-437.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, EDMUNDO: «Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario», *Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2017, pp. 23-28.

SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO: «Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Régimen de transitoriedad», *DIARIO LA LEY*, 2019, nº 9423, pp. 1-15.

SÁNCHEZ LERÍA, REYES: «Sobre el deber de transparencia en el proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, coord. por Reyes Sánchez Lería y Lucía Vázquez-Pastor Jiménez, Reus, Madrid, 2018, pp. 85-105.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Es necesario repensar la contratación de préstamos hipotecarios entre empresas (autónomos y pymes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, 2015, nº 748, pp. 681-732.

TORRES RUIZ, SALVADOR: «La intervención del notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Los contratos de créditos inmobiliarios. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M<sup>a</sup> Luisa Moreno-Torres Herrera, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 439-460.

Fecha de recepción: 19.03.2019

Fecha de aceptación: 19.03.2019