

Garante persona física de un crédito empresarial y normativa de consumidores

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de GA_P

El proyecto de ley que transpondrá la Directiva europea 2017/14 incurre en la originalidad, no presente en la directiva, de que el sujeto protegido por la norma «consumerista» puede ser una persona física no consumidora; pero, sobre todo, en que un préstamo con carácter comercial puede estar incluido en la norma, sea cual sea su finalidad, si está garantizado —no necesariamente por vía hipotecaria— por un consumidor, siempre que haya una hipoteca sobre un inmueble residencial. A partir de ahí, una serie de combinaciones se posibilitan.

1. Doctrina jurisprudencial

- (1) En España venía siendo doctrina mayoritaria de las Audiencias que un fiador o garante real persona física no podía ser considerado consumidor si la deuda garantizada era una deuda empresarial, considerándose por ello decisivo el principio de accesoriadad de las garantías respecto de las obligaciones principales. Pero esta doctrina fue rechazada por el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre del 2015, *Dumitru Tarcau*. Según la resolución citada, la Directiva 13/1993 ha de aplicarse en función de una base objetiva, en consideración a la cualidad de los sujetos intervinientes, y el contrato de garantía es un negocio independiente de la deuda principal. El garante será un consumidor «si actúa con propósito ajeno a su actividad profesional y carece de vínculos funcionales con la entidad deudora». Por

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

(1) eso, si garantiza el consejero delegado o el gerente o quien es un socio de referencia, la deuda no es una deuda de consumidor, pero sí la deuda de garantía prestada por un familiar de aquél externo a la sociedad. Curiosamente, en una extralimitada sentencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio, estima un amparo por la misma razón. Refiriéndose al precedente comunitario, el Tribunal Constitucional sostiene que la resolución recurrida incurre en lesión de la tutela judicial efectiva al proceder a una selección irrazonable de la norma, vulnerando el principio de primacía del Derecho de la Unión y el derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia de instancia reciente parece haberse acomodado a esta nueva doctrina. Pero no hay estabilidad doctrinal, empero, cotéjese la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre del 2017: no se puede practicar control de abusividad de cláusulas de interés sobre el contrato de fianza celebrado con consumidor cuando el crédito principal es empresarial, y sólo se admite control de abusividad de las cláusulas específicas de la garantía.

2. Importancia práctica del problema

(2) El asunto tiene todavía importancia práctica por dos cosas. Primero, porque las condiciones de aplicación de la norma consumerista son más opacas que las razones que fundamentan la solución contraria. Segundo, porque el tema deviene de inmediata actualidad con la próxima aprobación de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, que transpondrá en Derecho español la Directiva 2014/17.

3. Finalidad mixta

(3) En la jurisprudencia europea y española actual se han consolidado dos doctrinas, no carentes de matices, del «fin preponderante» para discriminar entre consumidor y no consumidor cuando una misma persona física adquiere bienes o servicios para una finalidad mixta. El contrato podrá ser caracterizado de contrato de consumo, conforme a una doctrina, si es preponderante la finalidad ajena a una finalidad empresarial o comercial o, conforme a la segunda tesis, si la actividad empresarial es sólo *marginal* (cfr. considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE; SSTJUE de 20 de enero del 2005 y de 3 de septiembre del 2015; STS de 5 de abril del 2017; RDGRN de 30 de octubre del 2017). Pero estos criterios ponderativos no serían fácilmente trasladables a nuestro asunto presente porque la garantía prestada por persona física no puede estar sujeta al test de la finalidad (divisible) preponderante sin importar que por el test de la preponderancia ocurriera que la deuda principal no es deuda de consumo. La categorización ha de ser indivisible. Y la calificación falla en los casos límite. Estos casos son el de la garantía prestada por un cónyuge no administrador en garantía de una deuda de la sociedad «familiar» y la garantía prestada por un socio persona física por deuda de la sociedad cuando no es un «socio de referencia». En el primer caso cabría dudar si importa o no la estructura subyacente del patrimonio familiar en que consiste la empresa (un bien ganancial, una sociedad cuyas participaciones son gananciales, un bien privativo del cónyuge comerciante). En el segundo

