



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
A.A. 2018/2019

DOTTORATO DI RICERCA IN “DIRITTO DEI CONSUMI (DOTTORATO
INTERNAZIONALE)”

“XXXII CICLO”

Settore scientifico disciplinare “IUS/01”

**“LA TUTELA DEL CONSUMATORE ALLA LUCE DELLA
DIRETTIVA 2014/17/UE RELATIVA A BENI IMMOBILI
RESIDENZIALI”**

IRENE BRUZÓN CID

DIRETTORI:

PROF. EUGENIO LLAMAS POMBO

COORDINATORE:

PROF. LORENZO MEZZASOMA

PROF. LUIGI FARENGA

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1.- <i>Introducción</i>	1
1.1.- <i>Crédito y consumo</i> .-.....	3
1.2.- <i>La necesaria tutela del consumidor adquirente de un bien inmueble</i> .-	4
1.3.- <i>El desarrollo del trabajo</i> -.	12

CAPITULO I

CONSUMIDOR: EL SUJETO TUTELADO	14
1.- <i>El consumidor: la evolución de su reconocimiento</i> .-	14
1.1.- <i>El consumidor: el desarrollo de un concepto</i>	17
2. <i>El consumidor en el ordenamiento jurídico español</i>	24
3. <i>El consumidor en el ordenamiento jurídico italiano</i>	27
3.1.- <i>Diferencias y líneas comunes</i>	32
4.- <i>El consumidor en la Directiva 2014/17/UE</i>	36
4.1- <i>Ambito de aplicación y actuación de la Mortgage Credit Directive: Legislación italiana y española</i>	38

CAPÍTULO II

LA TUTELA PRECONTRACTUAL	43
1.- <i>La tutela precontractual: una cuestión de información.</i> -	43
2.- <i>La tutela precontractual a tenor de la Directiva 2014/17/UE: Principios generales de actuación.</i> -	47
2.1.- <i>De la información base incluida en la publicidad a la información personalizada.</i> -	56
2.1.a) <i>La información publicitaria</i>	57
2.1.b) <i>La información general.</i> -	63
2.2.- <i>La FEIN: Ficha Europea de Información Normalizada.</i>	66
2.2.a) <i>La armonización máxima.</i> -.....	67
2.2.b) <i>¿oferta vinculante?.</i> -	68
3. <i>Educación financiera: Concepto y objeto.</i> -	72
3.1.- <i>Instruir financieramente: educación financiera como asignatura.</i>	75
3.2- <i>El art.6 de la Directiva 17/2014: ¿educación para quién? ¿informar o educar?.</i> -	79
4.- <i>Conclusión: el milagro de la educación financiera.</i> -	84

CAPITULO III

LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CLIENTE BANCARIO	87
1-. <i>Su necesaria regulación.....</i>	<i>87</i>
2-. <i>Breves Antecedentes normativos.....</i>	<i>90</i>
3 .- <i>La obligación precontractual de evaluación de solvencia en Italia y España.</i>	<i>93</i>
3.1-. <i>La evaluación de solvencia en la CMD: Definición y naturaleza.....</i>	<i>98</i>
3.1.2.- <i>¿Se excluye la posibilidad de contratar en caso de resultado negativo?.....</i>	<i>102</i>
4.-. <i>Régimen sancionador: situación general.</i>	<i>108</i>
4.1.- <i>Régimen sancionador: ¿un abanico de posibilidades?</i>	<i>113</i>
4.2.- <i>Solución adoptada en Italia.-</i>	<i>117</i>
4.3.- <i>El escenario español.-</i>	<i>121</i>
5-. <i>Algunas reflexiones.....</i>	<i>124</i>

CAPITULO IV

LA RAZONABLE TOLERANCIA	127
1.- <i>Introducción.-</i>	127
2.- <i>La razonable tolerancia.</i>	128
3.- <i>De la prohibición del pacto comisorio al pacto marciano: un hueco necesario para la autotutela.-</i>	135
3.1.- <i>El pacto comisorio: el rechazo.</i>	136
3.2.- <i>El pacto marciano: este sí.</i>	139
3.2.1.- <i>Algunos ejemplos actuales de su admisibilidad.-</i>	145
4.- <i>El art.120 quinquiesdecies del Tub.-</i>	147
5.- <i>El incumplimiento del acreedor.-</i>	151
6.- <i>La no transposición española: ¿una interpretación distinta?</i>	153
7.- <i>Algunas consideraciones.</i>	166
CONCLUSIONES	170
BIBLIOGRAFÍA	180

INTRODUZIONE

1.- Introduzione-; 1.1.- Credito e consumo -; 1.2.- La necessaria tutela del consumatore acquirente di un bene immobile -; 1.3.- Sviluppo del lavoro.

1.- Introduzione- Attualmente l'economia della maggior parte dei paesi sviluppati si basa sul consumo¹. L'azione di consumo può essere svolta in molteplici modi e con finalità diverse: acquistare un alimento di base in un supermercato, salire su un mezzo di trasporto pubblico, richiedere crediti destinati al consumo di beni o servizi mobili o con il finanziamento per l'acquisto di case. Questi sono solo alcuni esempi.

Il consumo è uno strumento che mobilita l'economia permettendo l'acquisizione di beni e servizi e che il modo principale per realizzarlo è quello di ottenere credito. Si configura come uno strumento che, permettendo di soddisfare i bisogni, -la maggior parte dei tempi-, fondamentali, delle persone, contribuisce allo sviluppo della loro personalità, incidendo direttamente sulla loro qualità della vita².

¹ Definizione secondo la R.A.A.E.: *Di consumo: 1. loc. adj. della società o civiltà: Che si basa su un sistema che tende a stimolare la produzione e l'uso di beni non strettamente necessari.*

² CULASSO, M.F., TABARES, J., "Enfoque jurídico del sobreendeudamiento y su incidencia sobre la calidad de vida de los consumidores". *Trabajos del Centro*, n. 8, 2010; RONCHETTI, F., "El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el derecho". *Ricerca e insegnamento*, 2006, p.45.

Inoltre, il consumo sostiene e favorisce i processi produttivi delle aziende fornitrici di beni e servizi,³cosicché senza credito non c'è consumo⁴.

La mancanza di liquidità monetaria nei momenti critici richiede forme di finanziamento per favorire la competitività dei mercati e riattivare l'economia, per cui l'espansione e il rafforzamento del credito sono elementi essenziali per il corretto funzionamento del mercato⁵.

Il contratto di credito al consumo consente lo scambio di un valore corrente con un'obbligazione futura, che accelera la circolazione della ricchezza di un paese che incide direttamente sull'economia familiare delle famiglie, essendo, quindi, un fattore determinante sia nella moderna crescita economica che nella sua risoluzione, rallentandola, quando in tempi di difficoltà economiche vi è solitamente una restrizione ad essa⁶. La crisi finanziaria che ha colpito la maggior parte dei paesi dell'Unione europea ne è la prova⁷.

³ PIEPOLI, G. *Il credito al consumo*. Jovene Editore, 1976.

⁴ BUONOCORE, V, “La Direttiva comunitaria de 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (*leasing, factoring* e credito al consumo)”, *Banca Borsa e Tit. Cred.*, Milano, 1994, p.467; COSMA, S., “Il ricorso al credito delle famiglie italiane: sovraindebitamento o cambiamento culturale”. *Attualità e prospettive negli studi di Economia dei mercati e degli Intermediari finanziari*, 2006, p. 423-443.

⁵ PASQUAU LIAÑO, M., “Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento”. *Estudios sobre Consumo*, 1990, n. 18, p. 11-28.

⁶ LUQUIN BERGARACHE, R. *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*. Madrid, Aranzadi, 2015, p.15

⁷ Il fatto che l'inefficace gestione del mercato finanziario, in particolare la concessione irresponsabile e priva di senso del credito in Europa, è stata la causa principale della crisi è evidente dallo stesso legislatore europeo, in particolare nella

1.1.- Credito e consumo .- Il credito al consumo è un tipo di contratto attraverso il quale un finanziatore concede o si impegna a concedere un credito al consumo sotto forma di dilazione di pagamento⁸, prestito, apertura di credito o qualsiasi altro mezzo di finanziamento equivalente.

Negli ultimi tre decenni ha subito uno sviluppo significativo, evolvendo sia i suoi agenti che le tecniche finanziarie che utilizzano.

Con la loro espansione ed evoluzione, i contratti di credito sono oggi diventati contratti di massa per una clientela indeterminata, sia in termini di numero che di profilo socio-economico, redatti con formule predisposte, e conclusi aderendo a clausole contrattuali generali.

Oggi il credito al consumo comprende, come operazione economica, una pluralità di forme giuridiche di contatto, sia civili che commerciali, che vanno dal prestito personale all'apertura di un conto corrente, carte di credito, *leasing* o *factoring*⁹.

norma che ci riguarda, nel considerando 3 della direttiva 14/2017/UE, che inizia in questo modo: “La crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico. Molti consumatori hanno perso fiducia nel settore finanziario e i mutuatari si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti: ciò ha portato all’aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate”.

⁸ Questo tipo di pagamento denota l'importanza del fattore tempo, in quanto il credito del creditore non può avvenire immediatamente, ma solo entro i termini stabiliti: vi è un differimento dell'esigibilità del servizio. GARRIGUES, A. *El crédito en el Derecho, Contratos Bancarios*, 2 ed. Madrid, 1975, p.281.

⁹ GIORGIANNI, F.; TARDIVO, C. M., *Diritto bancario: Banche, contratti e titoli bancari*. Giuffrè Editore, 2006; CAMPOBASSO, G.F., *I contratti bancari, Manuale di diritto Commerciale*, UTET, Torino, 2003, p.415 y ss.

Come indica il titolo di questa tesi di dottorato, l'oggetto di analisi è una delle tipologie "speciali" di credito al consumo, il cui sviluppo ed espansione continua a crescere: il credito immobiliare.

Si tratta di una nuova forma di finanziamento dell'abitazione e di altri beni immobili, che trasforma il paesaggio in un sistema di *finanziamento "à la carte"*¹⁰ che comporta una serie di rischi e pericoli per il consumatore.

1.2.- La necessaria tutela del consumatore acquirente di un bene immobile .- La dinamica di questo tipo di contratto, nel settore bancario, si traduce in portafogli con condizioni preventivamente redatte dagli istituti finanziari, causando una violazione dell'equilibrio contrattuale che rende indispensabile lo sviluppo di una regolamentazione settoriale che regoli la complessa realtà bancaria, in termini di capacità di fornire informazioni sulla trasparenza e sulla tutela dei consumatori dei prodotti bancari¹¹.

E, nonostante negli ultimi decenni la normativa bancaria sia stata dedicata alla regolamentazione della difesa dei propri clienti¹² - quando prima era interamente dedicata a questioni come la concorrenza sleale o la stabilità bancaria come azienda - la libertà contrattuale individuale che gli ordinamenti giuridici sono chiamati a garantire, consentendo un'attività contrattuale a parità di condizioni¹³, non è ancora tutelata.

¹⁰ LUQUIN BERGARACHE, R., ob.cit., p.269

¹¹ LLEDÓ YAGUE, F., *La protección del consumidor de inmuebles*. 2013, p.454.

¹² Considerato consumatore, in Spagna, dal 1984, con l'entrata in vigore della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti.

¹³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad", *El Notario del s.XXI*, Num.30, Colegio Notarial de Madrid, 2010, p.40. Y, del mismo autor: "La nulidad de las condiciones generales". *Estudios sobre*

Questo tipo di credito al consumo è stato oggetto di una regolamentazione differenziata da parte del legislatore europeo, sia per la tipologia di immobile da acquistare con questo finanziamento - l'edilizia residenziale - sia per la complessità dello scenario in cui si sviluppa (che richiede una maggiore tutela, se possibile, per il consumatore) .

Ci aspettiamo che quest'ultimo, con la direttiva 87/102/CEE¹⁴ ha stabilito regimi giuridici diversi per il credito al consumo in base alla natura dei beni acquistati. Pertanto, la regolamentazione dell'acquisto di beni immobili attraverso questo tipo di finanziamento non rientrava nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva, ora disciplinata dalla direttiva 2014/17/UE, del 4 febbraio 2014, relativa ai contratti di credito conclusi con i consumatori di beni immobili ad uso residenziale¹⁵.

Tuttavia, come vedremo nel capitolo dedicato all'analisi dell'evoluzione normativa che regola la questione, il processo non è stato, per così dire, "una strada di rose", e dovuto, come nella maggior parte dei casi in questi casi, alle diverse opzioni per il recepimento della normativa europea nei sistemi giuridici nazionali, mentre il legislatore italiano, nel suo *Testo Unico*¹⁶, ha accettato la stessa soluzione adottata dal legislatore

invalides e ineficacia, 2006, n.1, p.105; “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”. *Revista Jurídica*, 2013.

¹⁴ Direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo.

¹⁵ Che modifica le Direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e anche il Regolamento (UE) n° 1093/2010.

¹⁶ *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (TUB) emanato attraverso il d.lgs 1° settembre 1993, n. 385, in vigore dal 1 gennaio 1994.

europeo¹⁷, lo spagnolo, nella legge sui contratti di credito al consumo¹⁸, non ha seguito la stessa linea, senza prevedere nelle sue disposizioni l'esclusione di questo tipo di credito¹⁹.

La crisi finanziaria scatenatasi nel 2008 non ha fatto altro che dimostrare la necessità di prevenire in futuro un'altra espansione insostenibile del credito, il che significa che hanno iniziato a scommettere a favore di un debito responsabile o della concessione di credito.

Quest'ultimo concetto si riferisce ai comportamenti e alle pratiche che consumatori e creditori devono seguire per garantire che il prestito concesso sia adeguato al primo, senza ostacolare la capacità del consumatore di rimborsarlo. Nel caso dei mutui ipotecari, un comportamento responsabile è richiesto più fortemente che in altri tipi di credito, dato l'importo elevato, la lunga durata di questi prestiti e le conseguenze che un mercato malfunzionante e la precaria tutela dei consumatori possono avere su questo tipo di credito.

Infatti, nell'ambito della sottoscrizione di prestiti al consumo sono sorti numerosi problemi, aggravati anche dalla crisi economica degli ultimi

¹⁷ Attualmente, all'art. 122, comma 1, lettere e) ed f), il Testo Unico Bancario - dopo varie modifiche legislative....- esclude dal suo campo di applicazione i finanziamenti destinati all'acquisizione o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile e i finanziamenti garantiti da ipoteche su immobili. Per una prima visione generale: ALPA, G., "L'attuazione della direttiva sul credito al consumo", in *Economia y Diritto del terziario*, 1994; MOLLE, G. y DESIDERIO, L., *Manuale di diritto bancario*. Giuffrè, 1987; CAPRIGLIONE, F. *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari. Commento al D. Legisl. n. 385 del 1993, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 1995.

¹⁸ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, LCC. Art.2.2.

¹⁹ RUIZ AGUILAR, Leonor; *La protección legal del consumidor de crédito*. Tirant lo Blanch, 2001, p.359; LUQUIN BERGARACHE, R., ob. Cit., p.55.

anni. Tra questi, ci sono state e continuano ad esserci clausole abusive nei contratti, sovraindebitamento delle famiglie o impossibilità di rimborso del prestito.

In particolare, nel settore del credito ipotecario, l'impossibilità di rimborso entro il termine pattuito del prestito comporta la perdita della garanzia immobiliare, che è generalmente l'immobile stesso che viene acquistato per essere utilizzato come abitazione familiare o come seconda casa. Negli ultimi anni, a causa del crollo dei prezzi degli immobili, in alcuni casi il debitore/consumatore si trova in una situazione veramente critica. Ad esempio, anche dopo che l'ipoteca è stata pignorata, vendendo l'immobile all'asta pubblica per un importo inferiore a quello pagato al momento dell'acquisto, e la vendita non raggiunge l'importo totale dovuto al mutuante, il consumatore, oltre a perdere l'abitazione, è responsabile per il resto del prestito con il suo patrimonio, presente o futuro, in base al principio della responsabilità universale.

Non possiamo ignorare il fatto che l'alloggio, oltre ad essere un bene mobilitato nel mercato del credito, è un diritto costituzionalmente riconosciuto, essenziale per rendere effettivi, a sua volta, altri diritti costituzionali come il libero sviluppo della personalità, l'intimità e, in breve, la libertà.²⁰

²⁰ Nel corso degli anni il concetto di consumatore si è evoluto, e oggi sembra indiscutibile che si parli soprattutto di persone. L'importanza e la necessità dello studio della tutela dei consumatori nella concessione di crediti immobiliari risiede nelle conseguenze sociali, economiche e giuridiche che comporta. L'acquisto di un immobile ad uso residenziale è un'azione legata alla funzione sociale dell'immobile (quindi alla funzione sociale del contratto) e al diritto costituzionalmente riconosciuto di godere di un alloggio dignitoso. Dal 1978, la CE, con i suoi articoli 33 e 47, fornisce un sostegno giuridico alla questione, anche se sembra che le ripercussioni di carattere sociale che il

Si tratta di un diritto che si configura attraverso le più diverse prospettive giuridiche, tra cui quella civile, ipotecaria, finanziaria o urbana; e questo carattere trasversale rende inevitabile la realizzazione di uno studio sull'impatto e sulle conseguenze che la tutela del consumatore in quanto soggetto contraente di un credito immobiliare ha su di lui.

In questo senso, considerando il consumatore come parte debole e vulnerabile del rapporto contrattuale, tutte le iniziative europee hanno posto l'accento sulla regolamentazione dell'indebitamento attraverso la

credito immobiliare al consumatore comporta siano dimenticate dal legislatore, sia europeo che nazionale. Nell'ordinamento giuridico italiano, il diritto all'alloggio è piuttosto un interesse di importanza costituzionale, essenziale per soddisfare altri bisogni primari che il legislatore deve garantire per quanto possibile. È un fatto che il consumatore, in quanto persona priva di conoscenze bancarie, in quanto parte contraente debole nel rapporto contrattuale, che rischia l'economia familiare per l'acquisizione di un bene il cui godimento è costituzionalmente garantito, che in caso di inadempimento - più spesso per motivi indipendenti dalla sua volontà, ma apparentemente cognabile e prevenibile dal concedente del prestito o del credito, coloro che dovrebbero quindi essere ritenuti responsabili della violazione in questione - possono vedere i loro diritti fondamentali diminuiti da un malfunzionamento del mercato e dell'attività bancaria e creditizia, come l'aver un tetto decente sotto il quale dormire e quattro muri in cui sviluppare la propria personalità, e soprattutto il fatto che anche dopo la crisi finanziaria e immobiliare in cui siamo stati immersi, la situazione non sembra essere cambiata; sono ragioni più che sufficienti per giustificare la necessità di un'analisi approfondita dell'efficacia della tutela accordata al consumatore in questo scenario. In questo senso, V.FERRARI, G.F, "La tutela dell'aspettativa all'abitazione nel costituzionalismo contemporaneo" in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, Vol I (Aspetti costituzionali ed amministrative), Giuffrè editore, Milán, 1986; MODUGNO, F., *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappinelli Editore, Turín, 1995.

concessione di credito responsabile, utilizzando strumenti preventivi come l'informazione o l'educazione finanziaria.

Di conseguenza, negli ultimi tempi si è verificata una proliferazione di regole, necessari esami e analisi, volte ad eliminare le asimmetrie che impediscono l'efficiente funzionamento del mercato del credito ipotecario.

Per raggiungere questo obiettivo, sono stati compiuti sforzi per migliorare l'informazione precontrattuale dei consumatori di credito ipotecario in modo che possano dare il loro consenso informato dopo aver potuto confrontare le diverse offerte di credito sul mercato. Analogamente, sono state introdotte misure volte a garantire un'adeguata valutazione dei rischi che le parti si assumono al momento della conclusione del contratto e a valutare l'affidabilità creditizia del prestatore, nonché l'introduzione dell'educazione finanziaria come materia nei programmi di formazione, ad esempio.

Violazioni e violazioni delle norme sulla trasparenza e sulla tutela dei consumatori, nonché una valutazione del rischio inadeguata o carente, sono fattori che determinano la concessione irresponsabile del credito cui abbiamo fatto riferimento in precedenza, che la direttiva, nel suo terzo considerando, individua come causa della crisi finanziaria. Non ne siamo ancora usciti e continua a produrre gravi ripercussioni sociali ed economiche.

Per questo motivo, la suddetta legge, oltre ad imporre agli imprenditori qualificati obblighi di informazione al consumatore, obbliga quest'ultimo, prima di qualsiasi offerta, a valutare la solvibilità del futuro debitore e a valutare adeguatamente il bene offerto in garanzia. Si può quindi affermare che, valutando il merito creditizio del consumatore nella fase

precontrattuale, le banche sono obbligate a dissuadere il consumatore dal concludere contratti di finanziamento non adeguati alla sua situazione finanziaria, evitando così il rischio di indebitamento eccessivo da parte del consumatore.

Ma finora la tutela è preventiva. Tuttavia, l'omissione di questo tipo di comportamento o la violazione di obblighi e comportamenti precontrattuali, obbliga l'istituto di credito a risarcire il danno causato, consentendo anche di attivare altri rimedi per il consumatore.

La natura essenzialmente privata del diritto europeo significa che l'ordinamento giuridico del mercato deve tradursi nell'imposizione di diritti e obblighi individuali, vale a dire situazioni giuridiche soggettive che possono essere esercitate da privati in tribunale.

Uno degli aspetti che saranno trattati nella tesi sarà l'ipotesi che le diverse modalità di incorporazione della normativa europea negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri possano o meno generare disuguaglianze tra i beneficiari della protezione prevista dalla normativa, in questo caso i consumatori.

Prevediamo che la formulazione di una direttiva, sia in termini di delimitazione del campo di applicazione e dell'oggetto, sia in termini di armonizzazione, rivelando anche l'impatto sociale dei suoi precetti²¹, in quanto non si occupa quasi mai degli effetti "reali" della garanzia in caso

²¹ DOMURATH, I., *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*. Ashgate, 2015.

di inosservanza, per non parlare della vaghezza dei termini in cui è espressa²².

Lo standard è caratterizzato da una combinazione di regole, alcune dedicate alla disciplina del contratto stesso e altre alla concessione di questo tipo di finanziamento. L'analisi della solvibilità dei consumatori e la concessione di credito responsabile, basata sulla vigilanza bancaria, sono argomenti il cui studio permetterà di concentrarsi sui settori in cui la tutela dei consumatori è diretta in questo campo.

Tuttavia, lo studio della tutela dei consumatori nella contrattazione di crediti immobiliari non può limitarsi esclusivamente al senso strettamente contrattuale della concessione di un credito finito al finanziamento immobiliare. Ciò è praticamente impossibile data la trasversalità della materia, come abbiamo detto prima, e il suo rapporto intrinseco con il diritto bancario.

Inoltre, la tutela e la protezione giuridica del consumatore riguarda quasi tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico, non solo privato ma anche pubblico: amministrativo, penale e, soprattutto, costituzionale. Pertanto, l'intervento delle autorità pubbliche nello sviluppo e nell'applicazione della loro tutela è necessario²³.

²² PELLECCIA, ENZA., “La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali”. *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, vol. 69, no 2, p. 206-226; ARROYO AMAYUELAS, E., “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”. *Indret*, 2017.

²³ SÁNCHEZ, POLO, E., *La protección del consumidor en el derecho privado*. Civitas, 1980.

1.3.- Sviluppo del lavoro.- Dopo tutto quello che è stato detto finora, descrivo di seguito ciò che questo lavoro di ricerca propone: lo studio della tutela del cliente bancario del credito immobiliare alla luce della Direttiva 2014/17 o *Direttiva Credito ipotecario* - d'ora in poi MCD - per le ragioni sopra citate, ovvero la necessaria tutela della parte debole nel rapporto contrattuale finanziario e l'impatto che le misure legislative europee implicano, da diverse prospettive, sia in ambito giuridico che in ambito personale e patrimoniale del consumatore, nonché i loro effetti sui diversi sistemi giuridici europei.

Per fare ciò, la tesi sarà sviluppata, sempre in un'ottica comparativa tra diritto spagnolo e diritto italiano, nel seguente modo: in primo luogo, identificheremo il soggetto sotto tutela, come e da cosa viene protetto.

Ecco perché il primo passo del primo capitolo è quello di analizzare l'evoluzione del concetto di consumatore fino alla nozione attuale e concreta che ci riguarda.

In secondo luogo, esamineremo gli strumenti dedicati al conseguimento di tale tutela da parte del legislatore europeo, prestando particolare attenzione agli obblighi di informazione precontrattuali, entrando nel possibile impatto positivo che un'educazione finanziaria potrebbe avere e, soprattutto, l'obbligo di valutare la solvibilità del potenziale debitore.

Queste misure preventive saranno analizzate separatamente, dedicando il secondo capitolo alla regolamentazione delle necessarie informazioni precontrattuali; il terzo, alla valutazione della solvibilità del cliente, inserendo in modo dettagliato il regime sanzionatorio previsto in caso di violazione, con i suoi effetti e conseguenze. E infine il quarto, dedicato all'introduzione, da un lato, del dovere di agire con ragionevole tolleranza e, dall'altro, di "nuovi" meccanismi alternativi alla preclusione.

Infine, nelle conclusioni, si spera di essere in grado di determinare in modo chiaro e conciso la situazione giuridica attuale, quali sono le sue lacune e scappatoie, la possibilità di alleviarle e in che modo, quali sono i loro effetti, le loro conseguenze e il loro impatto sia a livello giuridico che sociale; e di verificare, in breve, in che misura il percorso scelto dal legislatore per proteggere il consumatore/cliente bancario sia efficiente ed efficace, cercando, in caso di risposta negativa, di offrire alcune ipotesi alternative.

CAPITULO I

CONSUMIDOR: EL SUJETO TUTELADO

1.- El consumidor: la evolución de su reconocimiento. 1.1.- El consumidor: el desarrollo de un concepto.- 2. El consumidor en el ordenamiento jurídico español.- 3.- El consumidor en el ordenamiento jurídico italiano.- 3.1.- Diferencias y líneas comunes. 4.- El consumidor en la Directiva 2014/17/UE.

1.- El consumidor: la evolución de su reconocimiento.- Fue en los Estados Unidos de América donde florecieron las primeras organizaciones de consumidores, como antecedente más lejano²⁴.

En Europa, la protección específica de los consumidores, a través de organizaciones públicas o privadas, no se articula hasta la mitad del presente siglo, siendo el Consejo de Consumidores de Dinamarca, en

²⁴ La consolidación de los primeros movimientos de protección tuvo lugar como consecuencia de la publicación del libro “*Your Money’s Worth*” elaborado por los promotores de la «Consumer Union» quienes reclamaban al Gobierno que publicase los resultados de los estudios comparativos realizados por la Administración sobre determinados productos. Sin embargo, el gran impulsor del movimiento de protección de los derechos de los consumidores fue el Presidente de los Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, quien, hábilmente, identificó en su campaña electoral consumidor con votante, prometiendo su protección con una serie de medidas concretas, y poco después, el 15 de marzo de 1962, día en el que presentó su Mensaje Especial al Congreso sobre Protección de los Consumidores, acuñó la frase «consumidores, por definición, nos incluye a todos», mencionando ya cuatro derechos básicos del consumidor: seguridad, información, elección y audiencia, además de los medios de fortalecer los programas de protección de los consumidores. PENCO ACEDO, Á. “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico: breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2000, n. 18, p. 297-340.

1947, la primera en aparecer. Le siguieron diversos movimientos durante la década de los sesenta en Francia, Alemania y Reino Unido, principalmente²⁵.

El Tratado Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, no alude de manera directa a los consumidores, ni establece medidas de protección específicas para ellos. No obstante, contiene algunas referencias indirectas a lo largo de todo su articulado referentes a la mejora constante de las condiciones de vida como finalidad primordial de la C.E.E²⁶. según indica el art. 3.º de su Preámbulo, así como «una elevación acelerada del nivel de vida» de sus ciudadanos tal como establece el art.2.º del texto constitutivo.

Sin embargo, no fue hasta la Conferencia de Jefes de Estado de París de 1972, cuando se comenzó a ejecutar una política ordenada en materia de consumo. En particular, se solicitaba que los órganos comunitarios elaborasen un programa específico para robustecer y coordinar medidas de protección al consumidor, alentando a los Estados miembros a dar «un aspecto humano» a la Comunidad, lo que habría de traducirse en una mejora de la calidad de vida de los europeos.

El siguiente paso fue la elaboración de la Carta de Protección del Consumidor, el 17 de mayo de 1973, por parte de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa. Este hecho supuso el inicio de la política comunitaria de protección del consumidor y los legisladores nacionales

²⁵ La aparición de aquellos movimientos protectores del individuo fue fruto de la nueva dimensión del mercado tras el éxito de la revolución industrial con el consiguiente desarrollo económico. En este panorama se aprecia una creciente desigualdad entre los sujetos particulares, consumidores en definitiva, y las empresas, generalmente grandes, operantes en el mercado, al disminuir progresivamente las posibilidades de elección de la parte más débil del contrato.

²⁶ Según indica el art. 3.º de su Preámbulo, así como «una elevación acelerada del nivel de vida» de sus ciudadanos tal como establece el art.2 del texto constitutivo.

adoptaron la definición que en ella aparecía según la cual «*consumidor es una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado*».

No obstante, parece ser unánime la consideración de que el concepto tradicional de consumidor, entendido como persona que adquiere para su consumo bienes de primera necesidad como alimentos o medicamentos²⁷, se ha abandonado para dar paso a un concepto amplio o abstracto, que incluye a todos los ciudadanos que aspiren a tener calidad de vida. Éste, comenzó a fraguarse ya en 1975 con la Resolución del Consejo Europeo, relativa a un Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores²⁸, que en el punto tercero de su Introducción establecía que «*de ahora en adelante ya no se entenderá al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los distintos aspectos de la vida social que pueden directa o indirectamente afectarle como consumidor*».

²⁷ Éste encuentra su origen en el movimiento proteccionista del Derecho de Consumo. Este proteccionismo surge, para quienes estudian la materia desde un análisis económico del derecho, como consecuencia de la indefensión del consumidor en la economía capitalista, en la que éste asume una posición desequilibrada, quedando como sujeto vulnerable ante la desvirtualización de la oferta-demanda por la introducción en el mercado, no sólo del producto, sino también de la creación de la falsa necesidad de éste por parte de fabricantes y distribuidores. Para superar el concepto puramente económico de consumo como elemento del mercado, es necesaria una intervención de los poderes públicos que actúe en favor de los consumidores. ALEMÁN RIVERO, S.; DE LEZCANO SEVILLANO, I.D., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1994, p.30 y ss. Sobre los motivos por los que este proteccionismo se impone v. RAMSAY, I. *Consumer protection*. Palgrave Macmillan, 1998. Según el autor, algunas de las razones, entre muchas otras, son la ampliación del elenco de los derechos individuales, el fracaso del mercado, el desequilibrio entre compradores o la ética.

²⁸ Disponible en [DO C 92 de 25.4.1975, p. 1.](#)

Más tarde, la aprobación del Acta Única Europea que entró en vigor el 1 de julio de 1987, reformó el Tratado de Roma en materia de mercado interior, y supuso, por primera vez, la protección expresa de los consumidores en el ámbito comunitario, acto de gran importancia pues nunca antes había aparecido esta mención en un Tratado constitutivo comunitario, y aunque esta referencia no establece todavía ninguna política concreta de protección al consumidor, sí que incluye entre sus objetivos *«la protección de la salud de las personas», «asegurar al consumidor suministros a precios razonables»* y *«limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores»*.

Importancia especial reviste, por la materia que regula, el Convenio de Roma de 18 de mayo de 1992, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, donde se recoge una definición de consumidor como aquella persona que adquiere *«para un uso que puede ser considerado como ajeno a su actividad profesional»*²⁹. De este modo se daba pie a la noción restrictiva de consumidor, que, prescindiendo de los elementos subjetivos de esta figura, está presente – aunque con excepciones – no sólo en la legislación europea en esta materia, sino también en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1.1.- El consumidor: el desarrollo de un concepto.- Aunque en la actualidad la expresión «consumidor» forma parte del lenguaje jurídico, dicho concepto procede de la ciencia económica, que se refiere al mismo para describir un sujeto de mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para su propio uso o para la satisfacción de sus necesidades personales o

²⁹ En su art. 5.1 estipula lo siguiente: *«El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que puede ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros»*.

familiares. Para algunos autores³⁰, de hecho, a la ciencia económica se le debe la edificación del concepto de “consumo”, y por tanto del concepto de consumidor. Sin embargo, el momento histórico en el que empieza a fraguarse tal concepto, en la revolución industrial, induce a los economistas a ocuparse de los consumidores como destinatarios de productos de industria, construyendo un escenario en el que el público consumerista constituye el centro de la demanda, y los empresarios, el de la oferta. De este modo, Smith, el padre del liberalismo económico, entendía que el consumo es sólo el objetivo de cada producción y sólo han de tenerse en cuenta los intereses del productor en la medida en la que ello sirva para promover aquellos de los consumidores³¹.

Son múltiples las definiciones que podemos encontrar de consumidor, ya sea por parte del legislador como por parte de la doctrina. Se trata de un concepto que, a la par que el derecho del consumo, ha ido adaptándose y amoldándose a los tiempos en los que se desarrollaba y sigue desarrollándose. Quizás por eso, aunque hubo bastante acuerdo en que cuando se hablaba de consumidor se hacía referencia a *«cualquier sujeto que participa en una relación jurídica de consumo, que se encuentre en una posición institucionalmente débil, como contraparte no profesional de las empresas que operan de manera activa en el mercado de los bienes o servicios de masas»*, es difícil construir una categoría jurídica unitaria en cuanto a su noción.

De hecho, hay quienes afirmaban que la construcción jurídica de su concepto era imposible porque el consumidor no existía como sujeto de Derecho; otros para quienes era una figura ficticia o irreal, mientras que

³⁰ ALPA, G., *Diritto privato dei consumi*. Il Mulino, 1986, pg.14.

³¹ La simplicidad de tal concepto no pasó desapercibida, encontrando numerosas críticas: ROTHSCHILD, D. P.; CARROLL, D. W.; *Consumer protection reporting service*, WH Anderson, 1976. Del mismo modo, otra de las críticas reside en el hecho de que el análisis de tales nociones está anclado a la situación del mercado.

para otros, ante la diversidad de relaciones jurídicas y sociales en las que puede identificarse al consumidor, como adquirente de bienes o servicios, existen distintos “tipos” o “clases” de consumidores, siendo la pluralidad de nociones posibles necesaria para delimitar el ámbito de aplicación de las disposiciones legales destinadas específicamente a su protección³².

Una de las características esenciales de la noción de consumidor, es su consideración de supra o protoconcepto, es decir, un concepto preeminente y superior. Ello encuentra su explicación en el hecho de que la previa cualificación de una de las partes como consumidor es lo que determina y condiciona la naturaleza de la relación jurídica, y por ende, la aplicación del conjunto de normas que le otorgan protección legal. La noción de consumidor como protoconcepto, se manifiesta claramente cuando se exige la comprobación, por parte de un juez, de la condición de consumidor de una de las partes de la relación contractual con la finalidad de poder establecer la norma aplicable³³.

³² VERA, J. B., “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”. *Revista de administración pública*, 1978, n.87, 251-300; STIGLITZ, G.A.; *Derecho del consumidor*. Editorial Juris, 1992; GONZÁLEZ, R. L., IZQUIERDO, J. M. E.; *Consumo y derecho: Elementos jurídico-privados de Derecho del Consumo*. ESIC Editorial, 2006.

³³ I TOMÀS, C.E.; La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dykinson, 2017. p. 63-87. Ello se reconduce al principio de efectividad, que permite aplicar de oficio determinadas disposiciones contenidas en las directivas europeas – siempre en materia de consumidores- incluso cuando una de las partes no haya alegado expresamente la condición de consumidor. De hecho, en relación con el contenido de algunas directivas, como por ejemplo la Directiva 1999/44/CE, se ha pronunciado el TJUE, afirmando que el principio de efectividad exige que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, tenga la obligación de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor, aunque éste no la haya alegado expresamente. (STJUE 4 de junio de 2015).

Es decir, la existencia de la noción de consumidor – sin el cual no existe relación de consumo - funciona a través de una previa exigencia dogmática de calificar la relación jurídica como relación de consumo y de aplicar no sólo su acervo normativo, sino también los estándares propios del derecho de consumo³⁴, aplicables a cualquier norma de consumo y operativos a lo largo del *iter* contractual consumerístico, destinados a corregir la asimetría y el desequilibrio que caracteriza a la relación contractual.

En cualquier caso, no existe una noción unitaria y clara de consumidor. Ésta se forma operativa y dinámicamente a través de el reenvío al contenido del acto legislativo en cuestión *«para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor [...] hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona»*, y, *«una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras»*. Esto quiere decir que todo depende del acto negocial en concreto que se efectúa y demuestra que el consumidor no es un status subjetivo permanente³⁵.

³⁴ Entre algunos de estos estándares encontramos, fundamentalmente: la diligencia exigible al consumidor medio; la información precontractual; la forma como requisito para la celebración de determinados contratos, que funciona como instrumento protector de los intereses del consumidor; la integración del contrato; el ejercicio judicial de la pretensión con inversión de la carga de la prueba; o el recurso al arbitraje de consumo como medio de resolución de conflictos.

³⁵ RUIZ AGUILAR, L., *La protección legal del consumidor de crédito*. Tirant lo Blanch, 2001, p.34. En el mismo sentido, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2008, p. 511. Además, con la doctrina anglosajona del *«bystander»*, la noción de consumidor, no sólo se adapta progresivamente a la finalidad de la norma tuitiva en concreto, sino que además no se

Inicialmente el concepto se identificaba en función de que la figura personal de quien contratase no coincidiese con la de profesional in abstracto. Se trata de un criterio subjetivo en base al cual el consumidor es el no profesional frente a una persona que sí lo es. A este aspecto subjetivo se le suma la idea económica de destinatario final .

En base a cuanto descrito, podemos afirmar por tanto, que la tutela de los consumidores o usuarios no se proyecta de manera automática, es decir, será el acto de consumo en sí el que delimitará de qué consumidor y de qué negocio jurídico - objeto de regulación - se trata para que pueda aplicarse la tutela legislativa. Es el acto de consumo el que genera la noción de consumidor, y no viceversa³⁶.

El desarrollo de esta concepción concreta encuentra dos variantes en base a cómo se produzca la atribución de los derechos subjetivos al consumidor. Por un lado, la que se dedica a su posición objetiva como contratante, bastando que sea un sujeto que celebre un negocio jurídico con una empresa organizada, siendo indiferente su situación personal. Por el otro, la que tiene en cuenta factores subjetivo-funcionales como el carácter de debilidad e inferioridad con el que se asocia su figura.

Una de las áreas en las que precisamente mejor se aprecia esta restricción del concepto de consumidor es en el crédito al consumo. Según cuanto expuesto en el párrafo anterior, si mi acto de consumo es la contratación de un crédito al consumo con una entidad bancaria, seré un consumidor de crédito al consumo, un cliente bancario, y no otro tipo de consumidor; y por ello, recibiré la tutela del regimen jurídico aplicable en este ámbito, y no el que esté vigente para el consumidor de un producto defectuoso, por ejemplo.

limita al consumidor o usuario final, extendiendo la tutela a todos aquellos que hayan sufrido un daño como consecuencia del bien o producto adquirido por el consumidor.

³⁶ TULLIO, A. *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997.

Es por ello que en la mayoría de países europeos, no sólo en España, se regula el crédito al consumo, - al igual que otras categorías jurídicas - a partir de nociones concretas de consumidor de crédito. Tanto el *Code de la Consommation* francés de 1993, como el *Testo Unico* italiano, también de 1993, o la *VerbrKrG* alemana de 1990 han optado por esta dinámica³⁷.

Ésta última acepción es el fundamento de las teorías contractualistas para denominar cliente al consumidor en ámbito bancario y crediticio, sirviéndose de ella para hacer referencia, en el marco de los servicios financieros, a la parte más “débil”, debido entre otras cosas a la poca o nula posibilidad de negociación respecto al otro contratante, en los contratos bancarios³⁸.

Sin embargo, en algunos sectores de la contratación, la protección que se ofrece a la parte débil no deriva de su condición de destinatario final de productos o servicios, sino que se le protege por su condición de contratante o usuario en base a una determinada relación con el profesional.

De hecho, como decíamos, la noción de consumidor, así como la de Derecho de consumidores se construye a partir de un elemento subjetivo de identificación. No es el tipo de interés, de bien o de negocio

³⁷ También al otro lado del Atlántico se sigue la misma corriente, véase en Derecho Norteamericano el *Consumer Protection Act* de 1968 o las normas hispanoamericanas que regulan la cuestión, como la Ley de Protección al Consumidor de Méjico, el Código brasileño de protección de los consumidores o la Ley argentina de defensa del consumidor y del usuario.

³⁸ SÁNCHEZ, BONET, J. I., *Contratos bancarios: cien preguntas clave y sus respuestas*. 1997; MARTÍ, ANDREU, M., *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998; ESPÍN, P. M., “Cláusulas abusivas en contratos bancarios”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, n. 4, p.51-69; SERRANO, L. M. M., *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, 2012, p.415 y ss; ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista del Derecho de Mercado Financiero*, n.43, 2013.

jurídico en cuestión lo que configura el Derecho de consumo, sino las condiciones subjetivas que recaen en el sujeto que adquiere o celebra ese determinado contrato. De ahí que la definición de consumidor sea fundamental porque indica el ámbito de aplicación de una disciplina que gira en torno a esta “cualidad” subjetiva³⁹.

No obstante, puede surgir la siguiente duda: ¿y si no existe un criterio subjetivo previo para tal identificación? Entonces, lógicamente, debemos recurrir a criterios objetivos, y, desde este punto de vista, el derecho de consumo no afecta a un colectivo predeterminado de individuos sino que se trata de un conjunto de regulaciones específicas y singulares para un cierto tipo de relaciones jurídicas⁴⁰.

Por último, antes de proceder a encuadrar la actual noción de consumidor en los ordenamientos jurídicos italiano y español, y en la directiva que nos concierne, vamos a delimitar cuáles son los elementos que la definen: podemos esquematizarlo en tres puntos: el primero, es que tiene que existir una regulación normativa específica, en este caso, la de protección del cliente bancario. El segundo, es que debe tratarse de una regulación contractual⁴¹. El tercer y último punto lo constituye el hecho de que sólo una de las partes puede satisfacer una finalidad privada con el bien o servicio adquirido, puesto que en caso contrario, estaríamos ante una situación de intercambio jurídico entre particulares que no sería objeto de este tipo de regulación específica.

³⁹ ROSSI CARLEO L., *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, 2015, p.38 y ss.

⁴⁰ ESPÍN MARTÍNEZ, P., “Aproximación al Concepto De Consumidor”. *Página oficial de la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2008, 1; p.4 y ss.

⁴¹ Esto no excluye la posibilidad de que no se trate de una contratación privada. Es decir, hay regímenes aplicables a la contratación pública, como por ejemplo se aplica el de las cláusulas abusivas a las prestaciones realizadas por las Administraciones Públicas.

En cualquier caso, la complejidad del actual contexto, en el que la definición de consumidor debe ser adaptada a distintos ámbitos de aplicación y coordinada con otras disciplinas, hace necesaria recomponer gradualmente la figura del contratante débil, que se forja dentro de un sistema en continua construcción.

2. El consumidor en el ordenamiento jurídico español.- La primera definición de consumidor en la legislación española la ofreció el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían: «2. *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden* » 3. *No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*»⁴².

Posteriormente, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, reformó el mencionado art. 3, que pasó a tener el siguiente tenor literal: «*A efectos*

⁴² Esta identificación del consumidor con el destinatario final del producto o servicio fue la que impregnó la jurisprudencia que interpretó la Ley de Consumidores de 1984 y el sentido de su posterior reforma (así, SSTs 568/1999, de 18 de junio; 992/2000, de 16 de octubre; 179/2002, de 28 de febrero; 891/2004, de 21 de septiembre; 963/2005, de 15 de diciembre; 406/2012, de 18 de junio; o 157/2014, de 28 de marzo). Sobre La Ley para la Defensa de los Consumidores y usuarios, LLAMAS POMBO, E., *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005.

de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

Como vemos, lo novedoso de esta reforma reside en que se amplía el concepto de consumidor no sólo a las personas jurídicas, sino también a las entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito objetivo ajeno a una actividad mercantil⁴³. Tal ampliación, no se aprecia hasta el momento – explícitamente- en ninguna directiva comunitaria en materia de consumo, reconociendo como consumidores únicamente a las personas físicas.

De este modo, el Texto Refundido abandona el criterio del destino final de los bienes o servicios, para adoptar el de la incorporación de los

⁴³ MARÍN LÓPEZ, M. J. “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”. *Revista CESCO de Derecho de consumo* n.9, 2014, p. 9-16; FOMBUENA, M. D. G., La protección del contratante en contextos asimétricos. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial.*, 2017, p. 89 y ss; SÁNCHEZ, CABANILLAS A., “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, 2011, p. 377-399; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentarios a los artículos 2 y 3 TRLGDCU. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. R. Bercovitz, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 49-70; CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n. 1, 2011, p. 84-117; BOTANA GARCÍA, G. «Comentarios al art. 1 LGDCU», en E. Llamas Pombo (dir.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 39-81.

mismos a una actividad empresarial o profesional. Además, de la vigente redacción del art.3 TRLGCU se desprende que el ánimo de lucro es incompatible con la cualidad legal de consumidor sólo cuando se trata de personas jurídicas o entes sin personalidad, puesto que cuando el precepto se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad⁴⁴. Es decir, introduce un requisito negativo únicamente respecto a las personas jurídicas⁴⁵, de ahí se deduce que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener ánimo de lucro⁴⁶. Esta afirmación requiere, a nuestro juicio, un matiz: parece lógico que se trate de un límite a los supuestos en los que realice una determinada actividad no repetida en el tiempo, puesto que, en el momento en el que se verificase que el consumidor obra con la finalidad de lucrarse, realizando asiduamente ese tipo de operaciones, podría pensarse que se trata de una actividad

⁴⁴ MARÍN LÓPEZ, M, J., ob.cit., *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, p.10 y ss.

⁴⁵ Sobre este aspecto del desarrollo del concepto de consumidor en la legislación española: TORRES, VELA, P.J., “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, n.18, 2018.

⁴⁶ Idea que se refleja, por ejemplo, en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, en la regulación de la compraventa mercantil (art. 326 CCom.), o en la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio. Por otro lado, también en la jurisprudencia europea se considera que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. Véanse las sentencias, STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton) y STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte).

empresarial o profesional, puesto que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario⁴⁷.

3.- El consumidor en el ordenamiento jurídico italiano.- En el sistema jurídico italiano, la noción de consumidor aparece recogida en el art.3, apartado 1, letra a) del Código de Consumo Italiano. El contenido de la norma es el reflejo de la reiterada definición de consumidor a nivel europeo. En particular, reproduce la definición del art. 1469-bis⁴⁸ del código civil italiano, como consecuencia de la transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

La única novedad introducida por la “nueva” definición del cod. Consumo, es el haber agregado a la figura del consumidor, la de utente. Así, en el cod. Consumo, el consumidor o utente es la persona física que actúa de manera ajena a su actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional eventualmente desarrollada⁴⁹. Por lo tanto, consumidor ya no

⁴⁷ Conforme establece el art. 1.1° C.Com. Y, en jurisprudencia, sentencias Sala 1ª TS 16/2017, de 16 de enero, y 356/2018, de 13 de junio.

⁴⁸ En virtud del cual, las disposiciones del código se aplican a los contratos con consumidores, cuando no estén derogadas por el código de consumo u otras disposiciones más favorables para el consumidor. Literalmente: «*Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore*».

⁴⁹ En su redacción original, consumidor o usuario es «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». Mientras que en el código civil, antes de diversas modificaciones, la definición era: «*il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*». Como hemos descrito, se aprecia que la única diferencia es la equiparación del consumidor a la del utente y que no se mencionaban las actividades comerciales y artesanales. ROSSI CARLEO, L. ob. Cit, p. 39 y ss. Sobre la definición de consumidor del art.3.: MONTELEONE, C., “Art. 3. Definizioni, en Aa.Vv”, *Codice del consumo. Commento al*

es sólo una persona que consume un bien, sino también el usuario que se sirve de un servicio⁵⁰.

El legislador italiano otorga un enfoque general a esta definición de consumidor, sin excluir la posibilidad de estipular una noción más específica cuando las circunstancias lo requieran, en base a las distintas áreas de aplicación, que esté en grado de ajustarse y adaptarse a las peculiaridades que se puedan presentar en cada caso. De este modo, encontramos otras definiciones de consumidor en el código, como por ejemplo la del art. 5 del mismo, que considera consumidor a cualquier persona física que reciba información comercial (lo cual implica que no haya necesariamente una contratación para ser consumidor) o la figura del consumidor de paquetes turísticos, introducida por el art. 18 de la

D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Milano, 2006, p.25 y ss.; DE CRISTOFARO, G., “Il Codice de consumo”, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p.762 y ss.; Id., “Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici”, en *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 53 y ss.; LUCCHESI, F., “Art. 3”, en *G. Vettori (a cura di), Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, p. 45 y ss. CHINÈ, G., “Art. 3”, en Cuffaro V. (a cura di), *Codice del consumo*, p. 15 y ss; DE CRISTOFARO, G., “Art. 3”, en Id. e A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 62 y ss; TROMBETTI, O., “L’ulteriore elaborazione della nozione di consumatore”, *Obbl. e contr.*, n.4, 2011; DELOGU, L., “Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore”, en *Contr. impr./Eur.*, 2006, p.87-100; PERFUMI, C., “La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato”, en *Danno e responsabilità*, n.7 2003, p.702; PIZZOLANTE, G. “La nozione di «consumatore» nel diritto comunitario e nel diritto italiano”, *Diritto del commercio internazionale. Pratica internazionale di diritto interno*, 2003, p. 319.

⁵⁰ Este hecho es consecuencia de la transición de la Europa de los productos, a la Europa de la contratación de servicios. ROSSI CARLEO, L., ob. Cit, p.39., PIRRUPATO, M.S., “Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti”, en P. Perlingieri e E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, III, Napoli, 2007, p. 398 y ss.

citada norma. Y además, es el mismo legislador quien se ha encargado de puntualizar este carácter general de la definición, estableciendo en el art.3.1 que «*Ai fini del presente codice, ove non diversamente previsto, si intende per..*». Ese “donde no diversamente previsto” , quiere clamramente decir, que la definición general se aplicará cuando no haya otras posibilidades diferentes más adecuadas para ser aplicadas⁵¹.

El código de consumo individua en el “consumidor” al sujeto débil a quien hay que proteger, y en la figura del “profesional” al sujeto fuerte de la relación negocial, cuyas actuaciones jurídicas van controladas a través de disposiciones normativas⁵². En este sentido, lo que se disciplina en el cod.consumo son todas las relaciones jurídicas que entran en el acto de consumo, como evento que tiene lugar entre un consumidor y un profesional⁵³.

Como podemos apreciar, esta definición de consumidor gira en torno a dos requisitos: el primero, concierne al tipo de sujeto, es decir, debe ser una persona física, mientras que el segundo se basa en la naturaleza de la actividad desempeñada, o sea, ajena al ámbito empresarial o comercial⁵⁴. En cuanto al primero, se trata claramente de una definición

⁵¹ STANZIONE, P., MUSIO, A., ARGENIO, A., E BESSONE, M., *La tutela del consumatore*. G. Giappichelli, 2009, p.16 y ss.

⁵² PERLINGIERI, P., “La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo”, en *Riv.giur. Mol.*, 1995, p. 99; MEZZASOMA, L. “Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional”. *Derecho privado y Constitución*, 2015, n.29, p. 187-225.

⁵³ ALPA, G., “Art. 1”, en G. Alpa e L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 17; CAPOBIANCO, E. “Art. 1”, en E. Capobianco e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 3 y ss.; DONNARUMMA, M., “I contratti con il consumatore”, en P. Fava (a cura di), *Il contratto*, Milano,2012, p. 251 y ss.

⁵⁴ MEZZASOMA L., *Diritti e tutele del consumatore*, (a cura di) Giuseppe Recinto, Lorenzo Mezzasoma, Stefano Cherti, 2014, p.16 y ss.

restrictiva⁵⁵: sólo es consumidor la persona física. La problemática surge ante dos hipótesis: el caso de las personas jurídicas sin ánimo de lucro y el de las personas físicas que, aun en el desempeño de una actividad empresarial se encuentran en una clara posición de debilidad contractual, como es el caso de las pequeñas y mediadas empresas que compiten en el mercado con otras de mucha mayor embergadura.

Ante el primer caso, es evidente la necesidad de extender esta noción de consumidor a las personas jurídicas que, sin ánimo de lucro, como por ejemplo las asociaciones, se encuentra en una clara posición de debilidad a la hora de contratar, necesitando por este motivo el mismo tipo de tutela ofrecido por el código para las personas físicas. Sin embargo, a

⁵⁵ GABRIELLI, E., “Il consumatore e il professionista”, en Id. e E. Minervini(a cura di), *I contratti dei consumatori*, I, en *Trattato dei contratti*, Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, p. 33; GARATTI, F., “Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore”, en *Danno e resp.*, 2009, p. 944 y ss.; TROMBETTI, O., ob. Cit., p. 271 y ss. Esta restricción también es la tendencia de la jurisprudencia comunitaria: STJCE de 14 de marzo de 1991; STJCE de 17 de marzo de 1998; STJCE de 21 de junio de 1978; STJCE 19 de enero de 1993; STJCE 3 de julio de 1997; STJC 27 de abril de 1999; STJC 11 de julio de 2002; STJCE 20 de enero de 2005; STJCE 19 de enero de 1993, y en la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, el Tribunal afirma que el factor para individualizar al consumidor es la «relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». De este modo, el régimen de protección de consumidores se aplicará a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad profesional.

pesar del debate doctrinal⁵⁶, la jurisprudencia italiana se muestra reacia, en general, a la extensión de la noción de consumidor⁵⁷.

En cuanto a la segunda cuestión, refiriéndonos al segundo requisito, es decir, al obrar de manera ajena a fines empresariales, como hemos dicho anteriormete existe la posibilidad de que una persona física, y cualificable por lo tanto bajo este aspecto como consumidora, sea también un pequeño empresario o artesano que contrata con operadores económicos mucho más fuertes que ellos en el mercado.

Sobre este aspecto, el legislador europeo se muestra más flexible⁵⁸ que el italiano, el cual adopta una posición bastante más rigurosa, que prácticamente impide la extensión de la noción de consumidor también en

⁵⁶ D'ACUNTO, L., "L'ente non profit tra «professionista» e «consumatore»", en BOCCHINI F. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003, p. 210 yss.; MEMMO, D., "Art. 3", en *Codice ipertestuale del consumo*, dirigido por M. Franzoni, Torino, 2008, p. 17 y ss.; BILOTTA, F., "La «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»: prime note", en AA. VV. *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore. Un ampio commento della nuova legge n. 281/98 ed appendice di giurisprudenza*, 1998, p.65 y ss.

⁵⁷ Cass., 19 diciembre 2011, n. 27314; Cass., 13 mayo 2005, n. 10107; Cass., 11 enero 2001, n. 314. No obstante, existe acuerdo en el supuesto del condominio, considerándolo como ente carente de personalidad jurídica, puesto que los actos jurídicos llevados a cabo por el representante, se atribuyen directamente a cada uno de los representados, que como personas físicas, asumen el papel de consumidores: Cass., 24 julio 2001, n. 10086, en *Corr. giur.*, 2001, p. 1436; Cass., 12 enero 2005, n. 452, en *De jure on line*; Trib. Bari, 24 septiembre 2008, *ivi*.

⁵⁸ Con la propuesta de Reglamento COM (2011) sobre la compraventa, se introdujo la posibilidad de que esta norma se aplicase también en los casos en los que las partes del contrato fuesen una PYME y otra empresa. PONGELLI, G., "La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo", en *Nuova giur. civ. com.*, 2012, p. 671 y ss.; TRUBIANI, F., "Proposta di un regolamento opzionale comune in tema di compravendita (CESL) e tutela delle PMI", en *Obbl. contr.*, 2012, p. 12 y ss.; D'AMICO, G., "Il diritto comune europeo della vendita", en *Contratti*, 2012, p. 624 y ss.

este conexto⁵⁹. De hecho, también el Tribunal Constitucional italiano se ha pronunciado sobre este tema⁶⁰, en cuanto a la conformidad del art.3 de la constitución; el art.3 del cod. Consumo, y ante la posibilidad de que la no extensión del concepto mermase el principio de igualdad reconocido constitucionalmente; sigue manteniéndose del mismo modo, en el lado restrictivo.

3.1.-Diferencias y líneas comunes.- Como podemos claramente apreciar, lo que nos permite distinguir la noción española de consumidor respecto a la italiana, no es el desarrollo de su evolución, sino la ampliación del concepto que consiente tutelar también a las personas jurídicas, tal y como dispone nuestro TRLDCU.

⁵⁹ Cass., 8 junio 2007, n. 13377, en *Giust. civ.*, 2008, I, p. 996; Cass., 14 junio 2007, n. 13967, en *Leggi d'Italia on line*; Cass., 14 abril 2000, n. 4843, en *Foro it.*, 2000, I, c. 3196; Cass., 10 agosto 2004, n. 15475, en *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Vendita*, p. 2506. En sentido contrario, Cass., 18 septiembre 2006, n. 20175, en *Foro it.*, 2007, I, p. 1119; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, en *Obbl. e contr.*, 2011, p. 271 y ss; Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, en *Leggi d'Italia on line*; Trib. Piacenza, 4 mayo 2010, en *Foro pad.*, 2010, p. 568.

⁶⁰ C. Cost., 22 noviembre 2002, n.469, en *Danno e resp.*, 2003; Corte Cost., 22 noviembre 2002, n. 469, en *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 967, con comentario de VIOLANTE, P., “L’interpretazione conforme della nozione di consumatore”, en *Foro it.*, 2003. Véase también, CALVO, R., “Il concetto di consumatore, l’argomento naturalistico ed il sonno della ragione”, en *Contr.impr.Eur.*, 2003, p. 715 y ss; VERDICCHIO, V., “La Corte Costituzionale e l’ambito soggettivo di applicazione della novella codicistica sui contratti del consumatore”, en M. Tamponie, E. Gabrielli(a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 327 y ss.

No obstante, no somos los únicos. Otros países de la Unión también han preferido incluir en la tutela de los consumidores a personas jurídicas⁶¹.

Esta, llamémosla, discordancia⁶², entre el derecho interno de estos Estados, -incluido el español-, y el comunitario, podemos justificarla con la siguiente interpretación: las Directivas comunitarias, la mayor parte de las veces, son de armonización mínima y por ello los legisladores nacionales cuentan con un margen de discrecionalidad que permite extender la tutela a otros sujetos, extendiendo los derechos subjetivos de los consumidores a otras entidades⁶³, aunque la definición forme parte del ámbito de aplicación que en teoría no puede ser alterado. Sin embargo, precisamente por quedar las personas jurídicas fuera del ámbito de

⁶¹ Como por ejemplo Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia. SCHULTE-NÖLKE, H., *Consumer Protection Under the Proposal for a Common European Sales Law. Studies requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs (JURI)* November, 2012, p.457 y ss.