(3) importa saber dónde está el límite que separa a un socio sin influencia y a un socio con influencia en *management*. Estas calificaciones son en todo caso dudosas, y se hubiera servido mejor la seguridad jurídica si se hubiese mantenido un criterio estrictamente soportado en el principio de accesoriedad. Repárese en que la normativa de consumidores está desenvuelta legislativamente de tal manera que la calificación de la garantía como acto de consumo muchas veces conducirá irremediabilmente a la invalidez de aquella o de sus cláusulas relevantes (todas las cláusulas de «renuncias» a derechos típicos del fiador), sorprendiendo con ello la confianza del acreedor e impidiendo el acceso al crédito a las empresas que sólo cuentan con una cobertura crediticia procurada por *insiders*.

4. La transposición de la Directiva 2014/17

(4) Pasemos ahora al Proyecto de Ley de transposición de la Directiva 2014/17/UE. Según el artículo 2, la ley sería aplicable 1) a préstamos (y créditos, art. 2.3) concedidos por profesionales (no necesariamente entidades financieras) cuando el deudor o el garante personal o real sean personas físicas (no necesariamente consumidores) y el contrato tenga por objeto la concesión de préstamos con garantía hipotecaria *u otro derecho real de garantía* sobre un inmueble de uso residencial (no necesariamente la vivienda habitual del deudor o del garante; ni siquiera una vivienda explotada para uso propio: puede ser una promoción inmobiliaria entera), y 2) cuando el contrato pretenda la concesión de préstamos (o créditos) cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir siempre que el prestatario o el garante sea *un consumidor*, aunque el inmueble no sea de uso residencial (pero en este caso la finalidad de la adquisición difícilmente podrá ser una *finalidad de consumo*) y aunque no exista una garantía hipotecaria sobre inmueble residencial o de otro tipo.

5. Tipificación de supuestos comprendidos

(5) No siempre es fácil distinguir entre los supuestos 1 y 2 supraescritos. Así, un arrendamiento financiero para la adquisición de inmueble residencial puede hallarse en cualquiera de las dos hipótesis (si se entiende que la propiedad del arrendador es una garantía inmobiliaria). Cosa singular, porque si el supuesto se encuentra *sub* 1, el contrato estará sujeto a la ley, aunque el arrendatario financiero persona física no sea consumidor; no así si se trata de una hipótesis *sub* 2. Otras contradicciones que no explicamos nacen de que en la ley bailan en ocasiones expresiones como «vivienda» e «inmueble residencial» como si se tratara de la misma cosa.

Repárese, pues, en las siguientes particularidades:

(6) — *Primero*, el prestatario o garante puede ser una persona física no consumidora y la garantía que se constituye sobre un inmueble residencial no ha de ser necesariamente por un crédito al consumo ni por un crédito para la adquisición o construcción de un inmueble.

G A _ P

- (7) — *Segundo*, la ley se aplicaría a los créditos de consumo de naturaleza inmobiliaria, aunque la deuda no estuviera garantizada con una garantía real; estos créditos al consumo «inmobiliario» sin garantía real inmobiliaria no estarían sujetos a la disciplina del crédito ordinario al consumo (Ley 16/2011), sino a la presente ley (*cf.* art. 3.3a Directiva).
- (8) — *Tercero*, la ley se aplicaría cuando un empresario autónomo (persona física) garantizara con hipoteca sobre inmueble residencial un crédito concedido a un tercero sin finalidad de consumo, pero no cuando el autónomo (no consumidor) solicitara crédito no garantizado o garantizado, por una persona física o jurídica, para adquirir un inmueble para construir.
- (9) — *Cuarto*, puede ocurrir que el fiador personal fuera persona física (no necesariamente consumidor), pero que no lo fuera el garante real (una sociedad) ni el deudor (la misma u otra sociedad), y que tampoco el crédito tuviera una finalidad de consumo para el prestatario; y sin embargo estaría incluido el supuesto en el ámbito de aplicación de la ley. Ejemplo: persona física consumidora que afianza personalmente un crédito pedido por un promotor para construir un inmueble. Y, si la persona física (no necesariamente consumidor) garantiza con hipoteca su inmueble residencial, el préstamo concedido puede tener cualquier finalidad. Consecuencias demasiado arbitrarias que derivan en parte de la directiva y en parte de la penosa redacción del proyecto de ley.
- (10) — *Quinto*, el garante personal o real puede ser persona física a la que se aplica la ley, que sin embargo puede no ser aplicable a la operación de crédito; es decir, la garantía no arrastraría al crédito al ámbito de aplicación de la ley. Esta regla, empero, tiene que contrastarse en cada supuesto de la regulación, pues existe al menos un caso (norma sobre el vencimiento anticipado) donde cabe cuestionarse si la garantía prestada por persona física no arrastra al ámbito de aplicación de la norma también al crédito principal concedido a una sociedad.
- (11) — *Sexto*, la garantía de persona física sobre inmueble de uso residencial (o la garantía personal de persona física cuando hay una hipoteca concedida por un tercero sobre inmueble residencial) quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la ley con independencia del grado de «interesamiento» que el garante consumidor tenga sobre la deuda subyacente o sobre el deudor subyacente. Dicho de otra forma, cuando el test relevante es el de la persona física, los criterios de preponderancia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional no tienen aplicación.