⁶² LAPUENTE CÁMARA, S., “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, n.3, p.98.

⁶³ En este sentido: MARÍN LÓPEZ, M. J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación”, en U. Nieto Carol (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, p.155 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M., “De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003)”, *Derecho de los Negocios*, n. 171, 2005, p. 1-3; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El concepto de consumidor. AAVV, Hacia un código del consumidor”, *Manuales de formación continua*, 2005, p.33; ARROYO, AMAYUELAS, E. , “Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, 2009. p. 219 y ss.

aplicación, todo lo que no abarque éste, supone la existencia de un área en el que los Estados miembros tienen total libertad para legislar⁶⁴.

En cuanto a las similitudes, una de las cuestiones a tratar es la problemática que plantean en ambos ordenamientos jurídicos los contratos mixtos; o en italiano, el denominado *scopo promiscuo*⁶⁵. Hablamos de los casos en los que el consumidor adquiere bienes o servicios para satisfacer tanto necesidades personales, como comerciales o profesionales. Pensemos por ejemplo, a quien compra un automóvil para destinarlo tanto a uso empresarial como personal⁶⁶.

Ni el Texto refundido español ni el código de consumo italiano contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de ambos ordenamientos proponen varias soluciones⁶⁷,

⁶⁴ J. CaLaiS-auLoy, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en L. Thévenoz / n. reiCh (dirs.), *Droit de la consommation*, 2006, p. 65-75.

⁶⁵ MENGOZZI, P., “La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano”, en *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 56 ss.

⁶⁶ MEZZASOMA, L. *Diritti e tutele del consumatore*, ob.cit, pg.23

⁶⁷ En Italia, por un lado, hay autores que se decantan por una posición restrictiva, excluyendo este tipo de contratos de la tutela consumerística, justificando esta postura en la necesidad de limitar rigurosamente el ámbito subjetivo de aplicación del Código de consumo. CHINÈ, G., “Consumatore (protezione del)”, en *Enc. dir., agg.*, IV, Milano, 2000, p. 401 ss.; Id.,”Art”. 3, en V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 22 ss. Por otro, no falta la tendencia opuesta en doctrina, partidaria de ampliar la tutela del consumidor en este caso, basándose en el principio de la “prevalencia” de la destinación del bien. Es decir, si su uso es principal o preponderantemente personal, el sujeto será considerado consumidor, y su relación comercial quedará por tanto al amparo de tal tutela. BARENGHI, A. “I contratti per adesione e le clausole vessatorie”, en *Tratt. dir.priv. eur.*, a cura di N. Lipari, III, p. 325 y ss.; MINERVINI, E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Terza edizione.,G Giappichelli Editore, 2014, p. 522 y ss. Y además, según otra parte de la doctrina, es la causa del contrato la que está en grado de calificar o no, la

impregnadas lógicamente por las posiciones adoptadas del legislador europeo⁶⁸.

Así, en el considerando n.17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, se establece que 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, el sujeto deberá ser considerado consumidor⁶⁹. De ahí que la redacción del art. 1:20 de los Principios del Derecho contractual comunitario (Acquis Principles o ACQP), quede marcada por este criterio de prevalencia, estableciendo que «*Es consumidor cualquier persona física que principalmente actúe con un*

relación comercial de consumo. En este sentido, FAZIO, E., “La tutela consumeristica e l’acquisto per fini promiscui”, en *Eur. dirb. priv.*, 2007, p. 179 y ss. En España, las soluciones propuestas por la doctrina han sido análogas: en la doble finalidad, siempre hay un componente personal, independientemente del grado, por lo que debería considerarse siempre un contrato de consumo; también hay parte de la doctrina que prefiere ser más restrictiva y excluir a los contratos mixtos; y por último, del mismo modo que en Italia, hay quien está a favor del criterio de la preponderancia del destino del bien o servicio. TORRES VELA, P.J., “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, n.18, 2018, p.26; VIEIRA, ARCOS M. L., “Condición legal de consumidor y contratos con” doble finalidad”. Comentario a la STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2017, p.343-383.

⁶⁸ Reflejadas jurisprudencialmente en STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, Schrems; STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01, Gruber).

⁶⁹ También en el «Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo», de 15 de marzo de 2007, se distingue entre dos conceptos de consumidor, según se trate de personas físicas que actúan con fines ajenos a su negocio, empresa o profesión, o personas físicas que actúan con fines básicamente ajenos a su actividad empresarial o profesional.

propósito ajeno a su actividad comercial». Y con redacción casi idéntica, en el artículo I.-1:105, apartado primero, del Marco Común de Referencia (MCR/DCFR): «Un consumidor es una persona natural que actúa principalmente por motivos que no están relacionados con su oficio, empresa o profesión».

Como decíamos antes, tanto la doctrina y jurisprudencia española como la italiana, influenciadas, inevitablemente, por la tendencia comunitaria, parece que se muestran neutrales, adaptando el criterio del objeto predominante como herramienta para determinar la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular.

4.- El consumidor en la Directiva 2014/17/UE.- Como anticipábamos anteriormente, siguiendo el hilo conductor de este trabajo de investigación, lo primordial era identificar el sujeto tutelado por la norma, para después determinar, en qué ámbito y a través de que instrumentos se va a llevar a cabo esa tutela. Es por ello que, a continuación, puntualizaremos brevemente lo que establece la MCD sobre la definición de consumidor.

En cuanto a la noción de consumidor ofrecida por la Directiva, nos encontramos en el art.4 apartado 1, una remisión a la Directiva 2008/48/CE. En particular, a su art. 3, letra a). De este modo, el consumidor objeto de estudio es toda persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

Como vemos, no se ha abandonado el criterio restrictivo, y además, la redacción no deja lugar a dudas sobre la delimitación del ámbito de aplicación, es decir, aquellas *operaciones reguladas por esta directiva*. Podemos deducir que de esta manera, el legislador admite

indirectamente la flexibilidad del término, asumiendo la existencia de más tipos de consumidores fuera del ámbito de aplicación de esta norma.

Tal afirmación, como vemos, se remonta a toda la reconstrucción elaborada hasta ahora sobre este concepto. Así, hemos llegado al sujeto tutelado por la MCD.

La Directiva 2014/17/UE establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. Es decir, su objeto es la protección de los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Sin embargo, también permite que por parte de los Estados miembros se adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de las personas consumidoras, incluyendo también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores.

Así, aprovechando esta oportunidad, el legislador español con la promulgación de la LCCI, ha extendido su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores⁷⁰.

Por último, en el siguiente apartado de este capítulo, realizaremos una descripción de su ámbito de aplicación, que, como hemos comprobado, es lo que condiciona el tipo de consumidor y el área en la que va a recibir ese determinado tipo de tutela, delimitando también cómo

⁷⁰ Tal y como establece el punto III del Preámbulo de la Ley, que también aclara que la ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico, caracterizada por extender el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos.

se ha introducido esta norma en los ordenamientos jurídicos italiano y español, o sea, su transposición en el derecho interno.

4.1- Ambito de aplicación y actuación de la Mortgage Credit Directive: Legislación italiana y española.- Si bien la “madre” – permítanme la expresión – de la MCD es la directiva sobre el crédito al consumo, no podemos olvidar que los contratos de créditos destinados a la adquisición de un inmueble quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma⁷¹, puesto que, como se anticipaba en la introducción de este trabajo, ya en la directiva 87/102/CEE se establecían regímenes jurídicos distintos para los créditos al consumo en base a la naturaleza de los bienes adquiridos.

De esta manera, en el considerando n.14 de la directiva 2008/48/CE, se podía vaticinar la llegada de la necesaria integración normativa que es hoy la MCD, determinando que era conveniente *«excluír del ámbito de aplicación de la presente 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»*.

Así, el ámbito de aplicación establecido en su art.3.1, son los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y los contratos de crédito cuya finalidad

⁷¹ El origen de esta decisión se remonta a la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, que estableció regímenes jurídicos distintos para los créditos al consumo en base a la naturaleza de los bienes adquiridos.

sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

En cuanto a la trasposición en Italia, el legislador italiano ha optado por la reforma del Decreto Legislativo n.385 del 1 de septiembre de 1993, es decir del *Testo unico Bancario* (desde ahora T.U.B), que reúne las leyes en materia bancaria, introduciendo los artículos que van desde el 120 *quinquies* al 120 *noviesdecies*.

Parte de la doctrina italiana retiene que habría sido mucho más oportuna una modificación del Código de consumo⁷², siguiendo el ejemplo de otros países como Francia⁷³, que ya llevó a cabo esta práctica con la transposición de la Directiva sobre el crédito al consumo.

El motivo, para quienes tachan esta decisión del legislador italiano de comprometedora y poco arriesgada, es la consideración del Código de consumo como el destino natural y coherente para la recepción de esta norma debido a la naturaleza esencialmente *consumerística* de su contenido. Efectivamente, el Código de consumo parece ser la sede en la que deberían residir todas las disposiciones referentes a los contratos celebrados con consumidores. Además, haber transpuesto la norma en el código de consumo no habría impedido que las Autoridades de

⁷² GORGONI, M., “Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n.141 del 2010”, en *Giur. Merito*, 2011; MINERVINI, E., “Codice del Consumo”, en *Dig.disc.priv.*, Sez. civ. Agg; Torino, 2007, p.184 y ss.

⁷³ *Décret n° 2016-607 du 13 mai 2016 portant sur les contrats de crédit immobilier aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation; LOI n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services.* En Alemania, por ejemplo, el legislador ha preferido modificar el BGB.

supervisión ejerciesen sus funciones, sin dejar privos de tutela a los consumidores en cuanto beneficiarios de los mecanismos de *enforcement* típicos de la vigilancia bancaria⁷⁴.

Es decir, no habría sido incompatible el amparo de la tutela estrictamente bancaria, a pesar de introducir la norma en el código de consumo.

Sin embargo, se puede también pensar, que haber elegido el TUB no ha sido una opción tan descabellada⁷⁵ si tenemos en cuenta dos cosas: en primer lugar, el objeto de la regulación, -los contratos de crédito, absolutamente bancarios-; y en segundo y último lugar, que también para la transposición de la Directiva sobre el crédito al consumo se usó el mismo procedimiento.

Siguiendo los pasos de la vecina Francia, nuestro país también prefiere la promulgación de una ley para transponer directivas de esta embergadura. Del mismo modo, se llevó a cabo la incorporación a nuestro derecho de la Directiva 2008/48/CE con la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

El motivo de la elección del legislador español genera pocas dudas, y lo encontramos directamente en la Disposición Adicional vigésima de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que cita expresamente que «*En aras de mejorar la*

⁷⁴ DE CRISTOFARO, G. "La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del tu bancario. Il commento." *I contratti*, 2010, p. 1041-1059.

⁷⁵ Comparte esta opinión CARRIERO, G., "La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario". *Europa e diritto privato*, 2011, p.505. Para el autor, esta opción es la acertada porque responde a motivos de tipo cultural y porque permite al consumidor beneficiarse de los mecanismos de vigilancia bancaria de una manera más reforzada, que se suman y no sustituyen a los otros medios de tutela.

regulación en la protección del cliente bancario y, en particular, del deudor hipotecario, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, un proyecto de ley para la incorporación de 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010».

En España, tras un notable retraso en la transposición de esta directiva⁷⁶, finalmente se aprobó la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

A pesar de suponer un enriquecimiento del ordenamiento jurídico español por las mejoras incorporadas⁷⁷, la transposición no se ha realizado

⁷⁶ La directiva comunitaria debería haber sido incorporada al ordenamiento jurídico español antes del 21 de marzo de 2016, motivo por el cual la Comisión Europea presentó el 28 de abril de 2017 una demanda contra España ante el TJUE, cuya sanción, de no haber sido archivada, podría haber ascendido a 80 millones de euros. <https://elderecho.com/tjue-archiva-la-sancion-espana-retraso-la-transposicion-la-directiva-contratos-credito-inmobiliario>. Sobre este argumento, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n.17, 2016.

⁷⁷ Se trata de una Ley que completa y actualiza otras muchas disposiciones vigentes en el Ordenamiento, entre ellas: Ley Hipotecaria con la finalidad de integrar en ella las mejoras en la protección de los prestatarios en materia de vencimiento anticipado y el interés de demora y otras de carácter técnico; el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; a Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, con la finalidad de dar acceso a la Central de Información de Riesgos del Banco de España a todas las entidades prestamistas de crédito inmobiliario;

completamente. Ya en la disposición final undécima del Proyecto de Ley, se aludía a la incompleta transposición de la directiva, objetivo que, requería el ejercicio de una «*una amplia habilitación normativa a favor del Gobierno*»⁷⁸, desarrollada a través de reglamentos dictados por los órganos competentes.

Ahora, en la disposición final decimoquinta de la LCCCI, se establece una lista detallada de las materias específicas sobre las que el Gobierno podrá dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de esta Ley, mediante Real Decreto. Y, el Gobierno con carácter urgente, deberá proceder antes de seis meses, a la adopción de las disposiciones reglamentarias y administrativas pertinentes para la incorporación completa de la Directiva al ordenamiento nacional.

Se trata de una medida inevitable, teniendo en cuenta la coexistencia de legislaciones sectoriales que requieren una necesaria coordinación, y las exigencias sociales que todavía resienten las consecuencias de la crisis.

el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias; el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos con el fin de convertir el código de buenas prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda contenidas en el mismo; la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

⁷⁸ Exposición de Motivos V del Proyecto de Ley.

CAPÍTULO II

LA TUTELA PRECONTRACTUAL: INFORMACIÓN Y EDUCACIÓN FINANCIERA

1.- La tutela precontractual: una cuestión de información.- 2.La tutela precontractual a tenor de la Directiva 2014/17/UE: 2.1.- Principios generales de actuación; 2.2.- De la información base incluida en la publicidad a la información personalizada: 2.2.I) La información publicitaria; 2.2.II) la información general: ¿una oferta?; 2.2.III) La Ficha Europea de información Personalizada:FEIN.- 2.2.III.A) La armonización máxima.-2.2.III.B)¿oferta vinculante?.- 3.- Educación financiera: Concepto y objeto; 3.1 .- Instruir financieramente: educación financiera como asignatura. 3.2.- El art.6 de la Directiva 17/2014: ¿educación para quién?¿informar o educar?; 3.3.- Conclusión: el milagro de la educación financiera.

1.- La tutela precontractual: una cuestión de información.- En el proceso de formación del contrato de crédito, en este caso de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, la información juega un papel esencial y clave como instrumento dedicado a paliar la asimetría contractual que tiene lugar en las negociaciones entre consumidores y entidades de crédito⁷⁹. Ésta se origina en gran medida por el desequilibrio de conocimientos y de experiencia comercial que se da

⁷⁹ TOMMASI, S.,“Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali”, en *I contratti*, 2011, p. 957; GRISAFI, R., “Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva comunitaria e questioni di eterogeneità nozionale (parte prima)”, en *Studium juris*, 2015, p. 655 y ss.; D’AMICO, G., *Formazione del contratto*, en *Enc. dir., Annali*, vol. 2, p. 588 y ss.

entre los contratantes. Es un proceso que abarca desde los anuncios publicitarios que incluyen información bancaria, pasando por el asesoramiento al consumidor sobre las distintas ofertas y productos del mercado, hasta la oferta vinculante.

En la primera parte de este capítulo nos centraremos en el análisis de las disposiciones de la directiva dedicadas a delimitar en qué modo están obligadas las entidades de crédito a informar al consumidor, con qué límites, y en qué debe consistir tal información en la fase previa al contrato.

La segunda parte sin embargo, la dedicamos al examen de cuanto previsto en la norma sobre la información en general, que a pesar de su referencia a la “generalidad” de la información, viene a detallar el contenido preciso del producto ofertado al cliente; aun continuando en la fase precontractual.

Es posible apreciar tras la lectura de la norma, que la cuestión de la información es tratada de una manera gradual: desde los aspectos generales de las condiciones aplicables a los sujetos concedentes del crédito, de la gratuidad y del aspecto publicitario de la información, hasta determinar de manera detallada y determinante qué información debe ser facilitada al consumidor en base a sus exigencias y al tipo de producto por el que se va a llevar a cabo una específica operación⁸⁰.

⁸⁰ Sobre el aspecto gradual en el que se va definiendo en la Directiva la cuestión de la información precontractual, v. PAGLIANTINI, S., “Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)”, en *Cont. e impr./Europa*, 2014; RUMI, T., “Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali”, en *I contratti*, 2015.

Actualmente, informar es sinónimo de transparencia, o al menos esa es la intención del legislador europeo, para que a su vez, la transparencia sea sinónimo de confianza, útil sin duda para recuperar el buen funcionamiento de todo el sistema económico de la UE⁸¹. Que las entidades de crédito informen, es decir, que asesoren al consumidor⁸², es el instrumento que permitirá a éste último realizar una operación de

⁸¹ La necesidad de establecer una disciplina o un sistema de información precontractual en el ámbito, entre otros, del mercado del crédito hipotecario o, actualmente, en el de la concesión de créditos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, es una cuestión que ya se introdujo en el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE del año 2007, y definía entre sus objetivos lograr un mercado hipotecario europeo eficiente a través del incremento de la confianza del consumidor - entre otras medidas- , para conseguirlo. Así , en la p.4 del citado Libro Blanco: *«Es posible lograr que los mercados de crédito hipotecario de la UE sean competitivos y eficientes si se adoptan medidas que faciliten la oferta y financiación transfronterizas de créditos hipotecarios, aumenten la gama de productos, incrementen la confianza del consumidor...»*. Siguiendo la misma orientación, el considerando n.3 de la Directiva especifica que *«La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzadas»*.

⁸² Llama la atención cómo el legislador europeo matizaba ya la diferencia entre asesorar e informar al consumidor, entendiendo que ésta última acción no debía ser una mera descripción del producto: *«Un buen asesoramiento, que comprenda el asesoramiento jurídico, es importante para aumentar la confianza del consumidor. Es preciso distinguirlo de la información, que no es sino una mera descripción del producto. La Comisión desea promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, por otra parte, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento»*.

manera consciente y con conocimiento de causa⁸³, sabiendo desde el principio cuáles serán los riesgos y beneficios en caso de que se lleve a cabo la contratación.

Sin una información adecuada en cuanto calidad y cantidad, no es posible que el consumidor realice operaciones en el mercado de una manera racional⁸⁴, que tendrían que ser el resultado de decisiones coherentes y meditadas⁸⁵, tomadas autónomamente. Es por ello que, la información, para cumplir con el objetivo recién mencionado, no puede limitarse a una mera comunicación, sino que se trata de una actividad funcional al conocimiento⁸⁶.

Además, la intención del legislador no es limitar la función de la información a la esfera jurídico económica individual del consumidor, sino que pretende que supere ese límite para que el cliente bancario tenga la capacidad de comparar otros productos y ofertas del mercado⁸⁷.

Desde este punto de vista, no cabe duda de que la información es una precondition del correcto funcionamiento del sistema financiero⁸⁸, su mal

⁸³ GROUNDMAN, S., “L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento”, en *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 274; ROPPO, V., “L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo”, en *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747.

⁸⁴ NAZZARO, A.C.; *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; DI DONNA L., *Obblighi informativi precontrattuali e tutela del consumatore*, Milano, 2008.

⁸⁵ GRISI, G., “Informazione (obblighi di)”, en *Enc. giur. Trecc.*, 2005, p. 13.

⁸⁶ GRISI, G., ob.cit., p. 4

⁸⁷ ROSSI CARLEO, L., “Il diritto all’informazione: dalla conoscibilità al documento informativo”, en *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 354.

⁸⁸ CAMARDI, C., “Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza”, en *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 703; GRUNDMANN, S., ob.Cit. p. 281; GRISI, G., “Gli obblighi di

uso o su ausencia provocan su ineficiencia, de ahí que la obligación de informar se configure por excelencia como instrumento de tutela preventiva. Sin embargo, para que sea efectivo es necesario, como decíamos, que la información no se ciña a una merca comunicación, sino que tiene que ser entendida por su destinatario, es decir comprensible⁸⁹. Por este motivo es absolutamente necesario determinar en qué términos y en qué modalidad las entidades de crédito o intermediarios facilitan y proporcionan la información, y en qué debe consistir ésta última.

2.- La tutela precontractual a tenor de la Directiva 2014/17/UE: Principios generales de actuación.-

El desarrollo de unos específicos deberes de conducta por parte de la doctrina europea, que deben ser observados por quienes intervienen en los mercados, pasiva o activamente, es un hecho que hace que hoy se presenten como fuentes de verdaderas obligaciones que gobiernan y acompañan el proceso de formación contractual⁹⁰.

En cuanto a estos específicos deberes de conducta, la Directiva dedica el tercer y cuarto capítulo a la información precontractual, que debe ser proporcionada siguiendo unas determinadas normas de comportamiento por parte de las entidades de crédito o de financiación.

informazione”, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 144.

⁸⁹ En la Directiva se alude a una información clara y comprensible como herramienta de educación financiera, así en el art.6 de la norma: «*Es necesario disponer de información clara y general sobre el proceso de concesión de créditos a fin de orientar a los consumidores, especialmente a los que obtengan un crédito hipotecario por primera vez*».

⁹⁰ MONSALVE CABALLERO, V., “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. *Revista de derecho*, 2008, 30, p.32.

En particular, el deber de respetar las normas de comportamiento que hay que llevar a cabo en la concesión de un crédito a los consumidores, se encuentra recogido en el art.7 de la Directiva⁹¹, que abre el capítulo III de la misma, dedicado a las condiciones aplicables a los prestamistas, a los intermediarios de crédito y a los representantes designados.

La disposición llama a los Estados miembros a velar para que se cumplan los comportamientos que las entidades financieras deberán llevar a cabo cuando concedan un crédito a los consumidores.

Ello, siempre a tenor del espíritu de la norma, caracterizado por la voluntad de evitar caer de nuevo en una ola de conductas irresponsables

⁹¹ En su pimer apartado dicta que *«Los Estados miembros exigirán que, al elaborar productos crediticios o conceder créditos, o prestar servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el crédito y, en su caso, servicios accesorios a los consumidores, o cuando ejecuten un contrato de crédito, los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores. Por lo que se refiere a dicha concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer un consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito. En cuanto a la prestación de servicios de asesoramiento, la actividad se basará también en la información requerida en el artículo 22, apartado 3, letra a)»*. Según éste último artículo al que hace referencia: *«Siempre que se presten servicios de asesoramiento al consumidor, los Estados miembros garantizarán, además de los requisitos establecidos en los artículos 7 y 9, que los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados recaben la información que resulte necesaria sobre la situación personal y financiera del consumidor, así como sobre sus preferencias y objetivos, de modo que puedan recomendar contratos de crédito adecuados; el análisis se basará en información que esté actualizada en la fecha de que se trate, y tendrá en cuenta hipótesis razonables sobre los riesgos existentes para la situación del consumidor a lo largo de la vigencia del contrato de crédito propuesto»*.

por parte de los institutos de crédito que vuelvan a poner en riesgo las bases del sistema financiero⁹².

Para intentar cumplir con el objetivo es preciso que las actuaciones se lleven a cabo con *honestidad, imparcialidad, transparencia*⁹³ y *profesionalidad*, siempre teniendo en cuenta los derechos e intereses de los consumidores.

⁹² Volvemos a referirnos al considerando n.3 de la norma, en el que se individualan tales comportamientos irresponsables como causa de la crisis financiera.

⁹³ Nos permitimos citar literalmente a ALESSI, R., “I doveri di informazione”, *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, p. 393. El autor da la siguiente definición de transparencia: «*trasparenza è termine che efficacemente riassume la agevole penetrabilità, in termini di conoscenza e comprensione, da parte di chi ne abbia interesse, di dati, situazioni; e si attaglia per questo al tipo di relazione e dunque al modello di contrattazione, prima ancora che al singolo contratto, tendendo piuttosto a condizionare, a monte, il modo di stare sul mercato dell'operatore, potenziale contraente*». Siempre sobre el principio de transparencia: PAGLIANTINI, S., “Transparenza”, en *Enc.dir.*, Annali, Milano, 2011; MINERVINI, E., “La trasparenza contrattuale”, en *I contratti*, 2011, p. 977 y ss.; DOLMETTA, A. A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*. Zanichelli, 2013; CARRIERO, G., “Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole”, en *Il Foro Italiano*, 1992, 353/354-361/362; ALPA, G., GAGGERO, P. *Trasparenza bancaria e contratti del consumatore*, 2006; SCARPELLO, A., “La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche”, *Contr. impr.*, 2012, p. 227; CALLIANO, O. M., *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, G Giappichelli Editore. 2013; CARBAJALES, M., *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores*. Marcial Pons, 2006; NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Aranzadi, 2016; NAVARRO, A. C., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, *Diario La Ley*, 1, 2015; MUÑOZ, CASTELLÓ, E., “La protección del cliente de servicios financieros”, *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2011, 83/84- 69/88.

En cualquier caso, el cumplimiento de tales directrices se reconduce al deber de obrar respetando el principio general de la buena fe, que integra tanto el sistema jurídico como el contrato⁹⁴, reconociendo a su vez el carácter heterónomo de éste último. Este principio no se configura como un fin u objetivo sino como el medio a través del cual proteger determinados intereses y valores, esperando el respeto de ciertas conductas exigibles⁹⁵, respecto a la relación jurídica a tener en cuenta en cada caso.

En el momento de formación del contrato o en la fase precontractual, este principio, la buena fe *in contrahendo*, opera como criterio al que ambas partes han de someterse, condicionando la igualdad entre ellas⁹⁶.

Pero no sólo eso, la fase precontractual regida por el principio de buena fe, se traduce en la confianza que cada una de las partes deposita en la otra para celebrar un contrato⁹⁷. Es un principio que se consagra como un

⁹⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977)”, RDP, 1980, p. 50 y ss; MOLLEDA FERNÁNDEZ, A., “La presunción de buena fe”. *Estudios de Derecho Privado*, I

⁹⁵ DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1952, p. 145 y ss. En el mismo sentido BETTI, E. *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, 1969, p.86 y ss.; BIANCA, M.C., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en *Rivista di Diritto civile*, 1983, p. 206.

⁹⁶ GODREAU, M.J., *Lealtad y buena fe contractual*. RCDI, 609, 1992, p. 296; COSTANZA, M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè Editore, 1989, p. 28.

⁹⁷ La idea de que la relación precontractual es sinónimo de relación de confianza fue desarrollada por la doctrina alemana. Así lo mencionan ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual*, RCDI, 1971, p. 849; BENNATI, F., “Culpa in contrahendo”, en *Contratto e impresa*, Torino, 1987, p. 245; LIVRARIA ALMEDINA, A., *A responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, 1970, p.140. Y, en particular, entre otros autores alemanes: STOLL, F., *Die lehre von den leistungsstor-ungen*, Tubingen, 1936, p.

deber a lo largo de la vida del contrato⁹⁸, derivando de tal afirmación que se pueda generar por tanto responsabilidad por falta de buena fe.

Sin entrar en la extensa y apasionante – desde nuestro punto de vista - temática de la buena fe contractual, lo que pretendemos es dejar claro que este principio general, tanto en la fase precontractual, como en la contractual relativa al intercambio de información que en esta sede nos interesa, es un deber de conducta, y que como tal, su violación es fuente de responsabilidad⁹⁹.

26; EICHLER, K., *Die rechtslehre vom vertrauen*, Tübingen, 1950, p.11ss; ENNECERUS, L., *Recht der schuldverhältnisse*, I, Tübingen, 1958.

⁹⁸ Se trata de una afirmación consagrada en la mayor parte de Europa continental. Así, en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, en concreto en su art.1:201, se establece que «*Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios*». En su redacción original emplean los términos «*the requirements of good faith and fair dealing*».

⁹⁹ En este sentido, véase la STS, de 26 de febrero de 1994 , RJ 1198. Fueron las doctrinas alemana e italiana las que desarrollaron la teoría: IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Oeuvres divisies*. Primera versión alemana. Traducción francesa por De Meulenaere, O., 1893, tomo II, p. 1 a 100; HELDRICH, K., *Das Verschulden beim Vertragsabschluss: im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*. Weicher, 1924; LARENZ, K., *Culpa in contrahendo. Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt*. Monatsschrift fur Deutsches Recht, p.515 y ss; ALBERICI, G., “Il dovere precontrattuale di buona fede”, *Rass. Dir. Civ.* 1982, p. 1901., ALBERTARIO, E., “Della responsabilità precontrattuale”, *Dir. Comm*, 1910, p.48 y ss. LOI, M.L. y TESSITORE, T., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; FAGELLA G. “Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, en *Arch. Guiar*, 1909, p. 128. RAMÍREZ, C. S., “Consideraciones Historicas Acerca de la Responsabilidad Precontractual Antes de Rudolf von Jhering. Aproximacion Doctrinal” en *Rev. Derecho Privado*, 22, 2012, p. 277; HUALDE SANCHEZ, J.J., “Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho alemán”, en *Estudios Homenaje*

También las declaraciones que nacen de obligaciones contractuales son información, y se consideran fuente de obligación contractual aunque hayan tenido lugar antes de la celebración del contrato. Además, tal y como se recoge en los Principios Europeos de los contratos, «*Si una de las partes es un proveedor profesional e informa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes, ya sea al introducirlos en el mercado, ya sea al hacer publicidad de los mismos o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato, lo que declare al respecto será considerado fuente de una obligación contractual, a menos que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto*»¹⁰⁰.

Pues bien, como decíamos, dicho deber encuentra su razón de ser en el desequilibrio contractual existente entre las partes, que se traduce en un desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, originado, en parte, por escasa información o ningún tipo de experiencia negocial.