6. Aplicación de la ley o aplicación de la normativa de consumidores

- (12) Ahora bien, como la operación de garantizar deuda ajena no es de suyo una práctica comercial de consumo ni es una concesión de crédito al consumo, la inclusión del supuesto en el ámbito de aplicación de la ley no equivale a sostener que el garante persona física no empresaria deba

(12) ser tratado siempre como consumidor. Ni siquiera pretende la ley que sea tratado como consumidor cuando se den las circunstancias de desinteresamiento a que se refieren la jurisprudencia comunitaria y la constitucional. Lo único que explícitamente afirma la ley es que el garante persona física (consumidor o no) debe someterse al protocolo de «transparencia notarial» del artículo 13 del proyecto —en el que ahora no puedo detenerme— y que se le aplicarán «las normas de protección previstas en la presente ley», lo cual, como veremos, no es factible en todo caso.

(13) Quiero decir con ello que la aplicación a nuestro supuesto de la ley de crédito inmobiliario no convierte a nuestro garante persona física en consumidor a efectos, por ejemplo, de la aplicación del régimen de cláusulas abusivas. Sí se aplicarán en cambio a nuestro garante normas del proyecto de ley que se refieren a los «préstamos inmobiliarios» (p. ej., arts. 5, 7, 8) y también la obligación de evaluación de la solvencia (art. 9). Todo ello merced a la cláusula de extensión del artículo 2.2 *in fine* del proyecto de ley. Y será precisa la entrega de la FEIN y de la FIAE, porque su explicación es un cometido del notario conforme al artículo 13 y el garante persona física debe estar presente en el protocolo. Conforme al artículo 13.5, es obligado concluir que también se aplicarán a nuestro garante las exigencias de la «transparencia material».

(14) Es claro que el garante no es titular del derecho de conversión del artículo 18.2 (hipotecas multidivisas). No está claro si puede proceder al reembolso anticipado del artículo 21. En otros casos, su protección material es la que deriva del principio de accesoriedad, que permite al garante hacer valer las excepciones procedentes de la relación principal (art. 1853 CC), que —recuérdese— puede no tenerlas por no hallarse la operación de crédito en el ámbito de aplicación de la norma. Si la operación de crédito está cubierta por la norma protectora, el garante podría utilizar como excepción del artículo 1853 del Código Civil lo referido al tipo de interés en el artículo 19 o a la comisión de reembolso anticipado del artículo 21, o a las operaciones vinculadas (art. 15) y en general todo lo que pueda excepcionar el deudor. El garante persona física no está protegido en la forma prescrita por el artículo 23 frente a los intereses de demora si el crédito principal no ha sido concedido a una persona física, ni siquiera si el garante es consumidor. Respecto del vencimiento anticipado, el garante (del tipo que sea) puede aprovecharse de las excepciones que tiene el deudor persona física. Pero es discutible (contrástese la dispar dicción del artículo 22 de la ley —«o garante sea una persona física»— y el nuevo artículo 129 *bis* de la Ley Hipotecaria —«préstamo concluido con una persona física»—) si el garante real o personal persona física puede alegar la protección específica correspondiente cuando el deudor subyacente no puede.