De ahí, que el deber de información cumpla la función de proteger a la parte más débil¹⁰¹.

Hay quienes consideran que el primer párrafo del mencionado artículo supone la confirmación de la tendencia que transforma la tutela del

al profesor Díez Picazo. T II, Derecho civil, Derecho de obligaciones, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 1425 y ss.

Sin embargo, las necesidades del mercado imponen una constante dinámica y evolución no sólo de los deberes de conducta a los que nos referimos en esta sede, sino también de sus alcances y límites, lo que hace que la teoría de la *culpa in contrahendo*, esté todavía en construcción. En este sentido, MONSALVE CABALLERO, V., “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. *Rev. Derecho*, (online) Barranquilla, n. 30, p. 30 y ss.

¹⁰⁰ 6:101 PECL

¹⁰¹ GARCÍA RUBIO, M., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid, Tecnos, 1991; pg.45 y ss.

consumidor en un objetivo, apartándose de su lado más instrumental¹⁰², como herramienta de vigilancia bancaria. En base a esta afirmación, la prevención de los conflictos con los clientes bancarios ya no es un medio a través del cual preservar la necesaria confianza de los clientes en el sistema crediticio para que garantizaran su estabilidad, sino un fin en sí.

Además de determinar, que las actuaciones de los prestamistas, los intermediarios del crédito y los representantes designados obren con *honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad* como objetivo principal¹⁰³ del cap.III de la norma en cuestión; otro de los aspectos que contempla la norma sobre la información que las entidades de crédito deben facilitar a los consumidores es que ésta sea proporcionada de manera gratuita.

Así lo establece el art.8 de la Directiva. Éste, como hemos dicho estipula que la obligación de facilitar información se lleve a cabo a título gratuito, englobando tanto la fase precontractual como la que prosigue a la conclusión del contrato, puesto que en su redacción, la única limitación

¹⁰² En Italia, esta transformación se aprecia con el D.lgs. 13 de agosto de 2010 n.141, que ha introducido en el Testo Unico Bancario el nuevo art.127, que estipula que las autoridades crediticias ejercerán sus poderes siempre teniendo en cuenta, además de lo dispuesto en el art. 5 de la misma norma, la transparencia en las relaciones con la clientela. Sobre este tema v. ROSSI, S., “La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d’Italia”, *intervento al Convegno organizzato dal Cnel “La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato”*, 12 luglio 2012, disponible en www.bancaditalia.it/interventi/intaltri_mdir/rossi-12072012.pdf; URBANI, A., “La vigilanza sui soggetti esercenti. Il credito ai consumatori”, en *Banca, borse tit. credito*, 2012, p. 442 y ss.; BALDASSARRE, A., “Le sanzioni della Banca d’Italia”, en *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, p. 555 y 556.

¹⁰³ Para conseguirlo, tal y como parece después de la lectura de los siguientes apartados del art.7 de la Directiva, el legislador europeo ha optado por incidir en el control de las políticas retributivas de las entidades crediticias.

que se puede deducir es la relativa al ámbito de aplicación, dado que «*Los Estados miembros velarán por que, cuando se facilite información a los consumidores de conformidad con los requisitos establecidos en la presente Directiva, no se imponga coste alguno al consumidor*»¹⁰⁴.

Se hace referencia únicamente a la información que respete los requisitos impuestos por la norma, limitándose de este modo a su contenido y excluyendo, en principio, información adicional no obligatoria según la Directiva.

Sobre la debida gratuidad de la información no nos detendremos mucho¹⁰⁵. Cabe mencionar que quizás la obligación a título gratuito de informar pueda hacernos pensar que la responsabilidad de los sujetos que la incumplan se vea menoscabada¹⁰⁶. Sin embargo tras una lectura

¹⁰⁴ Por ejemplo, a tenor del precepto, también la información sobre los cambios del tipo de deudor contemplada en el art.27 de la Directiva debe ser facilitada a título gratuito.

¹⁰⁵ Sobre una distinción básica entre onerosidad y gratuidad v. DíEZ-PICAZO, L., *Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1978.

¹⁰⁶ Esta posible interpretación encuentra su origen en algunos artículos del código civil italiano, en particular en el art.1710 sobre el mandato y el art.1768 sobre el deposito gratuito; y sobre ella, AZARA A., “Commentario all’art.8 della Direttiva 2014/17/UE, gratuita della prestazione e statuto giuridico del debitore” en Navarretta, E., Sirena, P., Carriero, G. L., Macario, F., Maugeri, M. R., Orlandi, M., & Pagliantini, S., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE.*, 2016, p.224. En ambos casos se hace mención expresa a una responsabilidad valorada con menor rigor si el mandato o el deposito son gratuitos. Literal y respectivamente, «*se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore*» y, en segundo lugar, «*se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore*». Para una visión general, en doctrina italiana v: FUNAIOLI, C.A., *Deposito. Sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, Francesco Vallardi, 1961, p. 63; GALASSO, A. GALASSO, G., *Deposito*, en *Dig., sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 253; ZANA, M., “Valutazione “con minor rigore” della responsabilità per colpa”, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 19 y ss. En el

detenida de la norma resulta evidente que no es así. Tanto en los considerandos como en su articulado se aprecia la intención de ofrecer un elevado nivel de tutela a los consumidores y actuar siempre protegiendo y preservando sus intereses¹⁰⁷.

Esto implica que la norma en ningún momento valore con menor rigor la responsabilidad de quien incumpla la obligación de informar, debida y gratuitamente al consumidor.

Este capítulo de la directiva, como se mencionaba anteriormente, relativo a las condiciones aplicables a los prestamistas, a los intermediarios del crédito y a los representantes designados, al determinar en su art.7 que las actividades de concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito *«se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer un consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito»*; es el punto de partida para analizar, en los siguientes epígrafes de este trabajo, el contenido de la norma relativo a la información.

código civil español, es la culpa la que será estimada con más o menos rigor por parte de los Tribunales, pero no se hace referencia a la responsabilidad (art.1727 C.c) en caso de incumplimiento.

¹⁰⁷ Véase a modo de ejemplo y entre otros preceptos, el considerando n. 31 cuando dicta que *«El marco jurídico aplicable debe infundir en los consumidores confianza en que los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados tienen en cuenta los intereses del consumidor, sobre la base de la información de que disponen en cada momento»*; o el art. 7 apartado 4, según el cual *«Los Estados miembros garantizarán que, cuando los prestamistas, los intermediarios de crédito o los representantes designados ofrezcan servicios de asesoramiento, la estructura de las remuneraciones del personal involucrado no afecte a su capacidad de actuar en interés del consumidor»*.

2.1.-De la información base incluida en la publicidad a la información personalizada.-

El papel de la información es uno de los pilares de la Directiva.

Como se anticipaba, el legislador ha elegido una estructura gradual y los siete artículos que integran el Cap.IV relativo a la información y a las prácticas previas a la celebración del contrato de crédito, se ocupan de la temática desde un punto de vista más general en lo relativo a la información publicitaria, y a la información general dirigida a los potenciales clientes, hacia una visión más detallada de la información precontractual.

Podemos distinguir en la norma, el deber de información general y de carácter público, y por otro lado la información personalizada¹⁰⁸, que a su vez podemos dividir entre la información normalizada basada en la Ficha Europea de información Normalizada o FEIN (la cual podemos encontrar en el Anexo II de la Directiva) y la información proporcionada a través de explicaciones adecuadas.

Lo que caracteriza a las disposiciones relativas al flujo informativo de esta directiva es que éste no se basa sólo en un traslado de información del prestamita al cliente, sino que forma parte de un cuadro normativo

¹⁰⁸ Ya en otras intervenciones legislativas europeas, como en la Recomendación de la Comisión de 1 de Marzo de 2001 relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda, se distinguía entre estos dos tipos de información. V. Considerando n.2 de la Recomendación. Ambos tipos de información son el resultado de distintas negociaciones entre la Comisión y asociaciones y federaciones de prestamistas y consumidores. El logro lo podemos individuar en el Acuerdo Europeo relativo a un Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda del 5 de Marzo de 2001. Sobre los deberes de información precontractual, vid. MUÑOZ, JIMÉNEZ, F.J., “Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2013, p. 2253-2328.

general que se distingue por la circulación de la información¹⁰⁹. De ahí que al prestamista le corresponda facilitar una serie de datos al consumidor, pero que a su vez, el cliente bancario tenga la obligación de conferir cierta información a la otra parte en el momento previo a la celebración del contrato, útil sobre todo para la evaluación de su solvencia¹¹⁰.

2.1.a) La información publicitaria.- La inclusión dentro de la norma de disposiciones dedicadas a la publicidad es el resultado de un largo proceso analítico del mercado hipotecario por parte del legislador comunitario.

Dentro del citado capítulo, los artículos 10 y 11 de la norma se ocupan de la información básica que debe incluir la publicidad de este tipo de contratos, así como la modalidad en la que debe efectuarse la comunicación comercial. El primero establece los principios generales para ello, mientras que el segundo, más detallado, elenca la información que el mensaje publicitario debe contener.

Antes de proseguir, debemos mencionar que del argumento de la información en la publicidad contractual también se ocupa la Directiva 2008/48/CE sobre el crédito al consumo, sirviendo de guía a la MCD para completar la coherencia del sistema financiero. Es decir, la última norma tiene carácter complementario respecto a la primera¹¹¹.

¹⁰⁹ PAGLIANTINI S., “Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)”, en *Contr. e impr./Europa*, 2014.

¹¹⁰ Art.20 de la Directiva.

¹¹¹ Así, en el considerando n.20 de la Directiva: «A fin de garantizar a los consumidores un marco uniforme en materia de crédito y de reducir al mínimo las cargas administrativas de los prestamistas y los intermediarios de crédito, conviene que,

No obstante, su enfoque diferenciado se justifica en la complejidad de la naturaleza de contratos de crédito para la adquisición de un inmueble¹¹², y es posible apreciar una disciplina más completa que la estipulada en la Directiva 2008/48/CE, a pesar de que el contenido de las disposiciones que ambas normas dedican a la información que debe contener la publicidad sea en gran medida coincidente.

Bien, la norma en examen no ofrece una definición de publicidad, remitiéndonos para ello a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; según la cual, la publicidad es *«toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones»*¹¹³.

Una vez individuado el concepto, en la norma que nos concierne se establece que *«sin perjuicio de la Directiva 2005/29/CE¹¹⁴, los Estados miembros exigirán que las comunicaciones publicitarias y comerciales*

en lo esencial, la presente Directiva siga las pautas de la Directiva 2008/48/CE cuando sea posible, y concretamente recoja los preceptos conforme a los cuales es preciso que la información que figure en la publicidad relativa a los contratos de crédito para bienes inmuebles se facilite al consumidor mediante un ejemplo representativo...»

¹¹² De este modo lo expone el considerando 22; *« ... Dada la naturaleza de los citados contratos de crédito y sus posibles consecuencias para el consumidor, es preciso que el material publicitario y la información precontractual personalizada incluyan las oportunas advertencias específicas de riesgo, por ejemplo sobre las posibles repercusiones de las fluctuaciones del tipo de cambio en el importe que tiene que reembolsar el consumidor y, si los Estados miembros así lo estiman procedente, la naturaleza de las garantías y las implicaciones de constituir una garantía...»*

¹¹³ V. Art.2.a de la norma en cuestión.

¹¹⁴ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

sobre los contratos de crédito sean leales y claras y no resulten engañosas. En particular, se prohibirá toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito»¹¹⁵.

Las comunicaciones por lo tanto deben ser “leales”, “claras” y “no engañosas”, tres términos que tampoco se encuentran definidos en la norma, pero que sin lugar a dudas son reconducibles al respeto del principio general de buena fe. Sobre todo en lo referente al no engañar al consumidor, esto es, haciéndole llegar *«toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor»¹¹⁶.*

En este sentido, cuando el art.10 en su última parte estipula que *«se prohibirá toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito»*, se configura una vez más, una llamada de respeto al principio general de buena fe¹¹⁷, en base a la posibilidad de generar falsas expectativas, aunque la norma

¹¹⁵ Art.10 de la MCD.

¹¹⁶ Art.2.b de la Directiva 2006/114/CE. En la misma, en particular en sus considerandos n.3 y 4, además de hacer referencia a cómo la disparidad en las legislaciones vigentes en los distintos Estados miembros incide directamente en el buen funcionamiento del mercado interior, se afirma que *«la publicidad engañosa y la publicidad comparativa ilegal puede ocasionar una distorsión de la competencia en el seno del mercado interior»* y en cualquier caso, aunque la publicidad no lleve a la celebración de un contrato *«afecta a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes»*.

¹¹⁷ DEGENEFTE, FUENTESECA, C., “La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: Directiva 2014/17/UE*, 2015, p. 127-222.

específique que éstas van referidas sólo a las cuestiones de la disponibilidad o el coste de un crédito.

Las consecuencias de la violación de cuanto estipulado en los preceptos anteriormente analizados, es decir, proporcionar una publicidad engañosa, no sólo es una clara violación de tal principio, como ya se ha dicho, sino que además supone la distorsión sustancial del comportamiento económico de los consumidores. O sea, *«utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado»*¹¹⁸

De esta manera se atentaría contra el sistema de tutela preventivo a través de la información en el que se centran las políticas de la UE; porque, si la publicidad es, como se ha visto, *«toda forma de comunicación»*, el objeto que se comunica no deja de ser información. Aún así, creemos conveniente matizar algo importante en este sentido, se publicita informando, pero el objeto de la publicidad no es en sí informar: *«el objetivo esencial de la publicidad es, más que informar, promocionar la contratación de los productos»*¹¹⁹.

En cualquier caso, lo que recibe el consumidor es información, de índole publicitaria, pero información. Así, el art. 11 de la Directiva tiene como rúbrica *“ información básica que deberá figurar en la publicidad”*. Se refiere no obstante, a la información básica sólo de *«la publicidad relativa a los contratos de crédito que indique un tipo de interés o*

¹¹⁸ Art. 2.e. de la Directiva 2005/29/CE.

¹¹⁹ CALLE, GÓMEZ, E., “Los deberes precontractuales de información” en *La Ley*, 1994, p.74.

cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor», delimitando así el objeto del artículo en cuestión¹²⁰.

Parece excluir los contratos de crédito que no incluyan un tipo de interés o el coste del crédito en sí, asumiendo por lo tanto, que esos contratos puedan quedar desprovistos de tal información básica.

En su segundo apartado, el artículo en cuestión enumera la información que debe constar en la publicidad¹²¹, señalando que ésta se proporcionará de una manera “*clara, concisa y destacada*”, y deberá ser “*fácilmente legible o claramente audible*”; con lo cual, no queda prescrita como obligatoria la forma escrita para hacer llegar la publicidad.

Con el mencionado elenco informativo, parece que el legislador europeo pretende proteger al consumidor en determinados puntos esenciales, de

¹²⁰ Art.11.1 de la Directiva. Del mismo modo, también en el considerando n.37 de la misma norma, ya se alienta a la elaboración de una lista de datos mínimos que deben figurar en la publicidad: «*es preciso establecer disposiciones específicas sobre la publicidad de los contratos de crédito y elaborar una lista de los datos que han de figurar en la publicidad y el material promocional dirigidos a los consumidores cuando dicha publicidad especifique tipos de interés o información cuantitativa sobre el coste del crédito*».

¹²¹ En particular: a) *la identidad del prestamista o, en su caso, del intermediario de crédito o representante designado*; b) *cuando proceda, que el contrato de crédito estará garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial comúnmente utilizada en un Estado miembro, o por un derecho relativo a un bien inmueble*; c) *el tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito para el consumidor*; d) *el importe total del crédito*; e) *la TAE; que se incluirá en la publicidad de forma igualmente destacada, al menos, que cualquier tipo de interés*; f) *cuando proceda, la duración del contrato de crédito*; g) *cuando proceda, el importe de los pagos a plazos*; h) *cuando proceda, el importe total adeudado por el consumidor*; i) *cuando proceda, el número de pagos a plazos*; j) *cuando proceda, una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el consumidor*.

los cuales sin embargo, es preciso señalar cómo en la redacción de algunos apartados, ha sido elegida la fórmula “cuando proceda”, mientras que en otros no. Esto puede dar lugar a una libre interpretación, en virtud de la cual podría entenderse que en éstos últimos existe la obligación de incluirla, mientras que en los otros no.

Uno de los aspectos llamativos de este artículo es su apartado sexto, en el que podemos leer que «*los Estados miembros podrán exigir que se incluya una advertencia concisa y proporcionada sobre los riesgos específicos*¹²² *ligados a los contratos de crédito*», y que «*comunicarán sin demora dichos requisitos a la Comisión*». La cuestión que nos podemos plantear es si el contenido de ese apartado forma parte de la información básica. La respuesta es rápidamente individuable: no está incluido en la enumeración del segundo apartado, por lo tanto, podríamos pensar que no. Además, la disposición se configura como una opción para los Estados miembros, “*podrán exigir*”, no como un mandato imperativo, y por lo tanto, no como una obligación.

Vemos cómo los dos preceptos dedicados a la publicidad mantienen el espíritu de tutela preventiva que se respira en la totalidad de la norma. Por un lado con un claro llamamiento al deber de respeto del principio de buena fe, ya en fase prenegocial; y por otro, estableciendo un mínimo de información básica que se debe hacer llegar al cliente bancario, a través en este caso, de mensajes publicitarios que suponen la práctica informativa previa a la celebración del contrato de crédito.

¹²² Sobre los riesgos, también la FEIN (Anexo II, parte A de la Directiva), señala que “*se indicarán de forma destacada todas las advertencias de riesgo aplicables*”.

2.1.b) La información general.- La información general, como afirmábamos anteriormente, forma parte del Capítulo IV, que la Directiva dedica a la información y a las prácticas previas a la celebración del contrato de crédito. La función de este tipo de información, que para distinguirla de la personalizada, el legislador ha denominado general, tiene el objetivo de hacer llegar al consumidor, de manera clara y comprensible, una serie de datos.

Son los Estados miembros los encargados de garantizar que los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados cumplan con tal labor, teniendo asimismo la opción de que los intermediarios de crédito no vinculados faciliten este tipo de información¹²³.

Parece un argumento de especial relevancia para el legislador europeo, tal y como podemos apreciar en la lectura de algunos de los considerandos de la Directiva, en los que notamos la insistencia de la importancia de que el consumidor cuente con esta información general. Por ejemplo: «*Conviene que... se facilite en todos los casos **información precontractual general**¹²⁴» o «*Si bien la publicidad tiende a centrarse en uno o varios productos concretos, los consumidores deben poder tomar sus decisiones con pleno conocimiento de la gama de productos de crédito que ofrece el mercado. A ese respecto, **la información general** desempeña un papel importante a la hora de instruir a los consumidores en relación con la amplia gama de productos y servicios disponibles y sobre las características esenciales de los mismos. Conviene, por tanto, que el consumidor tenga, en todo momento, acceso a la **información general** relativa a los productos de crédito disponibles. En caso de que este requisito no sea aplicable a los intermediarios de crédito no vinculados,**

¹²³ Art.13.1 de la Directiva.

¹²⁴ Considerando n.22 de la Directiva.

ello debe entenderse sin perjuicio de la obligación de dichos intermediarios de facilitar a los consumidores información precontractual personalizada¹²⁵».

Esta información general, como hemos dicho, se basa en facilitar una serie de datos que el art.13 elenca, y que constituyen un contenido mínimo:«*esta información general, deberá especificar como mínimo*». Esto quiere decir que a pesar de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor¹²⁶, el hecho de tener una lista con un contenido informativo, aunque mínimo, prefijado, reduce claramente la autonomía de la voluntad¹²⁷, puesto que así se concretan imperativamente determinados aspectos del contrato¹²⁸. Semejante conclusión nos lleva a cuestionarnos la naturaleza jurídica de la información general en esta norma.

Creemos, compartiendo la opinión de algunos autores¹²⁹, que ese contenido mínimo no es sólo información general, sino que es parte de una oferta y forma parte integral del contrato¹³⁰.

¹²⁵ Considerando n.38 de la Directiva.

¹²⁶ «*Siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros*», V. Art. 2.1 de la Directiva.

¹²⁷ Consagrada en nuestro C.Civil en el art.1255.

¹²⁸ DEGENEFTE, FUENTESECA, C., ob. Cit., p.136 y ss.

¹²⁹ Idem supra, p.131 y ss.

¹³⁰ *A european contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders and legal practitioners feedback*, art.13. Útil en este sentido, cuanto estipulado en el art.14 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, donde se establece que «*la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficiente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si*

De hecho, el contenido mínimo al que se refiere el art.13 es una descripción de los contenidos esenciales del contrato de crédito.

Por último, dos aspectos llamativos del artículo en examen son: en primer lugar, que a pesar de tratarse de información precontractual, tal y como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se ubica, su primer apartado especifica que la información deberá facilitarse en todo momento. Suponemos que esa redacción es una demostración más del empeño del legislador en cubrir la necesidad de información del consumidor en toda fase del proceso negocial.

En segundo lugar, y en línea con la tutela de tipo preventivo que ha sido elegida por el legislador europeo, uno de los datos esenciales que se debe transmitir es una advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito¹³¹.

Lo primero que notamos es la vaguedad de la expresión, puesto que no especifica en qué consiste esa advertencia. Lo segundo es que sólo se centra en las consecuencias del incumplimiento por parte del consumidor, dejando un vacío en cuanto a las consecuencias jurídicas de no haber procurado alguno de esos datos quienes están obligados a ello.

No obstante, no nos sorprende, puesto que se trata de la dinámica adoptada por la Directiva en materia de responsabilidad, al igual que ocurre con la obligación precontractual de la evaluación de solvencia del consumidor por parte de los prestatarios, como veremos más adelante.

*indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos». Ver también la definición de oferta de ALBALADEJO GARCÍA, M.A., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, 2002, p. 381 y ss.*

¹³¹ Art.13.1.n)

2.2.) La FEIN: Ficha Europea de Información Normalizada.- Como se ha venido precisando hasta el momento, la información, junto con la educación financiera, se configuran como los instrumentos de tutela preventiva del consumidor/cliente bancario, elegidos por el legislador europeo. Tras haber realizado la descripción del recorrido gradual de la información ofrecido por la Directiva, llegamos, podemos decir, al punto más específico y sólido sobre la obligación precontractual de informar.

Esto es, a la previsión en el art.14 de la Directiva de que los Estados miembros velen para que los prestamistas, intermediarios de crédito o representante designado, *«ofrezcan al consumidor la información personalizada que este necesita para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito»*.

Aquí nos encontramos con el objetivo de esta disposición: que al consumidor le llegue un cierto tipo de información personalizada para que compare créditos, evalúe las implicaciones, o más bien los riesgos y consecuencias, y que de este modo puede tomar una decisión fundada sobre la celebración del contrato.

Sobre la función de la información precontractual también se manifiesta el Considerando n.40 de la norma, dictando que *«es preciso que el consumidor reciba información personalizada con antelación suficiente a la celebración del contrato de crédito, al objeto de que pueda comparar y sopesar las características de los distintos productos de crédito»*.

Bien, el canal a través del cual este tipo de información llegará al consumidor es la FEIN: Ficha Europea de Información Normalizada¹³².

¹³² Art.14.2 de la norma: *« La información personalizada a que se refiere el apartado 1, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la FEIN, que figura en el anexo II»*.

2.2.a) La armonización máxima.- La característica esencial de este art.14 es que, además de establecer el medio a través del cual dicha información tiene que llegar, su contenido es de armonización máxima. Si en el art. 2.1 de la Directiva el legislador establece que los Estados miembros pueden adoptar medidas más estrictas en materia de protección del consumidor de las previstas en la norma, en el siguiente epígrafe del mismo, se estipula claramente la excepción: «... los Estados miembros no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el artículo 14, apartado 2, y el Anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada...». Aunque los términos que diverjan pueden efectivamente hacernos pensar que se trata sólo de una advertencia en cuanto a la imposibilidad de introducir disposiciones contrarias a lo establecido en el precepto normativo, lo que se pretende es, ya desde la presentación de los primeros artículos, determinar que el contenido referente a la información personalizada es inalterable.

Así lo establece la Directiva excluyendo la posibilidad para los Estados miembros de introducir medidas más rigurosas sobre la protección del consumidor en los puntos de la norma que sean de armonización máxima. Es el Considerando n.7 el que establece que los Estados miembros están facultados *«para mantener o adoptar disposiciones más estrictas que las previstas en la presente Directiva en los ámbitos que no se definan en ella como ámbitos de máxima armonización»*, precisando en líneas anteriores que *«la presente Directiva establece disposiciones que son objeto de la máxima armonización en relación con el suministro de información precontractual en el formato de la ficha europea de información normalizada (FEIN) y el cálculo de la TAE»*. No obstante, al final del mismo Considerando, se permite que los Estados miembros sí adopten disposiciones más rigurosas en cuanto a las instrucciones para cumplimentar la FEIN.

En cuanto a este último punto, referente a las instrucciones, el legislador ha sido, debemos reconocer, muy cuidadoso. La parte B del Anexo II, que es la que contiene las instrucciones para cumplimentar la FEIN, queda fuera de la restricción del art.2.2.. En esa parte B, se especifica que los Estados miembros podrán desarrollar o precisar en mayor medida las instrucciones de cumplimentación de la FEIN. Y además, se reitera tal afirmación en el Considerando n.43, estableciendo que *«Los Estados miembros deben poder ampliar o precisar las instrucciones de cumplimentación de la FEIN tomando como base las instrucciones establecidas en la presente Directiva... No obstante, esas precisiones no pueden ser contrarias a las instrucciones contenidas en la presente Directiva ni implicar modificación alguna del texto del modelo de la FEIN, que debe ser reproducido tal cual por el prestamista»*.

Tras lo tajante de la expresión “*tal cual*”, queda claro que la FEIN es un modelo de información a reproducir y cumplimentar por todos los Estados miembros sin excepción.

2.2.b) ¿oferta vinculante?.- Si ya el contenido del art.13 de la Directiva referente a la información general nos hacía plantearnos su semejanza a una oferta en sí, como veremos a continuación, lo mismo sucede, y con mayores evidencias, en cuanto a la FEIN. Ello a pesar de que el art.14.6 de la norma nos pueda generar la idea de que aún no hay contrato, entendido como oferta acompañada de un claro consentimiento¹³³.

En primer lugar, podemos considerar que la finalidad de hacer llegar al consumidor una serie de datos personalizados, para que compare los créditos disponibles en el mercado, evalúe riesgos y tome decisiones fundadas, es también el objetivo de cualquier oferta. Sin embargo, la redacción del legislador es bastante confusa puesto que en el apartado

¹³³ DEGENEFFE, FUENTESECA, C., ob.cit. p.161 y ss.

tercero del mismo artículo establece que la oferta vinculante debe ir siempre acompañada por una FEIN.

De este modo, apreciamos la voluntad de distinguir ambas cosas, aunque sucesivamente el legislador se corone como rey de la ambigüedad al determinar que el contenido de la FEIN y el de la oferta deben coincidir¹³⁴.

Otra de las contradicciones que podemos apreciar en este sentido es la relativa a la posibilidad que ofrece el art.14.4 de la norma de hacer obligatoria la FEIN antes de concretar la oferta¹³⁵.

Y queda todavía otro aspecto controvertido en este tema: es el segundo párrafo del art.14.6 referente a un periodo mínimo de 7 días antes de concluir el contrato, sin identificar bien si se trata de «*un período de reflexión*¹³⁶ antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas».

La distinción entre período de reflexión y derecho de desistimiento¹³⁷ es algo que no suscita dudas, el problema reside en la interpretación de la última frase: “*una combinación de ambas cosas*”.

¹³⁴ Así se deduce del art.13.2.b), cuando declara que: «*Los Estados miembros velarán por que siempre que el consumidor reciba una oferta vinculante para el prestamista, esta sea facilitada en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero y vaya acompañada de una FEIN cuando: las características de la oferta difieran de la información indicada en la FEIN facilitada previamente*».

¹³⁵ «*Los Estados miembros podrán disponer que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante para el prestamista*».

¹³⁶ Esta figura se asemeja a la clásica oferta previa a la celebración que constituye la preconfiguración de un contrato definitivo. ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos: especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*. Bosch, 2014, p.151.

¹³⁷ Sobre el derecho de desistimiento del consumidor: BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant lo Blanch, 2009; BOTANA GARCÍA,

Dada la imposibilidad de que concurran simultáneamente en el tiempo, suponemos que el legislador pretende ofrecer un margen temporal más amplio en beneficio del consumidor, es decir, que se trate de un período de siete días tanto para una acción como para la otra.

Quizás hubiésemos agradecido que los términos fuesen más específicos y no se tuviese que recurrir a la interpretación.

No obstante, nos remitimos a los antecedentes de la FEIN, en particular a la Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001 relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda y al Acuerdo Europeo relativo a un Código de conducta Voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, porque en ambos podemos encontrar la siguiente expresión en cuanto a la FEIN: «*Este documento no constituye una oferta vinculante*». Sin embargo, ésta no consta en la Directiva, quizás porque el legislador es consciente de las dudas que genera la naturaleza jurídica de la citada ficha¹³⁸.

Resulta confuso, en detrimento del consumidor, que después de toda la voluntad depositada en que una articulada información sea el instrumento de tutela, que en algo tan importante como la información personalizada, no hayan sido capaces de delimitar perfectamente la naturaleza del objeto en cuestión.

G.A., *Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales*, 2009; COSIALLS UBACH, A.M., “El plazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de derecho contractual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, p.1047-1075; MIRANDA SERRANO, L.M., “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, GA Botana García (coord.), *Instituto Nacional del Consumo-La Ley*. Madrid, 2001, p.575.

¹³⁸ DEGENEFFE, FUENTESECA, C., ob. Cit., p.175.

Para finalizar, en este apartado, vamos a hacer una breve referencia a las Explicaciones adecuadas, previstas en el art.16 de la Directiva, que terminan el capítulo dedicado a la información precontractual. La citada disposición establece que *«Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito o los representantes designados faciliten al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen»*.

El motivo por el que nos detenemos en este artículo es la alusión al contrato, afirmando de este modo, que según lo anteriormente descrito, todo parece apuntar a que el precedente contenido normativo se trata de un oferta.

En cualquier caso, la existencia de este artículo¹³⁹ no supone grandes repercusiones, se trata de reforzar todo cuanto estipulado en base a la información precontractual. El legislador insiste una vez más, con la previsión de estas explicaciones adecuadas, en la importancia de informar al consumidor de la mejor manera posible. Pero nos parece una

¹³⁹ Debemos unirlo a cuanto establecido en el Considerando n. 48: *«El consumidor puede necesitar asistencia suplementaria para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera. Resulta oportuno que los prestamistas, y, si procede, los intermediarios de crédito, proporcionen dicha asistencia respecto de los productos crediticios que ofrecen al consumidor explicando la información pertinente, incluidas, en particular, las características esenciales de cada uno de los productos propuestos de forma personalizada, de manera que el consumidor pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito deben adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor, habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticios de este y de la índole de los productos de crédito específicos. Dichas explicaciones no deben constituir de por sí una recomendación personal»*.

redundancia de los preceptos anteriores, un, permítanme la expresión, “*por si a caso lo de antes no quedó claro*”.

Resulta evidente es que la Directiva conforma un binomio de información-transparencia¹⁴⁰, en el que lo importante no es sólo la información más detalla y más cuidada que ahora se ofrece al consumidor, sino también y sobretodo, el cómo.

3. Educación financiera: Concepto y objeto.- La educación financiera no supone hoy en día ninguna novedad a nivel legislativo¹⁴¹, sin embargo en la directiva 2014/17 el legislador ha querido otorgarle un papel fundamental, seguramente debido al peso económico y jurídico de los

¹⁴⁰ ALESSI, R., ob. cit., p. 393

¹⁴¹ «*La importancia de una buena educación financiera ha sido reconocida a nivel mundial y comunitario, por ejemplo, en el Libro Blanco sobre la política de los servicios financieros (2005-2010), el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único de mayo de 2007 y la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la política de los servicios financieros (2005-2010), adoptada en julio de 2007. La cuestión de la educación financiera se planteaba también en las conclusiones del Consejo ECOFIN de 8 de mayo del 2007, en las cuales éste invita a los Estados miembros a que «redoblen notablemente sus esfuerzos por sensibilizar a los hogares acerca de la necesidad que tienen de obtener una información y una educación apropiadas, si procede en combinación con las responsabilidades e iniciativas del sector financiero, con objeto de potenciar la preparación de los hogares al tiempo que se mantiene la protección de los inversores».* Comunicación de la Comisión sobre educación financiera, COM 2007,808 FINAL, p.1.

A nivel legislativo, entre otras intervenciones, ya en la directiva 2008/48/CEE sobre crédito al consumo, se recogía la idea de la necesidad de la educación financiera, aunque eso sí, de una manera más vaga, aludiendo a la promoción de prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia. Véase el considerando n.26 de la norma.

contratos destinados a la financiación de un inmueble¹⁴², y también por la escasa cultura financiera en este ámbito¹⁴³.

No obstante, la norma no ofrece una definición de educación financiera, debiendo recurrir para obtenerla a intervenciones europeas, como por ejemplo a las de la OCDE (Organización para la cooperación y desarrollo económico)¹⁴⁴, que la define como «*el proceso por el que los inversores y consumidores financieros mejoran su comprensión de los productos financieros, conceptos y riesgos. Adicionalmente, a través de la información, la enseñanza y/o el asesoramiento objetivo, se desarrollan las habilidades y confianza precisas para adquirir mayor conciencia de los riesgos y oportunidades financieras, tomar decisiones informadas, saber dónde acudir para pedir ayuda y tomar cualquier acción eficaz para mejorar su bienestar financiero*»¹⁴⁵; o al dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social Europeo (CESE) «Educación financiera y Consumo Responsable de Productos Financieros», aprobado el 14 de julio de 2011, que la define como el «*proceso mediante el cual los consumidores e inversores mejoran su comprensión de los productos y los conceptos financieros, por medio de la información, la instrucción y la asesoría objetiva, y desarrollan las capacidades y la confianza para ser conscientes de los riesgos financieros y las oportunidades, y así tomar*

¹⁴² PATTI, F.P., “L’educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)”. *Contratto e impresa*, 2015, p.1423-1444.

¹⁴³ Considerando n.4 de la Directiva.

¹⁴⁴ La OCDE es fruto de la anterior Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), resultado del Plan Marshall y de la Conferencia de los Dieciséis (Conferencia de Cooperación Económica Europea). Además, en junio de 2016 entró en vigor el “Código de buenas prácticas para la iniciativa en la educación financiera” – siguiendo las indicaciones de la OCDE, de adhesión voluntaria.

¹⁴⁵ Disponible en <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/50347719.pdf>

decisiones informadas, y saber dónde acudir para obtener ayuda, con el fin de mejorar su bienestar financiero y su protección»¹⁴⁶.

El concepto de educación financiera implica directamente la alusión a otro, el de alfabetización financiera: *financial literacy* o *financial capability*. El primero es el instrumento a través del cual se puede desarrollar el segundo, configurándose como finalidad. Se trata de dos definiciones directamente ligadas, pero conceptualmente distintas.

Las expresiones *financial capability* y *financial literacy* se utilizan en Europa, y sobretodo, en Norteamérica, como sinónimos para referirse a la habilidad de tomar decisiones efectivas sobre el uso y administración del dinero, a través de juicios y reflexiones informadas¹⁴⁷; o de manera más completa, a la habilidad individual de obtener, entender y evaluar, la información relevante necesaria para tomar decisiones conscientes sobre las eventuales consecuencias financieras.¹⁴⁸

De ahí que la necesidad de implantar un sistema que fomente la educación financiera, tenga el objetivo de que se opere con prudencia en el mercado para que así los consumidores sean conscientes del riesgo que asumen con sus inversiones¹⁴⁹.

¹⁴⁶Análoga definición la encontramos en OCSE, *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies*, 2005, p. 26.

¹⁴⁷ NOCTOR M., STONEY S., STRADLIGN S., *Financial Literacy: A Discussion of Concepts and Competences of Financial Literacy and Opportunities for its Introduction into Young People's Learning*, National Foundation for Educational Research, 1992

¹⁴⁸ MASON C., WILSON R., "Conceptualizing financial literacy", *Research Series Paper*, n. 7, Business School, Loughborough University, London, 2000.

¹⁴⁹ ROSSI CARLEO, L., "Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo", en *Riv. dir. priv.*, 2004, p.5, para quien «l'educazione si identifica nella predisposizione di informazioni non commerciali che consentano al consumatore una conoscenza del mercato idonea a renderlo consapevole delle proprie scelte di consumo perché capace di percepirne benefici e costi, così da tradurre la

No debemos olvidar que estar formado financieramente no es algo de lo que se beneficien sólo consumidores y usuarios, sino que la realización de actuaciones eficaces para lograr la alfabetización financiera favorece también a entidades de crédito, intermediarios y a la sociedad: si se educa financieramente se puede evitar el sobreendeudamiento de las familias, lo que reduciría el número de conflictos financieros, que a su vez haría disminuir los costes de la justicia, y acrecentaría la confianza de los clientes bancarios en el mercado.

La educación financiera se ha convertido en un asunto primordial en la política de la UE, otorgándole el papel de herramienta indispensable de prevención de otra crisis económica. Sin embargo, cuestiones como a quién va dirigida, cuáles son los métodos para llevarla a cabo y las consecuencias de una mala o de la no aplicación de las actuaciones de la UE en esta materia, parecen no estar del todo resueltas, como veremos a continuación.

3.1.-Instruir financieramente: educación financiera como asignatura.- Aunque la Comisión Europea reconoce que la competencia en materia de educación le corresponde a los Estados miembros, en base al art.169 TFUE: «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses».

capacità di scelta come capacità di giudizio». Del mismo modo, ya es tendencia consolidada afirmar que al consumidor se le protege también de sí mismo, de sus decisiones irreflexivas o de su excesivo optimismo. Izquierdo Carrasco, M., “Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por las entidades de crédito” en *Derecho de la regulación económica*. Iustel, 2010. p. 743

En este precepto normativo, entre otras cosas, encuentran justificación las actuaciones en materia de educación financiera de la Comisión¹⁵⁰.

Entre ellas, una de las más importantes sin duda es la Comunicación (COM 2007,808, final) sobre educación financiera, de cuyo contenido destacan los principios básicos para conseguir el objetivo de una educación financiera de calidad. En particular, el Principio n.3, el cual dicta lo siguiente: *«Los consumidores deben recibir educación sobre asuntos financieros y económicos lo antes posible, empezando en la escuela. Las autoridades nacionales deben estudiar la posibilidad de que la educación financiera forme parte obligatoriamente de los planes de estudios»* y añade que *«es esencial que los jóvenes adquieran los conocimientos financieros y económicos básicos en la enseñanza primaria y secundaria. La Comisión ha hecho pública una Recomendación sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (2006/962/EC) que apoya el desarrollo de competencias, como la capacidad de aplicar el pensamiento matemático a las situaciones de la vida cotidiana, la comprensión amplia del funcionamiento de la economía y la capacidad de planificar y gestionar la propia vida. En este contexto, las autoridades educativas nacionales y regionales deben estudiar de qué manera podría incluirse la educación financiera y económica en los planes de estudios»*.

¹⁵⁰ El programa de acción de la Unión en materia de política de los consumidores se basa, concretamente, en la Agenda del Consumidor Europeo y el Programa de Consumidores 2014-2020, (Reglamento (UE) n.º 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n.º 1926/2006/CE); que tiene como objetivos la mejora de la seguridad de los consumidores; de los conocimientos sobre sus derechos; el refuerzo del cumplimiento de la normativa sobre consumidores o la integración de los intereses de los consumidores en políticas sectoriales clave.

Si bien la inclusión de la educación financiera como asignatura en las escuelas puede ser un buen método¹⁵¹, no podemos ignorar sus limitaciones: se trata de una formación destinada a generaciones que se desenvolverán en el mercado en un futuro, es decir, la población adulta necesita otros planes de actuación, puesto que su vida escolar, por norma general, ya ha finalizado. Además, otro de los factores a tener en cuenta es el grave problema del déficit educativo en algunos países de la UE, entre ellos, España. Hay que añadir como hecho, la desigualdad que se genera en estados como el español, en los que la materia de educación es competencia de las CCAA¹⁵², provocando que en algunos territorios sí se tenga la posibilidad de formarse y en otros no.

Otro elemento a considerar es la predisposición al aprendizaje: mucho mayor en los jóvenes que en los adultos¹⁵³. Del mismo modo, hay que ser conscientes de que la tendencia a la impartición de cursos con contenido generalizado, que suele ser el recurso más utilizado por los poderes públicos o entidades privadas que intentan actualizarse con las medidas europeas, descuida la catalogación de las preferencias, es decir, la formación financiera necesaria para un joven no será la misma para una persona en edad adulta. Mientras que los primeros muestran más interés

¹⁵¹ En la actualidad sólo República Checa, Hungría y Reino Unido han introducido la educación financiera como asignatura en sus sistemas educativos, y en otros países – Países Bajos, Reino Unido, Portugal, España y Suecia – se han identificado cuáles son las medidas y los recursos destinados a la educación financiera. PATTI, F.P., ob.cit., p.19.

¹⁵² A pesar de ello, en el plan de educación financiera llevado a cabo por el banco de España y la CNMV (hoy renovado cuatro años más, hasta 2021), se indica que «actualmente se está trabajando con el objetivo de introducir la educación financiera en el sistema educativo de forma sistemática». Vid. Plan de educación financiera 2013-2017, CNMV Y Banco De España, Madrid, 2013, p.16 y 17.

¹⁵³ FRIEDMAN P., *Providing and funding financial literacy programs for low-income adults and youth*, The Finance Project – Economic Success, Claringhouse, 2005

por los métodos de pago, los segundos son más propensos a informarse sobre planes de pensiones por ejemplo¹⁵⁴.

Queda el recurso de la tecnología, pero éste también encuentra sus limitaciones. Debemos tener en cuenta, que vivimos en una sociedad en la que se presume que el acceso a la red es algo al alcance de todos, cuando en realidad son muchos los usuarios que se encuentran en inferioridad de condiciones. Para intentar paliar este hecho se intentan llevar a cabo campañas de información a través de medios de comunicación, como la radio o la televisión, que por su naturaleza, transmiten mensajes generales y sencillos que no se acercan mínimamente a lo que sería una formación propiamente dicha¹⁵⁵.

No obstante todo, ello no quiere decir que los intentos del legislador tanto europeo como nacional sean en vano, entre algunas de las intervenciones llevadas a cabo, merece mención la creación del sitio web *DOLCETA*¹⁵⁶, como herramienta para ofrecer educación al consumo; tanto a profesorado, poniendo a disponibilidad recursos didácticos para la formación del alumnado en materia financiera; como a los consumidores en general.

¹⁵⁴ MANDELL L., “Financial Literacy: If it’s so Important, Why Isn’t it Improving?”, *Networks Financial Institute*, Indiana State University, 2006; LERMAN R.I., BELL E., “Financial Literacy Strategies: Where Do We Go From Here?”, *Networks Financial Institute*, Indiana State University, 2006.

¹⁵⁵ DIAZ ALABART, S., DÍAZ-AMBRONA, HERNÁNDEZ, M.D., “Educación financiera de los consumidores e información sobre el proceso de concesión de créditos”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: directiva 2014/17/UE*, 2015, p.65.

¹⁵⁶ *Development of on line Consumer Education Tool for Adults*, <http://www.dolceta.eu/>; configurada como una “classroom” sobre educación al consumidor.

3.2- El art.6 de la Directiva 17/2014: ¿educación para quién? ¿informar o educar?.-

Como anticipábamos antes, la Directiva, que dedica un capítulo de un sólo artículo a la educación financiera, no ofrece una definición de ésta, limitándose a estipular que *«los Estados miembros fomentarán medidas que apoyen la educación de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de crédito hipotecario»*.

Como vemos, después de la primera crítica en relación a la precariedad de los términos utilizados en la redacción del precepto, el artículo hace alusión sólo a la educación financiera de los consumidores y no a la del resto de agentes implicados en la concesión de créditos hipotecarios, como si ellos no la necesitasen, cuando la realidad es bien distinta¹⁵⁷.

Resulta ilógico esperar que el consumidor medio adquiera los conocimientos necesarios para su transacción cuando quien precisamente se la está ofreciendo tampoco los tiene. De ahí nuestra segunda crítica a la redacción de este artículo, puesto que para que el cliente bancario se encuentre realmente protegido es necesario que la educación y formación

¹⁵⁷ Podemos reconducir el deber que recae sobre los prestatarios e intermediarios del crédito de estar formados financieramente al art.9 de la Directiva, en el que se establece que *«Los Estados miembros velarán por que los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados exijan a su personal poseer y mantener actualizado un nivel adecuado de conocimientos y de competencia en relación con la elaboración, la oferta o la concesión de contratos de crédito y la facilitación de la actividad de intermediación de crédito establecidas en el artículo 4, punto 5, o de servicios de asesoramiento»*. A mi entender se trata de una formulación muy ligera, que recoge simplemente la evidencia de exigir a quien desempeña un determinado trabajo, que lo haga bien; sin poner tanto énfasis como el dedicado a la educación financiera de los consumidores.

financiera no sea sólo una exigencia para ellos, debiendo también recaer tanto en las entidades bancarias como en los poderes públicos¹⁵⁸.

Sin embargo, la norma en cuestión ha seguido la línea de la Comunicación de la Comisión sobre educación financiera, en la cual se establece que ésta *«corre a cargo de una amplia gama de agentes, desde autoridades responsables de la supervisión financiera a organismos de alfabetización de adultos, servicios de asesoramiento sobre deudas, asistentes sociales, federaciones del sector de las finanzas, organizaciones de microfinanciación, representantes de los*

¹⁵⁸ En España por ejemplo, en el art. 17 del TRLGDCU, la información, formación y educación de los consumidores son derechos vinculados que tendrán que ser promovidos por los poderes públicos, a tenor del mandato del art. 51 de la CE, según el cual: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”, y además, “promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”*. No obstante, siguiendo la misma línea de la Directiva, el legislador español, en la LCCI, en particular en la disposición adicional tercera, encomienda al Ministerio de Economía y Empresa, al Banco de España, a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales, la promoción de medidas de fomento de la educación de los consumidores sobre los riesgos que pueden derivarse de la contratación de préstamos, y la gestión de deudas. Además, el Banco de España y la CNMV han colaborado, publicando un “Plan de educación financiera”, (hoy renovado hasta 2021), aunque no aporta ninguna novedad ni singularidad, puesto que se dedica a recoger lo ya estipulado en la comunicación de la Comisión. En Italia, la Ley 281/1998, en su art. 1, incluye el derecho de la educación al consumo entre los derechos fundamentales de los ciudadanos : *«fondamentali i diritti: alla salute; alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; a un’adeguata informazione e a una corretta pubblicità; all’educazione al consumo; alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; alla promozione e allo sviluppo dell’associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; all’erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza»*.

consumidores, autoridades educativas, entidades financieras, autoridades responsables de la vivienda y otros. Las autoridades nacionales (los ministerios de los gobiernos, los supervisores financieros, los bancos centrales, etc.) son los impulsores de programas sobre este tema en 11 Estados miembros». Como vemos, detalla qué sujetos son los encargados de desarrollarla, pero da a entender que los destinatarios siguen siendo sólo los consumidores.

Por otro lado, podemos afirmar que la educación financiera no es una materia que pueda tratarse de una manera aislada, sino que junto a la formación y a la información, son tres conceptos que están entrelazados entre sí. De hecho, uno de los motivos que corroboran tal afirmación ha sido la propia elección del legislador de no proponer o no imponer, mejor dicho, a los Estados miembros las medidas a seguir para llevarla a cabo. De este modo, la complementariedad resulta evidente para el lector porque la indeterminación de las pautas nos deja en manos de la información.

Pero además, y como tercera y última crítica¹⁵⁹, en el art.6 se entremezclan la educación financiera con la información que necesita quien va a solicitar un préstamo hipotecario, es decir con *«la información clara y general sobre el proceso de concesión de créditos»*, cuando la información se regula detalladamente en otros artículos de la norma¹⁶⁰. Tras mencionar que los Estados miembros son los encargados de fomentar

¹⁵⁹ Apreciamos no obstante, el acierto del legislador por la mención de dos puntos particularmente sensibles para el consumidor en la educación financiera: la responsabilidad en la contratación y en la gestión de deuda. La primera, debido a la generalidad de los términos empleados, asumimos se refiera al conjunto de posibles consecuencias negativas que puede tener la aceptación de un crédito, permítanme la expresión, “a lo loco”; aunque trataremos el asunto más adelante. La segunda, se refiere a la gestión ideal de la deuda, es decir, a devolver el importe del crédito concedido conforme a lo pactado; de ahí que se requiera una necesaria responsabilidad para evitar que tal condición no se cumpla. DÍAZ ALABART, S., ob.Cit, p.84 y ss.

¹⁶⁰ Artículos 10 y siguientes de la norma.

«medidas que apoyen la educación de los consumidores»¹⁶¹, de manera impersonal añade que «es necesario disponer de información clara y general sobre el proceso de formación de créditos a fin de orientar a los consumidores, especialmente a los que obtengan un crédito hipotecario por primera vez». No obstante, la obligación de informar queda más que detallada en los artículos 13 y siguientes de la Directiva, deber dirigido expresamente a los prestamistas, a los intermediarios del crédito o a los representantes designados¹⁶².

Si tenemos en cuenta la estructura de la Directiva, parece que la intención del legislador europeo haya sido la de diferenciar en la medida de lo posible la temática de la educación financiera del deber de información por parte de las entidades de crédito, no obstante, con la redacción del art.6, la confusión a la que puede llegar al lector es evidente.

Entendemos que seguramente el motivo de ello es la necesidad de que la educación financiera sea el paso previo a la fase informativa en sí, para que ésta última resulte ágil y pueda llevarse a cabo satisfactoriamente¹⁶³.

En este sentido, podemos afirmar que la educación financiera es instrumental a la obligación de informar, la primera debe efectuarse para

¹⁶¹ En el mismo tenor, el considerando n.29: «...los Estados miembros deben promover medidas destinadas a apoyar la educación de los consumidores en estos ámbitos en relación con la contratación de préstamos y la gestión responsable de la deuda, referentes en particular a los contratos de crédito garantizados con hipoteca. Es especialmente importante facilitar orientaciones a los consumidores que celebren por primera vez un contrato de crédito garantizado con hipoteca. A este respecto, la Comisión debe especificar ejemplos de mejores prácticas para facilitar la ulterior elaboración de medidas destinadas a aumentar la concienciación financiera de los consumidores».

¹⁶² PATTI, F.P., ob.Cit., p.14 y ss.

¹⁶³ Insistiendo todavía en el carácter gradual de la norma, no es casualidad que en su esquema, la educación financiera preceda tanto a las condiciones aplicables como a la información precontractual.

que la segunda pueda realizarse. Se complementan y no pueden sustituirse puesto que, aunque el interés de los Estados miembros en preocuparse por la educación financiera de los consumidores sea también aumentar el nivel de conocimientos y de conciencia en el marco de operaciones del sistema financiero, no incide en la esfera contractual individual de cada cliente bancario, que es precisamente lo que se pretende con la obligación de dar una información personalizada¹⁶⁴, que es lo que realmente podría paliar la asimetría informativa entre las partes.

Con todo ello, la información previa a la que se refiere el capítulo IV de la Directiva, se convierte en la materia formativa disponible para el cliente/consumidor de productos bancarios¹⁶⁵. Educar no deja de ser formar a través de información, por lo que quien tiene en manos la información, tiene también la capacidad, o mejor dicho, la responsabilidad de formar.

La información se configura como el medio a través del cuál educar, pero no debemos confundirnos por la ambigüedad y sutileza de los términos, sobre todo en este ámbito específico, porque educación no es sinónimo de información. La educación se basa en unos conocimientos previos que harán que comprendamos la información que nos van a ofrecer. La educación financiera es el paso previo para entender los datos necesarios que nos facilitarán en el momento anterior a la posible aceptación de la oferta. Insistimos, cuando se habla de información se habla de la disponibilidad de todos los datos posibles para los consumidores sobre los créditos ofrecidos de una forma clara y sencilla;

¹⁶⁴ GRECO, F., *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 37 y ss.

¹⁶⁵ LÓPEZ FRÍAS, M.J., “Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos”, en *Los contratos de crédito inmobiliario*, p.176.

mientras que la educación financiera supone un conocimiento previo y genérico sobre las características de esos créditos¹⁶⁶.

El problema es que si ese paso previo, si esa formación financiera es precaria o no existe, la información deberá abarcarla¹⁶⁷, y serán quienes dispongan de ella los llamados a realizar tal tarea.

Es decir, si todas las iniciativas en materia de educación financiera resultan ineficaces, como aparentemente ha sido hasta ahora, es necesario que ésta se haga efectiva a través de la información precontractual que el banco ha de hacer llegar al cliente¹⁶⁸. Y esta es una labor que podemos presumir implícita en la honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad, requeridas en las actuaciones de las entidades crediticias.

4.- Conclusión: el milagro de la educación financiera.- Parece que se está intentando o esperando que la educación financiera sea el milagro¹⁶⁹ que contrarreste el que podemos denominar “fracaso” de la normativa vigente sobre la tutela del consumidor¹⁷⁰.

¹⁶⁶ DÍAZ ALABART, S.; DÍAZ-AMBRONA, M.D., ob. Cit, p.82.

¹⁶⁷ LÓPEZ FRÍAS, M.J., ob. Cit, p.189.

¹⁶⁸ SCHROEDER, C., “Educación financiera: ¿y yo por qué?”. *eXtoikos*, 2016, p.41-42.

¹⁶⁹ PARACAMPO, M.T., “Il ruolo dell’educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario”, *Rivista di Diritto Bancario*, p.12. Para la autora, a quien me permito citar sin traducir a continuación, la educación financiera es el milagro esperado para paliar los efectos de la crisis y prevenir una nueva. De hecho, hace alusión a qué se espera de un consumidor: literalmente que sea un «*un alieno sceso sul pianeta della finanza ed in grado di parlare la lingua degli abitanti autoctoni*». Y además, en páginas sucesivas de la misma obra acusa principalmente a las asociaciones de consumidores de bombardear con medidas dispares a los consumidores, provocando el efecto contrario de cuanto se intenta: desorientar aún más al cliente bancario.

¹⁷⁰ Idem Supra, p.1.

Tanto el legislador comunitario como el nacional, juegan con el factor de la información como eje de la protección del consumidor, justificándose siempre en el principio de transparencia; sin embargo se advierte insuficiente. Ni la transparencia, ni la información bastan, y para intentar completar la tutela, el legislador ha optado por la posibilidad de la autotutela. Es indispensable que el inversor adquiera cultura y logre dominar al menos las nociones más básicas del mundo de las finanzas.

El legislador ha integrado el binomio de la hetero y autotutela¹⁷¹, aunque dado el énfasis en la educación financiera, todo apunta a una mayor inclinación a ésta última.

No obstante, a pesar de que la Comisión Europea esté convirtiendo, o esa es la sensación, a la educación financiera en algo esencial¹⁷², hay autores que afirman cómo en ese proceso, el legislador ignora el lado emocional de la inversión; el lado psicológico de la operación; hecho que impide conocer bien a quién se está tutelando y cuáles son sus motivos para actuar en el mercado, haciendo que la protección pierda eficacia¹⁷³.

Hay que notar además, que la educación financiera se configura como una facultad, una opción que el consumidor puede elegir, pero en realidad sobre él no recaen ni la obligación ni el deber de “educarse”

¹⁷¹ Sobre el incentivo de la autotutela v. FILOTTO U., e NICOLINI, G., “Il consumerismo”, *Credito indd.*, 2010, p.7; ANTONUCCI, A., “Frantumazione di regole e rimedi nel rapporto fra banca e investitore”, en *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p.77.

Hay quienes creen que la protección del consumidor puede tener éxito si se combinan tres elementos: la transparencia de las condiciones contractuales, un sistema eficaz de resolución extrajudicial de controversias, y la educación financiera del consumidor, TRIFILIDIS, M., “L’educazione finanziaria: le iniziative a livello internazionale”, en *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 2/2009, p.58.

¹⁷² Véanse los considerando 5 y 6 de la Decisión de la Comisión 2008/365/CE.

¹⁷³ MORERA, U., “Legislatore razionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato”, en *Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 1/2009, p.77.

financiarmente, por lo que éste, en aras de emplear su tiempo libremente, seguramente elegirá, por comodidad, falta de ganas en conocer el mundo financiero o simplemente por insuficiencia de medios para que realmente comprenda algo, fiarse de los profesionales del sector bancario¹⁷⁴; y no por ello deben sentirse culpabilizados o responsables, puesto que la educación financiera es un derecho, no una imposición, y el sistema normativo de tutela debe funcionar y proteger al consumidor independientemente de él¹⁷⁵.

Es algo de lo que el legislador europeo es consciente, y quizás si fuese una obligación se reforzaría aún más la contratación responsable.

Prueba de que a pesar de las iniciativas, planes e intervenciones llevadas a cabo, tanto a nivel europeo como nacional, seguimos estando lejos de conseguir el objetivo de contar con una población formada e instruida financieramente, es precisamente la existencia del art.6 en la Directiva, que sigue planteando la necesidad de una educación financiera para todos, puesto que al fin y al cabo, todos somos consumidores.

¹⁷⁴ RORDORF, R., “La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi”, en *Le Società: Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale*, 2008, p.99

¹⁷⁵ PARACAMPO, M.T., ob. Cit., p.7.

CAP.III

LA OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL CLIENTE BANCARIO

1-. Su necesaria regulación; 2-. Breves Antecedentes normativos; 3-.La Transposición de la obligación precontractual de evaluación de solvencia en Italia y España 3.1.-. La evaluación de solvencia en la CMD. 3.1.1.- Definición y naturaleza.; 3.1.2.- ¿Se excluye la posibilidad de contratar en caso de resultado negativo?; 3.2.- Régimen sancionador; 3.2.1.Nulidad, privación de intereses, reembolso anticipado o responsabilidad civil: ¿un abanico de posibilidades?; 4-. Conclusiones.

1-. Su necesaria regulación.- La cuestión relativa a las posibilidades de devolución de la deuda por parte del cliente, funcionales a la concesión de créditos de manera responsable¹⁷⁶, no es una nueva preocupación del legislador europeo en materia de créditos al consumo, ni tampoco una novedad normativa en ámbito de crédito inmobiliario. Ello debido a la necesidad de evitar el sobreendeudamiento de las familias, puesto que anteriormente, como resultado, aunque no únicamente¹⁷⁷, de la falta de un

¹⁷⁶ Además, Según el Dictamen “*Lucha contra la pobreza*” del Consejo Económico y Social Europeo (§§ 1.14, 4.4, 5.9) (DO C 113, de 14 de abril de 2016), las políticas responsables de concesión del crédito exigen una regulación estricta de otros aspectos específicos como de los intermediarios y de la concesión de tarjetas de crédito, la prohibición de publicidad agresiva, la prohibición de la usura, la prohibición de embargar la vivienda y otros bienes esenciales, el refuerzo de la mediación en la resolución de conflictos, el apoyo a la recuperación de los sobreendeudados, así como la prevención y la información y educación financiera (asunto éste último que ya ha sido tratado en este trabajo de investigación).

¹⁷⁷ Una de las malas praxis usuales, que junto con la falta del previo análisis de la solvencia, empujaban al consumidor al sobreendeudamiento era la estipulación

control previo de la capacidad de devolución de la deuda del prestatario, se calculaban sus gastos por debajo de lo real o se confiaba en exceso en el hecho de que el valor del inmueble que el consumidor daba en garantía se revalorizase. Además, contratar la concesión de un crédito o préstamo, sin ningún tipo de riesgo es imposible, por lo que era y es necesario, ante el modelo de negocio agresivo de préstamo de alto riesgo¹⁷⁸ y alta rentabilidad que desencadenó la crisis financiera, externalizar a otros sujetos los costes derivados del riesgo de impago¹⁷⁹.

desproporcionada del tipo de interés. Conducta condenada por nuestro Tribunal Supremo, con la STS de 25 de noviembre de 2015 a propósito de un crédito revolving,: “[...] *no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico*”.

¹⁷⁸ Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE, 18 de diciembre de 2007 COM (2007) 807, 5. En él se justifica la necesidad de intervención legislativa a nivel europeo en el hecho de que: «*La concesión irresponsable de préstamos y la venta abusiva de préstamos hipotecarios por prestamistas o intermediarios de crédito sin escrúpulos pueden tener consecuencias negativas para el conjunto de la economía, como ha demostrado la actual crisis de las hipotecas de alto riesgo*». Además, los peligros del préstamo de alto riesgo se evidencian por el sistema de reserva fraccionaria o «*descalce de plazos*» (*maturity mismatches*). Esto es, la entidad se endeuda a corto, pero invierte a largo plazo (hipotecas a 30 años), estrategia que puede favorecer una crisis de liquidez que acabe siendo una crisis de solvencia. CUENA CASAS, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2017, pg. 2879.

¹⁷⁹ CUENA CASAS, M., ob. Cit., p.2879

El planteamiento es el siguiente: tales costes eran pérdidas esperadas por las entidades de crédito, que eran conscientes de que serían superadas por los beneficios compensatorios obtenidos en forma de subidas de tipos de interés y altas comisiones. Por eso la concesión de créditos de manera irresponsable, en cualquier caso, suponía una ventaja económica para los bancos.

Sin embargo, existían y existen riesgos que los prestamistas no podían controlar y que debían y deben asumir, es decir, los inherentes a su propia solvencia, que en buena parte, depende de los recursos procedentes de los depósitos de sus clientes¹⁸⁰.

El incumplimiento de la obligación de la devolución de la deuda por parte del cliente puede ser consecuencia de la falta de capacidad de pago, o de la falta de voluntad de pago. Y es en el primer supuesto en el que entra en juego la obligación precontractual de evaluar la solvencia como instrumento de lucha contra el sobreendeudamiento, justamente para, verificando a priori la falta de capacidad de pago, no conceder un crédito.

¹⁸⁰ Pero lógicamente, no sólo de sus depósitos. De ahí que, a nivel europeo se insista en robustecer los requerimientos de capital bancario. Es decir, requerimientos que garanticen la solvencia bancaria para que una entidad de crédito pueda ser considerada viable en función de activos ponderados por riesgos. Las medidas destinadas a robustecer la solvencia de los bancos (tras las recomendaciones del Comité de Supervisión bancaria de Basilea (Basilea III), se han implementado en la UE a través del marco jurídico que regula el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (Directiva 2013/36/UE y en el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 26 de junio de 2013). Además, ahora es necesario que las entidades de crédito cuenten con “colchones de capital”, es decir, recursos propios de cantidad suficiente para cubrir eventuales pérdidas futuras. RODRÍGUEZ DE CODES, E., “Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital”, *Estabilidad financiera* núm. 19, 2010. Banco de España. <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevisitaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0119.pdf> 18.

No podemos ignorar que el objetivo de proteger a los consumidores es inherente a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario, configurándose además como un derecho individual del consumidor¹⁸¹.

No obstante, ésta puede tener lugar ya en el momento de la concesión del crédito, o sobrevinida por hechos imprevisibles e inevitables. En este último supuesto, es evidente que no hay herramienta de la que el prestamista pueda hacerse valer, debiendo asumir tal incertidumbre¹⁸².

2-. Breves Antecedentes normativos.- Ya en la propuesta de Directiva COM, del 2002, se hacía referencia a la concesión de créditos de manera responsable. En particular, en su art. 9 se aludía a la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor, entendida como una «*obligación de medios que se traduce, en particular, en la consulta de bases de datos centralizadas y el examen de las respuestas del consumidor o el avalista, la petición de establecer dispositivos de seguridad, la verificación de los datos aportados por intermediarios de crédito y el tipo de crédito ofrecido*»¹⁸³.

¹⁸¹ STJUE C 565/12, de 27 de marzo de 2014, *Crédit Lyonnais* (§ 52); STJUE C-449-13, de 18 de diciembre de 2014, *Consumer Finance* (§§ 41, 42, 45). De la misma opinión: GSELL, B., “Verbraucherschutz”, en *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier/ De Gruyter, Berlin, 6, Auflage, 2018, p. 715-811; RANK, A. Y SCHMIDT-KESSEL, M., “Mortgage Credit in Germany”, *Journal of European Consumer and Market Law Review*, 2017, 4, p. 176-179.

¹⁸² RONATAS, A. Y GIUSEVA, A., “Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe”, *Journal of Comparative economics*, 41(2), 2013, p. 420.

¹⁸³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores.

Otro de los antecedentes normativos lo constituye el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea, en el que la Comisión, además de justificar la necesidad – a la luz de la redacción del texto, sobre todo de tipo económico – de tal intervención, menciona la falta de incentivos para una correcta valoración de la solvencia del consumidor.

En el posterior acto normativo en este tema, la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, la referencia expresa al préstamo responsable desaparece, en concreto, en su art.8, dedicado a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

El motivo reside, para una parte de la doctrina, en deber abandonar la tendencia sobreproteccionista hacia el consumidor. Es decir, se opina que existe un excesivo paternalismo hacia éste, cuando en realidad es él quien debe adoptar una actitud responsable¹⁸⁴. No obstante, hay quien se muestra reticente y crítico respecto al llamado principio de autoresponsabilidad¹⁸⁵. Además, no podemos olvidar que los contratos de créditos destinados a la adquisición de un inmueble quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BARBIER, H. *La liberté de prendre des risques.*, Aix-Marseille, 2011, p.62; ORLANDI, M., “Volenti non fit in iura (autoresponsabilità e danno)”, en Riv. dir. civ., 2010, II, p. 323 ss.

¹⁸⁵ DI RAIMO, R., *Le parti dei contratti di servizi*, in Studi in Onore di Vito Rizzo, Napoli, 2007, p.575. Compartiendo esta postura, el consentimiento consciente presupone que exista la voluntad de informarse. El problema aparece con la capacidad de elaborar dicha información, que requiere el reconocimiento y la evaluación de una serie de productos específicos

¹⁸⁶ El origen de esta decisión se remonta a la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, que estableció regímenes jurídicos distintos para los créditos al consumo en base a la naturaleza de los bienes adquiridos.

Así, en su Considerando n.14, se podía vaticinar la llegada de la necesaria integración normativa que es hoy la MCD, estableciendo que era conveniente *excluir del ámbito de aplicación de la presente 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.*

Ubicando ya el argumento en la norma que nos atañe, la Directiva 2014/17/UE, cabe decir que ésta tiene dos objetivos principales: el primero es crear un mercado unitario del crédito hipotecario y el segundo es tratar de proteger al consumidor de los riesgos inherentes a ciertas operaciones económicas. Para ello, el legislador europeo se centra, - como demuestra la redacción del primer artículo¹⁸⁷ de la norma, relativo al objeto de ésta - , en la obligación precontractual de llevar a cabo una evaluación de solvencia y del mérito crediticio del consumidor antes de conceder un crédito.

Como veremos a continuación, esta expresa finalidad de tutelar al consumidor supone la continuación de la transición ya iniciada con la DCC: la evaluación de la solvencia ya no se tendrá en consideración sólo como función en el ámbito de control y supervisión bancaria, garante de una estabilidad financiera de mercado, sino como un nuevo instrumento que pretende proteger a los consumidores y usuarios¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Así, el art.1 de la norma en cuestión: «...incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito, como base para la elaboración de normas efectivas de suscripción con respecto a los bienes inmuebles de uso residencial en los Estados miembros,...».

¹⁸⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento*, en Prats Albentosa, L. y Cuenca Casas, M. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 208.

3.- La obligación precontractual de evaluación de solvencia en Italia y España.- Respecto a su incorporación en los ordenamientos jurídicos internos, la obligación precontractual del análisis de solvencia llega al derecho italiano, en particular al TUB, con la Directiva del crédito al consumo.

En concreto, hablamos del art.124-bis¹⁸⁹, precepto legal receptor de los artículos 8 y 9 de dicha Directiva. La redacción del legislador italiano ha sido fiel a la del europeo¹⁹⁰ y supuso la distinción entre consumidor “*meritevole*” e “*inmeritevole*”, y consecuentemente entre acreedor negligente y diligente¹⁹¹. Cuando se habla de *inmeritevole*, se hace referencia al consumidor que no “merece” el acceso al crédito por haber obtenido un resultado negativo en la evaluación de la solvencia, pudiendo

¹⁸⁹ Introducido a través del d.lgs.n. 141/2010.

¹⁹⁰ Para una comparación entre ambos: el art.8 de la directiva estipula que «*prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente*» y que «*Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, gli Stati membri provvedono affinché il creditore aggiorni le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuti il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito*». Por su parte, el art.124-bis Tub establece que «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente. Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito*».

¹⁹¹ Sobre estas distinciones v. SIMIONATO, A., “Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE”, en AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009, p.185.

el acreedor, o debiendo mejor dicho, en ese caso, negar la erogación del crédito. El sujeto “*meritevole*”, al contrario, cuyo interés es tutelable por parte del ordenamiento jurídico, es quien sí merece protección.

Con la transposición de la MCD, el legislador italiano se ha limitado a disponer, en el nuevo art.120 *undecies* del TUB¹⁹², la obligación de verificar el *merito creditizio* antes de la concesión del contrato de crédito, para verificar las perspectivas de cumplimiento por parte del consumidor.

En España, la transposición de la Directiva 2008/48/CE se realizó a través de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo¹⁹³.

En su art.14 encontramos la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, estableciendo que «*El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito*». Tras su lectura podemos comprobar la fidelidad al mandato europeo que encontramos en el art. 8 de la mencionada directiva¹⁹⁴.

¹⁹² Textualmente: «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate*».

¹⁹³ Aparentemente, nuestro legislador sigue los pasos de la vecina Francia en cuanto al mecanismo de transposición.

¹⁹⁴ El cual determina que «*Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados*

Ahora bien, con la MCD, se produce una integración que supone claramente un enriquecimiento respecto a cuanto estipulado en la directiva del crédito al consumo, puesto que, como hemos mencionado en la introducción, el objeto de la regulación es distinto.

Es en el art.11 de la Ley de Contratos de crédito inmobiliario donde se establece la obligación precontractual del análisis de solvencia.

Podemos apreciar notables diferencias entre la redacción de los dos artículos. En primer lugar, mientras que el art.14 de la DCC hace referencia a la solvencia del consumidor, el art.11 de la LCCI, menciona al «*potencial prestatario, fiador o garante*».

El legislador italiano, por su parte, se ha limitado a la referencia del consumidor.

En segundo lugar, cuando en el art.14 de la DCC se establecía que la evaluación se llevaría a cabo «*sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito*», en el art.11, sin embargo, se especifica cuáles son los factores particulares para verificar la capacidad de devolución del préstamo por parte del cliente: «*entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral*». Se trata de una redacción detallada¹⁹⁵ que tampoco

miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación».

¹⁹⁵ Que también encontrábamos en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de Servicios bancarios, relativa

encontramos en el Tub italiano, que al transponer la directiva ha sido bastante más escueto, sin especificar en su art.120 *undecies*, cuáles son los factores pertinentes para verificar la probabilidad de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte del consumidor¹⁹⁶.

En tercer lugar, este mismo artículo introduce la gratuidad para el cliente del procedimiento que se lleve a cabo para evaluar su solvencia, cosa de la que no había constancia en el art.14.

En cuarto lugar¹⁹⁷, se introduce en el apartado cuarto del art.11 que *«la incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información. Tampoco podrán los*

a la evaluación de solvencia sobre el crédito al consumo, puesto que este artículo reservaba su apartado n. 3 al caso de créditos o préstamos con garantía real, estableciendo sólo que *«los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía»*.

¹⁹⁶ Así, citamos el artículo en cuestión: *«Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate»*.

¹⁹⁷ Otra de las aportaciones del art.11 es su apartado tercero, que no hemos incluido en la comparación objeto de descripción, puesto que se trata de una referencia al tipo de contrato de crédito inmobiliario en concreto, que alude al valor de la garantía real, que también encontramos en la legislación italiana. Es decir, la evaluación de la solvencia no se podrá basar de manera predominante en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará.

prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en detrimento del prestatario debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta»; explicación que falta en el art.14, y, que como hemos visto anteriormente, ha sido estipulado de manera análoga por el legislador italiano en el art.120 undecies apartado 3 del Tub.

Otro aspecto que se contempla en el art.11.7, lo encontramos también en el art.120 *undecies* apartado 4; es decir, la exigencia de que el prestamista reevalúe la solvencia del prestatario basándose en una información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de préstamo, a menos que dicho préstamo adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial.

Por ahora, la transposición italiana y la española coinciden en casi todo, y decimos en “casi todo” por una gran diferencia a la que nos referimos en la primera parte de este epígrafe: el legislador español sí se ha preocupado por introducir en su articulado, en concreto en el art.11.5, el mandato del 18.5 de la MCD, estableciendo que *«el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato»*. Ésto, como veremos más adelante, resulta relevante para determinar o no si existe una prohibición de contratar.

También en lo referente a la introducción del mandato del art.18.6 de la MCD, - relativo a la obligación que tiene el prestamista de informar sin demora al consumidor cuando le deniegue el préstamo, y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos - ; hay una notable diferencia entre la redacción del art.120 *undecies* apartado quinto del Tub, que se limita a reproducir cuanto estipulado en la

Directiva, y la del art.11.6 de la LCCI. En este sentido, el legislador español, ha sido bastante más preciso que el italiano, determinando la forma escrita para emitir la comunicación, incluyendo como destinatarios al fiador o avalista y no sólo al potencial prestatario, estableciendo que debe comunicarse de una manera motivada la denegación. Además, establece *«que cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos entregará una copia del resultado, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada, como son el nombre, el responsable, así como del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en la misma»*.

Parece, permítanme la expresión, que en este caso concreto, España ha hecho bien los deberes, a pesar de poder reprochar el retraso y la incompleta transposición de la norma. Aunque la delegación normativa también ha caracterizado la transposición italiana, cuyo legislador, específicamente en el caso de la obligación de evaluación de solvencia, ha optado por delegar a la *Banca d'Italia* el dictamen de ulteriores disposiciones para actuar el art. 120 *undecies*.

3.1.- La evaluación de solvencia en la CMD: Definición y naturaleza.- La norma le dedica todo un capítulo a esta disciplina, el VI, desarrollándola de manera más detallada en los arts.18 y 20.

La noción de la evaluación de solvencia, sin embargo, la encontramos antes, en el art. 4.17, que la define como *«la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito»*.

En cuanto a su naturaleza, ésta puede albergar un doble sentido: por un lado, obligación de medios, y por otro, obligación de resultado¹⁹⁸.

Tal afirmación responde al hecho de que, en cuanto al primer supuesto¹⁹⁹, el prestamista debe hacer todo lo posible para asegurarse de que el cliente bancario tiene la capacidad de reembolsar el préstamo. En este sentido, realizar el análisis de solvencia se configura como el medio a través del cual evitar una situación de sobreendeudamiento. En cuanto al segundo supuesto, se trata de un resultado²⁰⁰, puesto que el test de solvencia se realiza o no se realiza. El resultado exigible se identifica en el hecho de que el prestamista lleve a cabo un análisis de solvencia bien hecho.

La evaluación de la solvencia, a pesar de ser una obligación precontractual que recae sobre los prestamistas, no es labor de una sólo de las partes, sino que consiste en una colaboración entre ambas.

Para un correcto análisis de la situación financiera del cliente, éste deberá proporcionar al prestamista la información requerida que le sea útil a tal fin²⁰¹. No obstante, la norma hace pocas referencias concretas,

¹⁹⁸ CUENA CASAS M., ob. Cit., p.2893.

¹⁹⁹ Sobre la evaluación de solvencia entendida como obligación de medios, MARÍN LÓPEZ, M.J., “Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, *Rev. Cesco*, 2011; ORDÁS ALONSO, M., “Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio”, *Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil*, Thomson Aranzadi, p.146.

²⁰⁰ DÍAZ-ALABART, S., “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia”, en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/ UE)*, 2015, p.230.

²⁰¹ Así lo introduce el Considerando n.58 de la norma.

limitándose al valor de tasación del inmueble²⁰². El acreedor podrá comprobar la veracidad de los datos aportados por el consumidor para verificarlos de modo que el análisis de la solvencia finalizado a determinar el mérito crediticio sea eficiente.

²⁰² Es en el Considerando n.55, donde encontramos cuáles son las pautas a seguir de manera general para llevar a cabo esta evaluación: *«Resulta fundamental que la capacidad y proclividad del consumidor de saldar el crédito se evalúe y verifique con anterioridad a la celebración de un contrato de crédito. Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio. Aunque el valor del bien inmueble es un elemento importante para determinar la cuantía del crédito que puede concederse a un consumidor al amparo de un contrato de crédito garantizado, la evaluación de la solvencia debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. En consecuencia, la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito en cuestión. No obstante, si el contrato de crédito está destinado a la construcción o a la renovación de un bien inmueble existente, conviene que el prestamista pueda tener en cuenta esa posibilidad. Los Estados miembros deben poder formular orientaciones adicionales sobre los criterios mencionados o criterios adicionales y sobre los métodos aplicables a la hora de evaluar la solvencia de un consumidor, fijando, por ejemplo, límites al ratio préstamo-valor o al ratio préstamo-ingresos, y se les debe alentar a que apliquen los principios definidos por el Consejo de Estabilidad Financiera para establecer prácticas sanas de suscripción de hipotecas sobre viviendas».*

Además, cabe decir que la MCD permite excluir de su ámbito de aplicación los créditos otorgados a un público determinado y en condiciones especiales, como son aquellos concedidos por bancos sociales, cooperativas o autoridades locales²⁰³. Por ello, en estos casos, lógicamente quedando fuera de su ámbito de aplicación, se puede prescindir de la evaluación de la solvencia. Y también se admite que, excepcionalmente, la evaluación de la solvencia pueda basarse predominantemente en el valor del bien inmueble que se ofrece como garantía, siempre que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien inmueble de uso residencial²⁰⁴.

²⁰³ Art. 3.3) letra (c).

²⁰⁴ Según algunos autores, «con ello se trata de salvaguardar la necesidad que puedan tener determinadas personas de hacer obras de adaptación en sus casas, por ejemplo cuando ya se han jubilado, esto es, en una época en que sus recursos económicos son limitados». ARROYO, AMAYUELAS, E., “Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario”, en *Los contratos de crédito inmobiliario: algunas soluciones legales*, Editorial Reus, 2018, p. 158.

3.1.2.- ¿Se excluye la posibilidad de contratar en caso de resultado negativo?.- La directiva no impone explícitamente la no celebración del contrato cuando éste sea insostenible económicamente (como hacía la Propuesta de Directiva Com (2011) 142 en su art.14), dando lugar a dos opciones: en primer lugar, deducir la prohibición de contratar²⁰⁵ de cuanto dicta el apartado 5 del art.18:“los Estados Miembros velarán por que el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato”. Ese “solo”, para quienes prefieran esta opción, colma cualquier tipo de duda: en caso de que la evaluación de solvencia indique que no es probable que se cumplan las obligaciones derivadas del contrato, el prestamista no debe conceder el crédito.

La segunda posibilidad es la de no presuponer la prohibición de contratar en virtud de interpretaciones deductivas²⁰⁶.

A continuación analizaremos las distintas posturas en ambos países.

²⁰⁵ PELLECCIA, E., “La ,direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali”, *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2016, p.206-226; ALABART DÍAZ, S., “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia”, *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios:(directiva 2014/17/UE)*. 2015. p. 223-276. Afirma también dicha prohibición, ARROYO, AMAYUELAS, E., ob.Cit., p.151. La autora, confirma además que la prohibición de contratar ha sido extendida en algunos países como Francia, Bélgica o Alemania, también a la concesión de créditos al consumo. ARROYO AMAYUELAS, E., “La política de crédito responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2018, 1 (149), p. 85 y 86.

²⁰⁶ En Francia, por ejemplo, no se prohíbe al prestamista contratar en caso de evaluación negativa. V., la Ley 2016-351 de 25 marzo de 2016 *sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d’habitation*, que modifica el Código de Consumo, artículo 313-16. CUENA CASAS, M., ob. Cit., p.2900.

En el ordenamiento jurídico italiano, con la transposición de la disciplina, el legislador se ha limitado a disponer en el nuevo art.120 *undecies* del TUB²⁰⁷, la obligación de verificar el *merito creditizio*, sin aludir a la locución “solo”. Haciendo únicamente esta referencia, los términos nos resultan bastante vagos²⁰⁸. No obstante, surge la duda de si se podría colmar esta laguna a través de la remisión a otras disposiciones.

Por ejemplo, el art.120 *novies* b)²⁰⁹, que establece la hipótesis de que cuando el consumidor no facilite la información necesaria para la realización de la evaluación de su solvencia no le será concedido el crédito. Parece, por lo tanto, que sólo en estas circunstancias tenga el prestamista la obligación de abstenerse a la celebración del contrato. Si podemos interpretar la prohibición de contratar en este supuesto, nada impide hacerlo también en el caso de un resultado negativo del test de solvencia.

²⁰⁷ Textualmente: «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate*».

²⁰⁸ TOMMASI S., *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*. Napoli, 2018, p.84; PELLECCIA, E., ob. Cit., p.201 ss.

²⁰⁹ «*Il finanziatore o l'intermediario del credito mette a disposizione del consumatore, in qualsiasi momento, un documento contenente informazioni generali chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti, su supporto cartaceo o altro supporto durevole. Il documento precisa anche: b) l'avvertimento che il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione*».

En este sentido, nos topamos con una contrariedad en el art.120 *undecies*, apartado cuarto²¹⁰, según el cual, el prestamista, antes de proceder a un aumento significativo del importe total del crédito después de la celebración del contrato, deberá evaluar nuevamente la solvencia del consumidor en base a información y datos actualizados. Se deduce que para poder erogar un aumento del importe de la financiación, el resultado de la segunda evaluación de solvencia debe ser positivo, por lo que sería absurdo que no se aplicara la misma lógica para la evaluación originaria²¹¹.

En España, al contrario, sí se ha introducido en el art.11.5 de la LCCI, el mandato del 18.5 de la MCD, estableciendo que *«el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las*

²¹⁰ En su redacción literal: «Prima di procedere a un aumento significativo dell'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni aggiornate, a meno che il credito supplementare fosse previsto e incluso nella valutazione del merito creditizio originaria».

²¹¹ Sin embargo, este último artículo sí integra la parte relativa a la posibilidad de resolución del contrato por parte del prestamista en su tercer apartado. Éste no podrá llevar a cabo esta acción, ni modificaciones en detrimento del consumidor por haber evaluado incorrectamente la solvencia o porque la información facilitada por el consumidor sea incompleta, salvo que éste último haya actuado dolosamente, dando intencionalmente menos información o falseándola. Así, el art. 120 *undecies* apartado 3: *«Il finanziatore non risolve il contratto di credito concluso con il consumatore né vi apporta modifiche svantaggiose per il consumatore, ai sensi dell'articolo 118, in ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio è stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito ai sensi del comma 1 erano incomplete, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false».*

obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato». No obstante la redacción del artículo, la doctrina no es unánime.

Para algunos autores²¹², la norma no prohíbe la contratación en caso de un resultado negativo del análisis de solvencia, en base a, principalmente, dos consideraciones: la primera, que la norma no puede anular el riesgo bancario, sino controlarlo. Es decir, prohibir la contratación no sería sano, de ahí que se piense que lo que pretende la norma con esa redacción es anular consecuencias jurídicas a la concesión de un crédito que ha obtenido un resultado negativo en el previo test de solvencia.

En cuanto a la segunda consideración, ésta encuentra su razón de ser en el hecho de que, en algunas ocasiones, el operador económico seguirá interesado en la concesión del crédito a pesar de un resultado negativo en

²¹² LUQUIN BERGARACHE, R., *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Thomson Aranzadi, 2015, p.300; CUENA CASAS, M., ob. Cit., p.2895; SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?” en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Aranzadi, 2018. p.381-401. También la doctrina francesa se muestra incierta: AUBRY, H., “Mortgage credit in France”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 4, p.175; LEGRAND, V., “La normativa francesa”, en K.J. Albiez Dohrmann, M^a L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), *Los contratos de crédito inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 238. En cuanto a la regulación autonómica, en Andalucía, por ejemplo, *sólo se le impide al prestamista otorgar crédito cuando el solicitante del mismo o el fiador se nieguen a facilitar la información necesaria, si éste es el único medio posible o pertinente para poder evaluar su respectiva solvencia*. Véase el art.13 de la L. 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 (BOJA n. 114, de 14 de junio de 2016; BOE n. 157, de 30 de junio de 2016).

base a predicciones sobre los posibles ingresos futuros del prestatario²¹³, cuya denegación constituiría un supuesto de exclusión financiera²¹⁴.

Y, otro de los aspectos tenidos en cuenta es entender que el prestamista no puede contratar cuando el test de solvencia es negativo, supondría que el prestamista actúa contra una prohibición legal lo que afectaría a la validez del contrato con el consumidor debiéndose considerar nulo de pleno derecho. La consecuencia no sería nada beneficiosa para el consumidor que se vería obligado a devolver la totalidad del préstamo²¹⁵.

Ahora bien, a juicio de quien escribe, la primera postura, es decir, la relativa a la deducción de la prohibición de contratar, parece más adecuada y lógica que la segunda por tres motivos: el primero, por la sencilla razón de que la realización del test de evaluación de solvencia es una obligación precontractual y como tal, de su incumplimiento derivan consecuencias, aunque no sean especificadas por la norma, de la misma manera que tampoco han sido delimitadas en caso de incumplimiento de la realización del test. El hecho de prohibir conceder el crédito cuando se obtenga un resultado negativo implica que la omisión del cumplimiento de tal prohibición, también desencadenaría consecuencias jurídicas, puesto que es una obligación de no hacer.

²¹³ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en Cuenca Casas, M., y Prats Albentosa, L.,(Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p.222.

²¹⁴ ÁLVAREZ OLALLA, P., “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, en M. Cuenca Casas (dir.), *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y Consumo Responsables*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 794.

²¹⁵ CUENA CASAS, M.; ob. Cit., p. 2896. En palabras de la autora, se trata de un efecto, «perverso y, como he dicho, contrario a la finalidad de la norma que se supone que es la protección del consumidor».

El segundo motivo, es la sutil manera de redactar que tiene el legislador europeo. Si para éste, una posibilidad que permitiese la concesión de crédito fuese un resultado potencialmente positivo, seguramente habría utilizado otros términos para expresarse en el mencionado artículo, sin embargo, no ha sido así²¹⁶.

El tercero lo constituye la tutela que recae de este modo no sólo sobre el cliente, sino también sobre los bancos. Es decir, si bien es cierto que la prohibición puede suponer el riesgo de no responsabilizar al deudor, que puede servirse de una litigación estratégica y oportunista para denunciar el comportamiento del prestamista; o de que se eleven los costes del crédito para los sujetos que sí que son solventes; es innegable que el prestamista no sólo está mejor informado, sino también en mejor situación de conocer los riesgos, y de este modo la prohibición no sólo protege al consumidor, puesto que también previene a la banca de prestar en exceso, aprovechándose de la asimetría informativa negocial²¹⁷.

En cualquier caso, no se trata de una prohibición absoluta, podemos hablar de un control de solvencia que sea flexible, es decir, la incapacidad

²¹⁶ Los términos del art. 18.5, expresan sin duda un mandato imperativo para que los prestamistas se abstengan de concluir el contrato, en línea con cuanto expresado en el Considerando 57. Además, la redacción a la que hacemos mención es idéntica en otras versiones lingüísticas de esta directiva; así por ejemplo en la inglesa: «*Member States shall ensure that: (a) the creditor **only** makes the credit available to the consumer [...]*»; la portuguesa: «*Os Estados-Membros asseguram que: a) O mutuante só disponibilize o crédito ao consumidor [...]*»; o francesa: «*le prêteur accorde **uniquement** le crédit au consommateur si le résultat de l'évaluation de la solvabilité indique que les obligations découlant du contrat de crédit seront vraisemblablement respectées conformément à ce qui est prévu par ledit contrat*».

²¹⁷ RAMSAY, I., "Regulation of consumer credit", en G. Howells et al. (eds.): *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham, p.394-395; ARROYO, AMAYUELAS, E., ob. Cit, p. 157.

de devolver un determinado crédito no supone necesariamente no poder devolver otro. De hecho, pueden otorgarse cantidades más pequeñas, acordar plazos más largos de devolución, y/o reducir los intereses a pagar.

Si se mantiene esta postura, resulta evidente que la redacción del art.18 supone un paso hacia delante, un cambio significativo respecto al art.8 de la Directiva 2008/48/CE, justamente por el nexo de funcionalidad necesaria entre la evaluación de la solvencia y la consiguiente decisión de erogar o no el crédito²¹⁸.

4.- Régimen sancionador: situación general.- El punto espinoso de todo este tema es la regulación del régimen sancionador en caso de incumplimiento de esta obligación precontractual por parte del prestatario.

La directiva 2014/17/UE contempla la posibilidad de que el consumidor falsee la información requerida con la finalidad de obtener el crédito, de ahí que establezca este hecho como criterio para denegárselo²¹⁹; esa sería su sanción por no haber obrado diligentemente.

²¹⁸ Su justificación la hallamos en las peculiaridades del contrato de crédito para la adquisición de bienes inmuebles y en su incidencia en la esfera patrimonial y personal del consumidor. TOMMASI S., *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*. Ob.Cit., p.81; PELLECCIA, E., “La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali”, ob.Cit. p.210 y ss.

Además, según escribe VANNEROM, J., en “Towards a European Single Market for Mortgage Credit: from scratch to?” *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2 2015, p.310; «la mayor innovación reside en el deber explícito de abstención».

²¹⁹ Art.20.4 de la Directiva: «El prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al consumidor que, cuando el prestamista sea incapaz de llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo

De hecho, la Directiva sólo prevé remedios de derecho civil para el prestamista cuando el consumidor miente sobre su solvencia con el fin de obtener crédito. De ser así, aquél podría anular o rescindir o modificar el crédito. No obstante, no basta con que el consumidor le haya entregado información incompleta o incorrecta, sino que se exige que lo haya hecho con ánimo de defraudar²²⁰.

Sin embargo, nada estipula en caso de que la conducta negligente sea de quien concede el crédito.

Es posible que se conceda el crédito cuando se haya obtenido un resultado negativo en el análisis de solvencia, cuando se haya obtenido un resultado aparentemente positivo aunque erróneo por hechos no imputables al consumidor o cuando ni si quiera se haya llevado a cabo la requerida evaluación. En tales hipótesis se permite que el consumidor siga disfrutando del crédito, sin que la norma estipule la posibilidad de que rescinda su contrato, no obstante sea probable que para entonces éste no pueda devolver el importe concedido.

El alcance del incumplimiento de la evaluación de solvencia ha sido aclarado por el Comité económico y Social Europeo²²¹: *«el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia debería ser evitar el endeudamiento excesivo. En caso de impago el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista».*

dicha evaluación, el crédito no podrá concederse». Además, también podrá denegar el crédito incluso cuando el resultado del análisis de solvencia sea positivo.

²²⁰ Art.18.4 de la Directiva.

²²¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial».

No obstante, este reconocimiento explícito de responsabilidad en caso de una evaluación de solvencia, - como se acaba de citar, *mediocre* -; por un lado, no establece los medios a través de los cuales hacer efectiva esta responsabilización; y por otro, no implica, lógicamente, que el prestamista asuma las consecuencias de toda situación de incumplimiento por parte del deudor²²².

De este modo, cuanto afirmado hasta ahora, nos lleva a cuestionarnos lo siguiente: ¿por qué la dinámica instaurada es la de no especificar remedios para el consumidor?; ¿qué efectos tienen en derecho privado esas negligencias, si es que los hay?.

El origen del problema, es decir, de que nada se especifique sobre las sanciones, lo encontramos en el hecho de que inicialmente la obligación de evaluar la solvencia del consumidor se encuadraba en el ámbito de la supervisión bancaria, sin ser una medida directa de tutela del cliente bancario, sino un instrumento de supervisión administrativa de las entidades financieras para generar confianza en el sistema, lo cual sí favorece indirectamente al consumidor²²³.

La normativa de supervisión, aunque beneficie de manera indirecta al cliente bancario, estando destinada a garantizar la solvencia de las propias entidades financieras, no son suficientes como herramienta de tutela, y la

²²² Así lo expresa el Considerando 56 de la Directiva: «*la evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*».

²²³ GALLEGO, E., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, ob. Cit., p.208. En el mismo sentido, BALBUENA, RIVERA, M., “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio”, en Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p.117-180.

crisis financiera lo ha demostrado, porque precisamente por este último motivo, los organismos de supervisión no actuaron.

Se trata de algo lógico si tenemos en cuenta que las infracciones de la regulación se sancionaban con multas que perjudicaban la solvencia de las mismas entidades²²⁴.

Así, el deber de evaluar la solvencia se incorpora en normas prudenciales²²⁵ cuyo objeto es el control y supervisión del sistema bancario en su conjunto. De hecho, son las únicas normas que menciona el Cdo.57 de la MCD²²⁶, provocando que aparentemente las sanciones administrativas puedan ser una medida de responsabilidad suficiente, (establecidas en base a la gravedad de la infracción).

Ya la Directiva 2008/48/CE, (siguiendo con la dinámica del legislador europeo) dejaba a los Estados miembros discrecionalidad para regular tal disciplina²²⁷, siempre que las medidas que adoptasen fueran eficaces,

²²⁴ CUENA CASAS, M., Ob.Cit.; p.2881.

²²⁵ Sobre la eficacia civil de las normas prudenciales, vid. CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, en *La Ley*, n.8636, 2015, p.7-10.

²²⁶ «Los Estados miembros deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia».

²²⁷ En particular, mientras que el legislador italiano ha optado por dejar intacta esa discrecionalidad ofrecida por la directiva sobre crédito al consumo, en España, se hace una remisión al TRLGDCU. En el ordenamiento italiano, la falta de previsión de una sanción administrativa – o no - específica, quiere decir que el mandato de la directiva en base al cual corresponde a los estados miembros la imposición de ese régimen sancionador a través de medidas eficaces, proporcionales y disuasorias, no se ha transpuesto. Sin embargo, lógicamente es un obstáculo superable a través del recurso a la interpretación del lector, quien deberá individuar las consecuencias civiles de la violación de tal obligación, siempre en base a los principios centrales del derecho civil,

proporcionales y disuasorias²²⁸. Entendiendo por efectividad, que su resultado se concrete en el plano material; por proporcionales, que evaluando el caso en concreto y no imponiendo sanciones en abstracto,

primando entre ellos, el de la buena fe contractual. FUCCI K., “La riforma del credito ai consumatori finalizzato all’acquisto degli immobili residenziali”, en *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, commentario alla Direttiva 2014/17/UE*, a cura di Sirena Pietro, p.385. En España, según el art. 34 de la Ley de créditos al consumo, relativo a las infracciones y sanciones administrativas, se determina que «*El incumplimiento de las disposiciones de esta Ley por personas físicas y jurídicas distintas de las previstas en el apartado 2 será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general de protección de los consumidores y usuarios previsto en el Título IV del libro primero del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y demás normas aplicables, así como en las normas establecidas en las leyes autonómicas correspondientes*». Y en su segundo apartado, que «*No obstante, el incumplimiento de las disposiciones relativas a la información previa al contrato, según establece el artículo 10, y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor prevista en el artículo 14, siempre que no tengan carácter ocasional o aislado, se considerarán como infracciones graves, pudiendo ser en su caso consideradas como infracciones muy graves atendiendo a los criterios previstos en el artículo 50 del citado Texto Refundido*».

²²⁸ Art.23 de la norma. En cuanto a la cuestión de las características de las sanciones en jurisprudencia europea: sentencia del TJUE de 25 de abril de 2013, Asunto C-81/12, tJCe 2013/190, en particular, el punto 63. Ver también Sentencia TJUE de 22 de abril de 1997, Asunto C-180/90, TJCE 1997\82, Consideraciones 24, 25 y 39; SJTUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto C-101/01, TJCE 2003\368, Consideraciones 75, 87, 88; sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007, Asunto C-430/05, TJCE 2007\184, puntos 53, 54, 55; STJUE de 16 de diciembre de 1992, Asunto C-201/91; STJUE de 8 de junio de 1994, Asunto C-383/92, TJCE\1994\96, Considerandos 42 y 56 a 58; STJUE de 22 de abril de 1997, Asunto C-180/95, TJCE 1997\82, Considerando 40.

éstas correspondan con la gravedad o no del hecho²²⁹; y por disuasorias, que provoquen el cese del acto o conducta en un futuro²³⁰.

Con la MCD, el panorama no ha cambiado. La Directiva, como anticipábamos, nada impone al respecto, dejando discrecionalidad a los Estados Miembros para que transpongan la obligación de los prestamistas de actuar de manera responsable, y las consecuencias de no hacerlo, por medio del Derecho civil o del Derecho penal²³¹.

4.1.- Régimen sancionador: ¿un abanico de posibilidades?.- Una de las primeras opciones que se puede plantear dentro del escenario del régimen sancionador es la nulidad del contrato. Sin embargo, la descartamos rápidamente, independientemente de que se considere o no que hay una prohibición de contratar en caso de resultado negativo de solvencia, por las siguientes razones: en caso de que se deduzca la prohibición de contratar, el hecho de incumplir una norma prohibitiva no tiene por qué implicar la nulidad²³². Y en segundo lugar, si no se es

²²⁹ Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión: «(...) *las medidas administrativas o sancionadoras no deben sobrepasar lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y las modalidades de control no deben implicar sanciones tan desproporcionadas con la gravedad de la infracción que constituyan un obstáculo a las libertades reconocidas* (...) STJUE, Asunto C-201/91, 1992\213.

²³⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., “La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. Comentario a la STJUE, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto c-565/2012, *Le crédit Lyonnais SA v Fesih Kalan*”; *La Ley /Unión Europea*, n.º 16, Editorial La Ley, junio, 2014: «(...) *para ser disuasoria, tiene que producir un efecto preventivo en el sentido de que quienes las sufran y sus homólogos se abstengan, en vista de las posibles sanciones, de repetir prácticas similares en el futuro*».

²³¹ Considerando n.83 de la directiva.

²³² Arroyo Amayuelas, E., ob. Cit., p.163. En el mismo sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Las nulidades de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 25-28; CARRASCO PERERA, Á.; *Derecho de contratos*, Aranzadi,

partidario de una prohibición de contratar, es precisamente porque parte de la doctrina, en este caso nos referimos a la española, sostiene que los efectos de tal prohibición, contrariamente a cuanto se acaba de exponer, supone por fuerza la nulidad del contrato, y es un efecto nocivo para el consumidor²³³.

Además, el hecho de que el régimen sancionador previsto en algunos países como España, sea el disciplinario administrativo, implica que la violación de ese deber de no contratar en caso de resultado negativo, supone que al no contar con normas de rango legal, no puede hacerse valer la nulidad²³⁴. La posibilidad de la nulidad como efecto del

Cizur Menor, 2010, p.724 (a propósito de la infracción de deberes precontractuales de información).

²³³ Es decir, el prestamista actuaría en base a una prohibición legal, y para que fuese así, debería contenerse en una norma de rango legal y no prudencial, como es el caso; y siendo de este modo, afectaría a la validez del contrato en base al art. 6.3 del cc (a tenor del cual «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*»), ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista del Derecho de Mercado Financiero*, n.43, 2013, p.20. También hay quien entiende que la concesión de un préstamo con test negativo de solvencia provoca la anulabilidad del contrato por error o incluso dolo, pudiéndolo resolver en base al artículo 1265 CC. En este sentido, DE LA PEÑA, L., y LÓPEZ FRÍAS, J., “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *Revista de derecho bancario y bursátil*. núm. 130, p.47-78. Considera posible una nulidad parcial (que implicaría modificación del contrato); Anderson, M., “La Directiva 2014/17, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español”, en Arroyo Amayuelas y Serrano de Nicolás (dirs.): *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2016, p.57.

²³⁴ GALLEGO SÁCHEZ, E., ob. Cit., p.232. El autor entiende que el incumplimiento absoluto del deber de evaluar la solvencia no da lugar a la nulidad del contrato.

incumplimiento, también ha sido descartada en otros países como Italia²³⁵, Alemania²³⁶, o Portugal²³⁷. En cualquier caso, creemos que la nulidad no podría considerarse una sanción proporcionada, ni efectiva, ni disuasoria.

En cuanto a **la privación de intereses**, o su reducción, ésta formaba parte del articulado de la Propuesta de Directiva sobre crédito al consumo del año 2002, que sancionaba al prestamista con la pérdida de los intereses convencionales²³⁸, aunque como se puede apreciar, el legislador europeo rechazó la medida no sólo en la Directiva 2008/48, sino también, en la Directiva 2014/17.

A pesar de ello, es una solución aplicada en países como Francia, donde el juez puede privar de todo o parte de los intereses remuneratorios si el prestamista no evalúa la solvencia; y en caso de que lo haga, pero sin respetar las condiciones legalmente previstas, puede imponer ciertos límites cuantitativos a esa privación²³⁹. Sin embargo, no se trata de una medida disuasoria para el TJUE, órgano que sostiene que para ello sería conveniente que se perdieran también los intereses de demora²⁴⁰. Bélgica

²³⁵ En Italia, BARGELLI, E y DONADIO, G., “The Impact of Directive 2014/17 in Italy”, en Anderson M. y Arroyo Amayuelas E. (eds.): *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe: Contrasting Views from Member States*, Europa Law Publishing, 2017, p. 318.

²³⁶http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.html.

²³⁷ MORAIS CARVALHO, J., *Manual de Direito do Consumo*, 4ª.ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 373

²³⁸ Art. 31 (2).

²³⁹ El acreedor sólo podría perder un máximo del 30% de los intereses, sin perjuicio de que pueda ser multado con hasta 30.000 euros y sancionado con posible pérdida licencia; V. *Code de la Consommation*, arts. L-312-16 (obligación de valorar la solvencia) y L. 341-27, L. 341-28, L. 341-31, L. 341-33 (sanciones). Sobre el panorama francés, vid. AUBRY, H., “Mortgage credit in France”, ob. Cit., p. 175-176; Legrand V; ob. Cit., p. 238.

²⁴⁰ STJUE C 565/12, de 27 de marzo de 2014, Crédit Lyonnais (§ 55).

sí contempla la posibilidad de privar al prestamista de todo o parte de los intereses moratorios²⁴¹.

Sin embargo, esta medida en el ordenamiento jurídico alemán²⁴², no ha sido acogida²⁴³, para dar cabida al **reembolso anticipado del crédito**. El prestatario puede poner fin al contrato en cualquier momento sin previo aviso y sin que ello comporte una penalización por reembolso anticipado²⁴⁴. Instrumento que otros ordenamientos jurídicos como el italiano, rechazan²⁴⁵.

²⁴¹ El juez puede condenar al prestamista a un pago único en concepto de indemnización de un máximo de un 40% de todos los intereses del crédito, siempre que la cuantía prestada sea inferior o igual a 20.000 euros; y de un máximo del 30%, si es superior. *Code de Droit économique*, arts. VII.201, VII.209.

²⁴² En España, por su parte, aunque no haya sido la solución adoptada por el legislador, hay parte de la doctrina que se muestra partidaria. Vid. DÍAZ ALABART, S., en Díaz Alabart y Represa Polo, ob.Cit., p. 237; MAYORGA TOLEDANO, M. C., “Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente”, en M^a S. Flores Doñay J. T. Raga Gil (dirs.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 373; CUENA, CASAS, M., ob. cit., p. 2899. Sobre el panorama alemán, FERRETTI, F., SALOMONE, R., SUTSCHET, H., y TSIAFOUTIS, V., “The regulatory framework of consumer over-indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: comparative profiles of responsible credit and personal insolvency law”, Parte I, *Business Law Review*, Issue 2, 2016, p.68.

²⁴³ La ley prevé la posibilidad de reducir *ipso iure* los intereses que hubiera obtenido el prestamista si en lugar de conceder el crédito, hubiese destinado el capital a una inversión segura, en los términos que se describen en la norma. § 505d, 3 BGB, § 505d (1) BGB; Artz: § 505d BGB, en *Bülow y Artz: Verbraucherrecht*, Rn 6.

²⁴⁴ § 505d BGB; FERRETTI, F., SALOMONE, R., SUTSCHET, H., Y TSIAFOUTIS, V., ob. Cit, p. 68.

²⁴⁵ BARGELLI, E Y DONADIO, G., “The Impact of Directive 2014/17 in Italy”, ob. Cit, 2018, p.319 y ss.

La última alternativa es la relativa a la **culpa in contrahendo**, osea, la reclamación de responsabilidad civil contractual al prestamista la infracción de un deber precontractual. Ésta encuentra apoyo doctrinal, por entenderse razonable, tanto en España²⁴⁶ como en otros países²⁴⁷.

4.2.- Solución adoptada en Italia.- En el caso italiano, el legislador ha permanecido en silencio con la transposición de la MCD, puesto que da vía libre al regimen sancionador en cuanto al incumplimiento de la obligación precontractual de evaluación de solvencia de los adquirentes de un bien inmueble.

Parte de la doctrina opta por seguir con la tendencia jurisprudencial sobre la violación de los deberes de información, pero ésta no parece resolutive puesto que conviven dos tesis: la que hace derivar de la violación de la obligación la nulidad del contrato, y la tesis en base a la

²⁴⁶ En España, DÍAZ, ALABART S., ob. cit., p. 235y 236; ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2015, 2, p.20 y 21; ÁLVAREZ LATA, N., “Artículo 14. Obligaciones de evaluar la solvencia del consumidor”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014. p. 578-615. MÚRTULA LA-FUENTE, V., *Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo*, en Parra Lucán, M.A., *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Aranzadi, 2014, p.80.

²⁴⁷ Para una visión en otros países, como Malta (sólo si la negligencia del prestamista es grave), Polonia o Reino Unido: Anderson y Arroyo Amayuelas (eds.): *The Impact....*, ob. cit., p.353, 398, y 182, respectivamente. En Alemania sin embargo, son más rehacios a optar por esta solución. En este sentido, HARNOS, R., “Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung“, *Juristenzeitung*, 2017, 11, p. 552-559. También se discute sobre la cuestión en Polonia, HADBAS, M.: “Implementing the Mortgage Credit Directive 2014/17 in Poland. Challenges and Dilemmas”, en Anderson y Arroyo Amayuelas (eds.), ob. cit., p. 398.

cual tal violación supone un presupuesto de responsabilidad por incumplimiento que genera una obligación resarcitoria²⁴⁸.

Por otro lado, es posible considerar la solución al incumplimiento de la evaluación de la solvencia bajo la perspectiva de su función, que como hemos visto no deja de ser la de proporcionar información personalizada al consumidor en base al art.124.5 del T.u.b., con la consecuencia de que la responsabilidad del financiador tendrá lugar sólo cuando la falta o la ambigüedad de la evaluación de la solvencia perjudique la información personalizada que debe ofrecerse al consumidor.

En cualquier caso, en Italia, la elección ha sido el no acoger o no aprovechar esa oferta de discrecionalidad del legislador europeo, y por lo tanto dejar un vacío normativo por no especificar ninguna medida sancionadora ni eficaz, ni proporcional, ni disuasoria.

²⁴⁸ Tendencia que ya se dejaba ver en la temática del crédito al consumo, que negaba radicalmente la posibilidad de la invalidez del contrato puesto que se trata de reglas de comportamiento, legitimando únicamente el resarcimiento del daño. En jurisprudencia: Cass., sez.un.,19 dicembre 2007, n.26724; Cass., sez.un., 19 dicembre 26725, en Giur.It.,2008, p.347. En el mismo sentido: PIETROBON,V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990,p.104; PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p.250 y ss.

La doctrina diverge en cuanto a las posibles sanciones erogables, entre la invalidez²⁴⁹ o el resarcimiento. Para algunos autores, la mejor opción sería la denominada «nulidad virtual o de protección»²⁵⁰.

No obstante, esta tesis parece poco plausible puesto que, para recurrir a la nulidad es necesario que todo el contrato sea contrario a la norma. Es decir, si es sólo el comportamiento negligente de una o ambas partes, en fase de formación del contrato en este caso, será ilícita sólo esa conducta, sin comportar por ello la nulidad del contrato ni su ilicitud²⁵¹.

De este modo, se pronuncia también el *Arbitro Bancario Finanziario*²⁵², que puntualiza textualmente que la obligación de la banca de evaluar la solvencia del consumidor es un deber específico de protección frente a la otra parte, cuya violación determina el derecho del cliente de ser resarcido del daño ocasionado. En cualquier caso, la violación del art.124-bis del Tub no puede determinar la anulabilidad del contrato de financiación, considerando que tal sanción no ha sido

²⁴⁹ Comparten la opinión de que la violación de los deberes precontractuales de información pueden condicionar la validez del contrato: ACHILLE, D., “Contratto di intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d’informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell’intermediario”, en *Riv. trim.*, 2008, p.1478; PERLINGIERI, G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 cod. civ.*, Napoli, 2003, p. 97; Id., *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento ed i validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, passim; PROSPERI, F., *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, en Aa. Vv., *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 569 y ss.

²⁵⁰ LA ROCCA, S., *L’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore nelle posizioni di debito e di credito*, a cura di V.Rizzo, E.Caterini, L.Di Nella e L.Mezzasoma, Napoli, 2010, p.226.

²⁵¹ D’AMICO, G., “Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)”, *I Contratti*, 7, 2009.

²⁵² *Collegio di Roma, Decisione 4440*, 20 agosto 2013.

estipulada por el legislador y generalmente no es aplicable más allá de los casos previstos en la ley.

Sin embargo, es indiscutible que por la violación de una obligación precontractual, como es la evaluación de solvencia, tiene lugar la lesión de un derecho individual, que se configura por lo tanto, como un daño resarcible, puesto que puede exponer al perjudicado al sobreendeudamiento, imposibilitando que cumpla con su deber de restitución del préstamo.

En Italia, por ejemplo, la falta de previsión de una específica sanción administrativa, se traduce²⁵³, en el hecho de que la previsión de la directiva no se ha transpuesto, como tampoco se hizo con el mandato de la directiva sobre el crédito al consumo, y por ello, se trata de un obstáculo superable a través de la visión del intérprete, correspondiendo a éste determinar las consecuencias civiles de la violación de la obligación de evaluar correctamente o actuar consecuentemente en base a un resultado negativo de solvencia, siguiendo los principios que gobiernan el derecho civil, por excelencia el de la buena fe. De hecho, el Arbitrato bancario

²⁵³ Fucci, K., “La riforma del credito ai consumatori finalizzato all’acquisto degli immobili residenziali”, ob. Cit., p.386 y ss. En su versión original: *Nel nostro ordinamento la mancata previsione di una specifica sanzione amministrativa a carico di quell’ente finanziatore che, nelle operazioni di credito al consumo, non proceda alla verifica del merito creditizio si traduce nella amara constatazione che l’anzidetta previsione - di cui all’art. 23 della direttiva del 2008 - non sia stata minimamente recepita. L’impasse resta, comunque, superabile attraverso l’attività dell’interprete spettando, a lui soltanto, il compito di individuare le conseguenze civilistiche causate dalla violazione della disciplina di diritto bancario, anche alla luce dei principi cardine che governano il nostro diritto civile, quale - in primis - il precetto di buona fede che informa l’intera materia delle obbligazioni.* También, SIRENA, P., “Introduzione. Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento”, en Sirena, P. (cur.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Comentario alla direttiva 2014/17/UE*, Grupo24ore, Milano, 2016, p. 8

financiarario se ha pronunciado en este sentido, colmando cualquier duda, determinando que en la realidad actual del ordenamiento jurídico italiano, la información del cliente en la fase precedente a la estipulación de un contrato de financiación no puede considerarse una especie de consejo, sino que constituye la prestación de un verdadero servicio de asesoramiento profesional, y en cualquier caso el cumplimiento de un deber específico de protección respecto a la otra parte contractual; y por lo tanto, sin duda, la violación de dicha obligación presupone el derecho del cliente de ser resarcido del daño que se le ocasione²⁵⁴.

4.3.- El escenario español.- Según la normativa española²⁵⁵, la infracción por parte de las entidades bancarias de las normas sobre

²⁵⁴ ABF, *Collegio Roma*, decisione n. 4440 del 20 agosto 2013

²⁵⁵ En cualquier caso, es el artículo 44 de la LCCI, el que se ocupa del regimen sancionador en caso de violación de las disposiciones legales previstas. Según éste, «*Las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores. En sus relaciones con el prestatario, los intermediarios de crédito, sus representantes designados, las sociedades tasadoras, los tasadores colegiados y los prestamistas inmobiliarios también están obligados por la legislación sobre derechos de los consumidores y usuarios. Y, Cualquier pacto entre el prestatario y los prestamistas, intermediarios de crédito o sus representantes designados cuya finalidad, o efecto sea reducir o menoscabar en cualquier forma la protección otorgada por esta Ley, se considerará nulo de pleno derecho*». Además en el art.45, dedicado a las obligaciones tuitivas y disuasorias de las Administraciones Públicas, se establece que éstas «*velarán en todo momento por la correcta aplicación de la legislación en materia inmobiliaria e hipotecaria, especialmente en lo concerniente a las operaciones inmobiliarias sobre vivienda habitual o en las que sean partícipes los consumidores, adoptando las medidas de disuasión y sanción previstas en la Ley para evitar actuaciones irregulares*

evaluación de solvencia del cliente bancario, darán lugar a una responsabilidad disciplinaria administrativa.

Sin embargo, la demanda de responsabilidad civil²⁵⁶ puede ser un inconveniente puesto que si trata de proteger a una parte débil y además, insolvente en caso de que le fuese concedido el crédito incluso después de haber obtenido un resultado negativo, cabe entender que no gozará de recursos suficientes como para demandar a una entidad financiera, por no hablar, además, del tiempo necesario hasta terminar el proceso.

Ello quiere decir , que no afectará a la validez y eficacia del contrato de crédito hipotecario, para lo cual sería necesaria una norma de rango

por parte de intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados, sociedades tasadoras y los prestamistas inmobiliarios». En los artículos siguientes el legislador define los distintos tipos de infracción, para indicar posteriormente, en el art.47.3 que «la determinación de las sanciones se ajustará a los criterios previstos en el artículo 103 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito». La novedad en este ámbito la constituye el nuevo apartado quinto del citado artículo, a tenor del cual, «la apertura de un expediente sancionador no limitará ni afectará en modo alguno a las acciones que los prestatarios puedan iniciar exigiendo la responsabilidad del intermediario. De igual modo, la apertura de un expediente sancionador no limitará las acciones que el prestatario pueda iniciar frente al prestamista».

²⁵⁶ Muy bien explicada en ARROYO AMAYUELAS, E.,ob. Cit., p.168 y 169; donde describe como exige probar la relación de causalidad, esto es, que una vez realizado el control de solvencia y comunicado sus resultados al consumidor, éste nunca hubiera concluido el contrato y cómo el juez podría presumir la culpa, siendo el contrato el propio daño; y como consecuencia, «el juez debería tener en cuenta la diferencia que idealmente podría existir entre el efectivamente concluido y el que realmente el consumidor podía haberse permitido; y si el consumidor no hubiera tenido capacidad de devolución alguna ya en el momento de contratar, entonces probablemente habría que entender que el préstamo sería inexigible y el deudor quedaría liberado de la devolución del capital e intereses y además podría reclamar la devolución de todos los gastos».

legal que limitase la libertad de contratación, según una parte de la doctrina²⁵⁷. Sin embargo, para otra, las normas sobre transparencia y protección del cliente bancario tienen carácter imperativo e integrarían el contrato celebrado con el cliente bancario, dando lugar a la nulidad del contrato o de la cláusula contractual que vulnera dicho límite²⁵⁸, y la infracción de estas normas sí trascendería a la relación contractual entablada entre el cliente y la entidad de crédito.

Sin olvidar que se trata de normas prudenciales y normas de conducta, otra parte de la doctrina, apoyándose en tal distinción, sostiene que su infracción carece de trascendencia negocial, por lo que sólo debería tener consecuencias administrativas²⁵⁹. Sin embargo, considerando la evaluación de solvencia una medida financiera con claros efectos contractuales²⁶⁰, teniendo en cuenta que la directiva contiene un mandato implícito de que las normas prudenciales se dirigen a la protección directa al consumidor, y que la obligación del prestamista no es de resultado, sino

²⁵⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E. “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, ob. Cit., p.229 y ss; ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a costes asociados y obligación de transparencia*, Bosch, Barcelona, 2014, p.82.

²⁵⁸ NAVARRO, CASADO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”. *Diario La Ley*, 1, 2015.

²⁵⁹ ORDÁS ALONSO M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014; GALLEGO SÁNCHEZ E., La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia, ob. Cit., p. 207 y ss.

²⁶⁰ También existen reflejos jurisprudenciales en este sentido: STJUE, 9 noviembre 2016 (C-42/15) ; STJUE, 27 de Marzo de 2014 (C-151/13).

que se mide únicamente en función de su diligencia, parece más que acertada la elección del derecho civil basada en la reparación del daño al consumidor, a través de la vía indemnizatoria²⁶¹. Lógicamente, la determinación del grado de diligencia de las actuaciones efectuadas por las entidades de crédito le corresponde a los Tribunales, los cuales deberán servirse de preceptos legales que determinen cómo deben llevarse a cabo tales obligaciones. El problema es que la cuestión aún no se ha concretado.

5-. Algunas reflexiones.- Tradicionalmente, el sector de la vigilancia bancaria siempre se ha caracterizado por la finalidad de garantizar estabilidad y seguridad financiera, mientras que el derecho privado se centra en tutelar intereses individuales. Si bien es cierto que tal diferencia ha cambiado a causa de la extensión de la finalidad de la vigilancia bancaria a la transparencia contractual y, por lo tanto a la tutela del cliente/consumidor, aparentemente siguen siendo dos contextos normativos separados que necesariamente interfieren el uno en el otro.

Sin embargo, es evidente que la obligación de analizar la solvencia trasciende tanto en la esfera de la entidad que eroga el crédito como en la del consumidor; lo que a su vez implica reconocer cómo se articulan contextualmente los ámbitos público y privado, es decir, la tutela civil con la labor de la vigilancia bancaria. Es necesario por lo tanto, el deber de contemplar a ambos desde una perspectiva global y de interpretación común, coherente con la pluralidad de los intereses protegidos.

Entonces, siendo innegable que las medidas sancionatorias de Derecho público deben coexistir con los remedios de Derecho privado, parece

²⁶¹ Solución adoptada en Italia (vid ABF, Colegio de Roma, n. 4440, 20 agosto 2013).

lógico incorporar tanto el deber de evaluar la solvencia como la prohibición de conceder crédito, además de en normas prudenciales, también en los respectivos códigos civiles²⁶².

Por todo lo anterior, es una necesidad inminente que la obligación de evaluar la solvencia deje de ser funcional sólo a las exigencias del mercado. Aunque tras los intentos proteccionistas del legislador europeo, basados en reforzar los deberes de conducta de las entidades de crédito, el nivel de información, consolidar a largo plazo una educación financiera eficaz, e individualizar determinadas obligaciones para los financiadores; el problema persistirá, porque si bien estas iniciativas sirven para tutelar al consumidor, no son, en realidad su finalidad. La solución de la ecuación no debería ser: tutelo al consumidor para un buen funcionamiento del mercado; sino, al contrario, tutelemos al mercado, en este caso del crédito inmobiliario, para tutelar al consumidor. Será entonces cuando realmente se tendrá consciencia de la trascendencia civil y social de esta compleja materia.

En parte, todo se debe al origen. El tipo de sistema económico en el que se ha basado la transición de lo que hoy es la Unión Europea, se fundó en el ordoliberalismo y en su concepto de economía social de mercado, a partir del cual los principios de libre mercado (propiedad privada y libertad contractual), están limitados por intervenciones estatales que condicionan las libertades económicas con la finalidad de evitar fallos en el mercado. Esto no quiere decir que las políticas europeas se desentiendan de la dimensión social de la economía, sino que ésta desempeña el papel de instrumento, no de finalidad, que sigue siendo el buen funcionamiento del mercado financiero y la estabilidad económica. El mencionado intervencionismo estatal implica el reconocimiento de

²⁶² ARROYO AMAYUELAS E., ob. Cit., p.161.

derechos y deberes imputables a los consumidores y a las empresas, que se traducen en situaciones jurídicas subjetivas que, como tales, pueden hacerse valer judicialmente, por lo tanto, es irremediable que la regulación del mercado interfiera en el núcleo del derecho privado.

No obstante, parece que hasta que no se inviertan los papeles del juego, y la tutela de los intereses individuales se convierta en una finalidad y no en un instrumento para conseguir un objetivo meramente económico, la orientación del legislador europeo no cambiará, y la tutela de los consumidores/clientes bancarios seguirá siendo solamente preventiva. Un claro ejemplo de ello es, como hemos visto, que las obligaciones precontractuales impuestas a las entidades crediticias como la evaluación de la solvencia, carezcan de sanciones claras estipuladas directamente en la norma, dejando esa parte a la discrecionalidad de los Estados miembros, generando de ese modo niveles de tutela desiguales entre los ciudadanos de la Unión.

CAPITULO IV

LA RAZONABLE TOLERANCIA

1.-Introducción; 2.- La razonable tolerancia.-; 3.- De la prohibición del pacto comisorio al pacto marciano: un hueco necesario para la autotutela; 3.1.- El pacto comisorio: el rechazo.-; 3.2.- El pacto marciano: este sí.- 3.2.1.- Algunos ejemplos actuales de su admisibilidad.- 4.- El art.120 quinquiesdecies del T.u.b.-; 5.- El incumplimiento del acreedor.-; 6.- La no transposición española: ¿una interpretación distinta?.-; 7.- Algunas consideraciones.-

1.- Introducción.- La última parte de la directiva 17/2014 en la que nos vamos a detener en esta investigación es la referente a las demoras y la ejecución hipotecaria. Ésta, la ubicamos en el capítulo X de la mencionada norma, relativo a la Correcta ejecución de los contratos de crédito y derechos conexos.

El motivo principal del análisis de esta parte de la directiva es el de comprender la *ratio* de tan complejo precepto, que, por un lado, como veremos a continuación, tiene como objetivo ayudar al deudor en situación de dificultad, y sin embargo, por el otro, puede llegar a penalizarlo.

Se trata de una disposición realmente ambigua. Un artículo, el 28, que propone distintas posibilidades, facultativas entre ellas y también contradictorias, lo cual ha permitido a los Estados miembros diversas estrategias de recepción y actuación, y ha hecho que la individuación de la solución normativa resulte algo complicada.

El legislador europeo ha optado por una redacción gradual para este artículo. Como si de una pirámide escalonada se tratase, en el vértice, es decir en su primer apartado establece el que sería el principio general que deben respetar los ordenamientos nacionales y en el que se deben basar el resto de mandatos del artículo en cuestión. Cualquier acción de las descritas en este artículo deben llevarse a cabo con una razonable tolerancia, entendiendo que se trata de un comportamiento finalizado a tutelar al consumidor, a través del cual el legislador intenta dar solución a la problemática expuesta en su considerando n.3. Es decir, los importantes niveles de deuda que mantienen los consumidores de la Unión, gran parte de la cual se concentra en créditos relacionados con bienes inmuebles de uso residencial.

Así, debido a la crisis del mercado inmobiliario, la excesiva duración de los procesos ejecutivos, y las dificultades que encuentran las entidades financieras para recuperar los créditos, el legislador europeo se ha visto obligado a introducir nuevos instrumentos de tutela que pueden poner en duda principios civiles ya consolidados en tema de responsabilidad y garantías patrimoniales en los códigos y abrir debates sobre la autotutela de los derechos. Por este motivo, en el desarrollo de este capítulo mostraremos especial atención a la previsión del art.28.4 de la Directiva.

2.- La razonable tolerancia.- El primer apartado del artículo 28 de la MCD, parte estableciendo que *los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*. De una primera lectura podemos afirmar que la sensación que da, a nuestro juicio, es la de la ambigüedad: ¿qué significa mostrarse razonablemente tolerante? ¿cómo pueden los Estados Miembros alentar a comportarse de esa manera a los

prestamistas? ¿qué consecuencias tiene no hacerlo, si es que las hay?. Estas son algunas de las cuestiones que la formulación del artículo puede generar, aunque no deja lugar a dudas el por qué de este deber de actuación: evitar situaciones de sobreendeudamiento²⁶³ que lleven a procedimientos de ejecución hipotecaria.

Tras el trabajo desarrollado hasta ahora, y sin ánimo de adelantarnos a las conclusiones, podemos destacar una característica de las normas relativas al crédito inmobiliario, y es que son de carácter personal; es decir, el legislador ha intentado personalizar la relación entre deudor y acreedor incluso en los casos de incumplimiento por parte de ambos.

Un ejemplo claro de ello es la previsión, tanto en legislación italiana como española, de que el financiador deba adoptar procedimientos para gestionar las relaciones con los consumidores que se encuentren en una situación de dificultad, teniendo en cuenta no sólo el estado de necesidad que le ha llevado a incumplir, sino también, la posición de debilidad contractual de éste, como causa indirecta del incumplimiento. No se trata por tanto de una regulación de incumplimiento rígida respecto a las condiciones económicas de las partes²⁶⁴.

²⁶³ PACILEO, P. *Il sovraindebitamento del debitore civile: analisi comparata dei principali modelli europei*. G Giappichelli Editore, 2018.

²⁶⁴En Italia, hay quien desarrolla esta postura, entendiendo que considerar el incumplimiento del consumidor desde una perspectiva personalizada, se aleja de los efectos del incumplimiento del art.1218, en virtud del cual el deudor que no ejecute exactamente la prestación debida, debe resarcir el daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso derivan de una imposibilidad con causa a él no imputable. De este modo, enfocando la responsabilidad en la condición de debilidad del deudor, se distingue entre incumplimiento en sentido fuerte e incumplimiento en sentido débil, en este último caso con una tutela más elástica, a medida. GRISI, G., L'inadempimento di necessità. En Grisi G., (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi*

Esta apreciación podemos claramente relacionarla con la exigibilidad de tolerancia razonable a la que alude la norma: dar un enfoque personalizado a los motivos del incumplimiento del consumidor, atendiendo a su condición económica personal considerando siempre su posición de debilidad, que además, supone no excluir como causa de dicho incumplimiento hechos a él no imputables²⁶⁵, como por ejemplo el mal funcionamiento de un sistema basado en una gestión proactiva del riesgo del crédito y en la concesión consciente y responsable de las financiaciones²⁶⁶.

Esta razonable tolerancia a la que se hace mención puede reconducirse a otros principios generales del derecho civil como es la buena fe, la diligencia, o transparencia²⁶⁷. Si bien es cierto que la norma no impone

economica. Italia e Spagna a confronto”, Napoli, p.288 y ss. En el mismo sentido, RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni)*, en Enc. Dir., XXIX, Milano, 1979, p.174.

²⁶⁵Otro de los rasgos que presenta la disciplina del crédito inmobiliario al consumidor, es la tendencia, que también podemos apreciar en el sobreendeudamiento, de comprender o incluso justificar el incumplimiento del deudor. Esta nueva orientación se debe, seguramente a un cambio socio-cultural, en el que deuda y culpa ya no son dos conceptos inseparables, y se está invirtiendo el papel de consumidor, que pasa de deudor que incumple a una víctima de la crisis económica como evento social; convirtiendo esta tolerancia en una forma de socialización del riesgo. BOCCHINI, R., “La meritevolezza dell’accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore”, en *Giurisprudenza Italiana* p.2130; PAGLIANTINI, S., “Il debito da eccezione a regola”, *Persona e Mercato*, 2014, 2, p.104 ss; PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, y, del mismo autor, “Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale”, en *Eur, Dir. Priv.*, 2011; MAZZAMUTO, S., “Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale”, en *Eur, Dir, Priv.*, 2014; TOMMASSI, S., *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, pg.171.

²⁶⁶ TOMMASSI, S., *supra*, p.163

²⁶⁷BRECCIA, U., “Le obbligazioni”, en *Tratt.Dir.Priv. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, p.402 y ss. Otro de los principios al que hacemos referencia es el de corrección del art.1.175 del código civil italiano. Éste, equipara la conducta del deudor y del

que el acreedor tolere el incumplimiento del deudor, parece que sí le obliga a comportarse con diligencia, transparencia y a obrar siempre de buena fe.

Esta identificación de la conducta tolerable del prestamista con estos principios ya existentes y vigentes en nuestros ordenamientos jurídicos, nos podría llevar a pensar que una intervención legislativa para actuar dicho mandato no tendría sentido²⁶⁸.

acreedor en el plano de la relación obligatoria. Es decir, a ambos el artículo les impone la obligación de comportarse correctamente, lo cual se revela como un deber jurídico general y necesario para una ordenada convivencia social: «*stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito di virile fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra i consociati*». Estas son palabras del Ministro Guardasigilli Dino Grandi en la *Relazione Codice Civile* del 4 aprile 1942. La *correttezza* como principio, corresponde al deber de buena fe, impuesto a las partes de una relación negocial con la finalidad de hacer valer y observar sus propios derechos y obligaciones de una manera que coexistan armónicamente. NATOLI, U., “L’attuazione del rapporto obbligatorio”, en *Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di A. Cicu - F. Messineo*, XVI, tomo I, Milano, 1984, p. 214 y 215; DI MAJO, A., *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 438 y ss., ID., “Delle obbligazioni in generale”, en *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 326; PATTI, S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 127 y ss.;

²⁶⁸ BERTOLINI A., “Morosità e pignoramenti”, en *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Quaderni della Fondazione italiana del notariato, pg.484. Sin embargo, puede que esa no sea la perspectiva adecuada desde la que mirar. Es decir, a los Estados Miembro se les impone que alienten a los prestamistas a comportarse de una determinada manera, la cual como hemos dicho encuadramos en el principio de buena fe, en un momento y en un escenario puntual: antes de iniciar un procedimiento de ejecución. Y, si como vemos, se trata de un deber de conducta, esto quiere decir que se deberán determinar los medios a través de los cuales conseguir ese objetivo, y las consecuencias de no realizarlo, o sea, individualizar sanciones en caso de incumplimiento. Es decir, por cuanto podamos dirigirnos en última instancia a este principio como guía en virtud de la cual entender esta razonable

Sin embargo, teniendo en cuenta cuál es el fin último de la directiva, la tutela del consumidor adquirente de un inmueble de uso residencial, la *ratio* de la exigencia de esta razonable tolerancia en esta específica fase contractual, apunta directamente a la tutela del derecho a la vivienda. Tras la lectura del artículo, da la sensación de que el legislador comunitario pretende tutelar al consumidor que, - por una serie de motivos, como decíamos anteriormente, incluidos los no imputables a él- , tiene o tendrá seguramente la posibilidad de sanar su deuda en un momento posterior al contractualmente estipulado.

La razonable tolerancia se ha formulado de una manera amplia e inexacta para que pueda adoptar flexiblemente diversas formas, como por ejemplo, un aplazamiento del pago, opción que no queda exenta de inconveniente dado que conlleva en cualquier caso el pago de intereses, por lo que a veces no permite ni saldar la deuda, ni mejorar la situación del deudor; o la suspensión de los pagos del crédito²⁶⁹. Y además, pueden entrar en contraste con la nueva normativa europea, puesto que, las

tolerancia, éste sin embargo, no nos resuelve la cuestión del remedio aplicable, del que tampoco parece preocuparse el legislador europeo.

²⁶⁹ En Italia por ejemplo se ha materializado en medidas como el Fondo de solidaridad para hipotecas de primera vivienda (Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, Legge n. 244 del 24/12/2007) o en el Acuerdo para la suspensión del crédito a las familias, esipulado entre la asociación bancaria italiana (ABI) y varias asociaciones de consumidores,(Accordo per la sospensione del credito alle famiglie, l. 23 dicembre 2014,n.190). este último caso permite suspender por un máximo de doce meses los pagos ya sea para vivienda principal o para créditos al consumo que duren más de 24 meses, en caso de determinadas circunstancias, como por ejemplo, la pérdida del puesto de trabajo, reducción de la jornada laboral, o handicap grave.

Para más información:https://www.confconsumatori.it/wpcontent/uploads/2015/04/AccordoMoratoriaFamiglie-31_3_15.pdf

medidas están previstas sólo en determinados casos y para específicos límites de renta, mientras que la disciplina europea sobre el crédito inmobiliario se refiere a la tutela de cualquier consumidor y de cualquier importe²⁷⁰, dado que se intenta dejar atrás la tendencia de ignorar la exigencia de tener en cuenta una protección social de la persona²⁷¹.

Tanto la personalización a la que hacíamos alusión como la razonable tolerancia de la norma, no son más que el reflejo de la particular atención que el legislador pretende dar a la tutela de los consumidores adquirentes de inmuebles debido a que se trata de un bien completamente distinto a los demás, ligado al estatuto moral de la persona, y al desarrollo de su personalidad; por lo que el camino correcto para conseguir una adecuada tutela es abandonar la percepción reducida de la figura del consumidor y de sus necesidades, puesto que sus exigencias no se limitan a consumir: el objetivo no es un intercambio de intereses, sino la necesidad física de desarrollarse personalmente²⁷².

²⁷⁰ BERTOLINI A., “La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell’analisi economica del diritto”, en *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, n. 2, p.332

²⁷¹ PERLINGIERI, P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*. Ed. scientifiche italiane, Napoli, 1992, p.154; GRISI, G., “Diritti e coesione sociale”, en *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 484.

²⁷² Una crítica al sistema financiero que no tutela al consumidor como persona, sino que simplemente la instrumentaliza para un buen funcionamiento económico la encontramos en SOMMA, A., et al. *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell’economia del debito*, 2016; y sobre la necesidad de revalorizar al consumidor como persona: PERLINGIERI, P., “Regole del mercato e tutela dell’investitore: riflessioni a margine della MiFID”. ADAMO, S., CAPOBIANCO, E.; CUCURACHI, P. (a cura di). *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; del mismo autor, “La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo”, en *Riv. giur. Molise e Sannio*, 1995; ALPA, G., “Diritto comunitario, status e tutela della persona”, en *Diritto privato europeo e categorie civilistiche (a cura di N. Lipari)*. Napoli, 1998, p. 59.

Otra de las formas que puede adoptar la razonable tolerancia son las que el mismo legislador estipula en el art.28 de la MCD, como por ejemplo, que los Estados miembros no impidan que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito; que los mismos se doten de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria; o que velen por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

En síntesis, podemos afirmar que el legislador comunitario, formulando la regla general de actuar con una tolerancia razonable, antes y para no tener que iniciar un proceso de ejecución hipotecaria, ha puesto a disposición de los ordenamientos jurídicos nacionales, mecanismos de tutela para los consumidores como los que acabamos de citar, en algunos de ellos ya existentes, cuyo impacto ciertas ocasiones, como veremos a continuación, no pasa desapercibido.

Ahora bien, esta obligación de obrar con una razonable tolerancia, es una premisa que a priori, puede hacer que el intérprete no vaya más allá. Es decir, que retenga solo la idea de que con la vigencia de este deber culmina el objetivo de tutelar al consumidor. Pero como decíamos, es un artículo de doble filo, en el que si bien es cierto que antes de llevar a cabo una ejecución hipotecaria, las entidades crediticias deberán agotar otros recursos, - y que, parece que con el apartado cuarto del art.28 el legislador propone un nuevo instrumento para ello-; también lo es que el consumidor no deja de estar exento de penalización por impago. De este modo, el

artículo en cuestión permite a los prestamistas imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago (28.3). Y, si efectivamente tuviese lugar la imposición de tales intereses, lo único que prevé la norma es que éstos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago; bajo la fórmula (28.2): «Los Estados miembros podrán exigir que»(...).

El legislador ha elegido puntualmente el término “podrán” exigir, en lugar de “deberán” exigir; siendo esta última, a nuestro parecer, una expresión bastante más adecuada que la primera, por razones evidentes: si realmente de lo que se trata es de tutelar al consumidor – aunque sin perder de vista los intereses de los acreedores-, y si realmente se pretende otorgar un sentido firme y serio a la exigida razonable tolerancia, qué menos que una cuestión tan presente y compleja en cuanto a la protección de ambas partes como es la de los intereses moratorios, que al fin y al cabo a ellos se refiere la norma cuando menciona dichos recargos, sea objeto de una mayor rigidez por parte del legislador. Si bien es lógico y razonable que el deudor que incumple sea castigado y que tutelar no debe ser sinónimo de despenalizar, el objetivo último de la Directiva, en formulaciones como ésta, puede verse en entredicho.

3.- De la prohibición del pacto comisorio al pacto marciano: un hueco necesario para la autotutela.- Como anticipábamos antes, una de las formas que puede adoptar un comportamiento razonablemente tolerable es la de no impedir que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito. Se presentan dos posibilidades: por un lado que la transferencia de la garantía baste para reembolsar el crédito – sin especificar qué sucede si el valor de la garantía no cubre por completo el

importe de la deuda- y por otro, que la suma obtenida con la venta de ésta tenga el mismo efecto. Entonces, ¿supone este precepto normativo una excepción a la prohibición general del pacto comisorio contenida tanto en el código civil italiano, como en el español?

Como desarrollaremos a continuación, la atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia sobre la legitimidad de los pactos contractuales que tengan por objeto la garantía de un bien por parte del deudor en favor del acreedor, ha tenido bastante eco. Y parece que, la tendencia ya no es moverse sólo por la necesidad de tutelar al acreedor para que vea satisfecha su deuda. Ni tampoco cambiar radicalmente para proteger únicamente al consumidor como parte débil de la relación contractual. Ahora la voluntad es la de reconciliar los intereses de ambas partes, para que encuentren vías que faciliten el reembolso de la deuda por un lado, y la satisfacción del crédito por otra²⁷³.

3.1.- El pacto comisorio: el rechazo.- El pacto comisorio podemos definirlo como la convención entre acreedor y deudor, en virtud de la cual se permite al primero la apropiación directa del bien dado en garantía ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor²⁷⁴.

²⁷³ NATALE, M., “Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano”, en *Riv. dir. banc.*, 24, 2018, p.1

²⁷⁴ SACCHI, A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, 1895; DURÁN RIVACOBÁ, R., *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998, p.17. En particular, en relación a los contratos de garantía, ha sido definido una cláusula, de posible adhesión al contrato de prenda, anticresis o hipoteca, por la cual, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor, directamente queda autorizado a apropiarse de la cosa mueble o inmueble objeto del contrato de garantía. MAS ALCARAZ, “El pacto comisorio”, en *Estudios de Derecho Privado*

Se trata de un pacto históricamente rechazado por los ordenamientos jurídicos²⁷⁵ y cuyo origen se remonta al Derecho Romano²⁷⁶.

dirigidos por De la Esperanza Martínez-Radio, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, p.58.

²⁷⁵ En España la prohibición la encontramos en el art.1859 del código civil, en el cual se establece que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas. Tampoco puede adquirir la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido, siendo nulo todo pacto en contrario, en virtud del art.1884 c.c., que sin embargo permite que el acreedor pida, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble. En el caso italiano, el legislador ha determinado, de manera más detallada, en el art. 2.744 del código civil que es nulo el pacto con el que se establezca que, en caso de impago del crédito en el plazo fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pase al acreedor. Siendo igualmente nulo el pacto si se estipula después de la constitución de la hipoteca o la prenda. En su redacción literal: *"E' nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto e' nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno"*. El Código italiano de 1942 también proscribió el pacto en el art. 1.963 relativo a la anticresis. El art. 2.078 párrafo 2º del *Code Napoléon* sólo hace referencia al pacto comisorio en la prenda: *"Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle"*. El BGB alemán prohíbe el pacto comisorio tanto respecto a la hipoteca (§ 1.149), como respecto a la prenda (§ 1.229).

²⁷⁶ Fue el Emperador Constantino quien, prohibió la *"Lex Commissoria"*, pacto por el cual el acreedor se hacía propietario de la cosa del deudor, renunciando éste, eventualmente, a reclamar la devolución del bien, dado que con frecuencia se utilizaba esta cláusula con la finalidad de cubrir intereses ilegales. La prohibición sancionaba legalmente cuanto imperaba en la moral religiosa de la época. Fue con Justiniano, cuando llegó la admisibilidad del *pacto marciano*, cuya introducción se permitió por la valoración de la cosa pignorada o hipotecada. I JAÉN ROVIRA, F.J., "El pacto de la *"Lex Commissaria"* en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno" en *Anuario de derecho civil*, 1993, vol. 46, n.3, p. 1156 y ss; BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Giappichelli, 1949; BISCARDI, A., *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, Giuffrè, 1961.

En cuanto a su función, no hay unanimidad y se cuestiona si desempeña una función de garantía o de cumplimiento. No obstante, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia comparten la opinión de que la nulidad del pacto comisorio no afecta a la validez de la garantía en sí, dado que ésta subsiste como el derecho de la realización del valor, pudiendo ser ejecutada a pesar de la nulidad del pacto²⁷⁷.

Se ha discutido mucho en doctrina cuáles son los motivos de su prohibición²⁷⁸. Estas giran en torno a dos orientaciones: razones económicas y procesales. Pueden resumirse en la exigencia de tutelar al deudor de posibles ilícitas coerciones del acreedor, enriquecimiento injusto de los acreedores, empobrecimiento injusto del deudor, -hecho que puede condicionar a su vez el principio de la *par condicio creditorum*²⁷⁹,

²⁷⁷ Así lo han reconocido las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000/5082) y de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037).

²⁷⁸ Para una lectura sobre la temática de la doctrina española: MARTÍNEZ V, *La venta en garantía*, Madrid, 1990, p.202 y ss.; DE DIEGO GUTIÉRREZ, F.C., *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, p. 439.; ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIII, Madrid, 1990, p.. 455 y ss.; DURÁN RIVACOBA, R., ob.cit., p.91 y ss.; FELIU REY, M.I., *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, págs. 66 y ss. En jurisprudencia, la “inmoralidad” del pacto queda establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3429) y de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9748). En cuanto a la doctrina italiana, aconsejamos: CARNEVALI, U. voce “Patto commissorio” en *Enciclopedia del diritto*, 1982; BUSSANI, M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000; LUMINOSO, A., “Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio”, *Rivista di diritto civile*, 1990, 219; PALERMO, G., *Funzione illecita e autonomia privata*. A. Giuffrè, 1970; LOJACONO, V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, 1952.

²⁷⁹ RESCIGNO, M., “Contributo allo studio della par condicio creditorum”, en *Riv. dir. Civ*, 1984, p.380; ROPPO, E., “Par condicio creditorum: sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all’art. 2741 cc.”, en *Riv. dir. Comm*, 1981, p.305; ROPPO, V., “Par condicio creditorum” en *Trattato di Dir. Priv.*, 1981.

puesto que un empobrecimiento injusto del deudor puede perjudicar a los demás acreedores, si los hubiere, puesto que se verían mermadas sus expectativas de cobro-; o la desnaturalización de algunas garantías.

Así, en virtud de esta última corriente doctrinal, al permitir la apropiación privada del bien, se viola la competencia exclusiva del Estado en materia de ejecución; por lo que si el acreedor pretende satisfacer su deuda debe hacerlo a través de los medios establecidos legalmente.

Por todo ello, la razón primordial de su prohibición, en la que podemos englobar todas las citadas hasta ahora, es la manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor²⁸⁰.

3.2.- El pacto marciano: este sí.- Actualmente, en referencia al sistema de garantías patrimoniales, podemos advertir que desde hace tiempo es necesario superar la rigidez normativa e introducir formas de garantías²⁸¹ reales más adecuadas a la actual realidad económica, dado que se han mostrado insuficientes, sobre todo en la fase ejecutiva, por

²⁸⁰ Comparte esta visión, BUSTOS PUECHE, J.E., *Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio*, ADC , 1990, II, p. 563 y ss. En concreto, escribe el autor que «*la inobservancia del procedimiento legal establecido para ejecutar las garantías reales tiñe de ilicitud cualquier modalidad de pacto comisorio en sentido propio*». También lo considera nulo por ser contrario al orden público AVILA NAVARRO, P., *Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria*, RCDI , n. 625, noviembre-diciembre, 1994, p.2611. De la misma opinión, el jurista italiano ENRIETTI, E., “*Patto commissorio ex intervallo*”, en *Rivista di Diritto Privato*, I, 1939, p. 32; para quien el pacto comisorio es nulo porque con él, el deudor se somete a una ejecución privada, es decir, sin la intervención de los órganos del Estado: «*è nullo perchè con esso il debitore si sottomette ad una esecuzione privata, cioè senza l'intervento degli organi dello Stato*».

²⁸¹ SCOZZAFAVA, O., *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, 2006; ANELLI, F., *L'alienazione in funzione di garanzia*. A. Giuffrè, 1996.

descuidar la naturaleza de los intereses en juego, el tipo de sujetos involucrados y los motivos del incumplimiento, dificultando la existencia en ordenamientos jurídicos como el español o el italiano de mecanismos convencionales de autotutela ejecutiva del crédito.

Esta situación ha sido objeto de revisión ante la necesidad de facilitar los procedimientos destinados a la satisfacción del acreedor²⁸² en caso de incumplimiento del deudor; siendo legislador el encargado de regular supuestos de autotutela, como la cesión de bienes al acreedor o la venta de la prenda. Sin embargo, era inevitable que doctrina y jurisprudencia aceptaran convenciones privadas como por ejemplo el pacto marciano; que expodremos en los párrafos siguientes.

El ámbito de aplicación notablemente amplio del sector del crédito inmobiliario hace todavía más significativa la regulación de la fase patológica del contrato de financiación, determinada por el incumplimiento de la obligación restitutiva del capital y del pago de los intereses correspondientes por parte del deudor. De ahí que la disciplina sobre la violación del contrato sea una de las más relevantes en referencia a la regulación del incumplimiento de una obligación por parte del consumidor, que en este caso individuamos en la posibilidad de recurrir al recién mencionado *patto marciano*²⁸³.

²⁸²AMBROSINI, S., “La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd patto marciano”, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, p.1075-1089.

²⁸³ LUMINOSO, A., “Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva”, en *Rivista di diritto civile*, 2017, p.10-32.

Éste²⁸⁴, nace como la forma jurídica de enajenación en función de garantía, en presencia de la prohibición del pacto comisario²⁸⁵. Puede definirse como el pacto que consiente al acreedor apropiarse o enajenar a favor de tercero el bien objeto de garantía siempre y cuando se incluya un procedimiento de valoración del bien que proteja los intereses del deudor, así como de terceros. Es decir, se admite siempre que tenga lugar una justa estimación del valor de la garantía.

Ni el código civil español ni el italiano reconocen la figura expresamente, sino que se afirma en base a la prohibición del pacto

²⁸⁴ CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000; EBNER, M., voce ‘‘Patto marciano’’, en *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007; DEMENECH, C., ‘‘Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio’’, en *Contratti*, 2015, p.823 y ss; ALBALADEJO, M., *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, vol.II, 7ª Edición, 2002, p. 705; DÍEZ PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.III, Editorial Tecnos, 7ª ed., Madrid, 2001, p. 428. DURÁN RIVACOBIA, R., ob.cit., p. 73 y ss; FELIU REY, M.I., ob.cit., p. 95 y ss.

²⁸⁵ En palabras de PIRAINO, F., ‘‘L’inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano’’, en *I Nuovi marcciani*, Torino, 2017, p.1751. Este pacto encuentra su origen en la finalidad de atenuar las consecuencias de la prohibición de la lex commissoria, demasiado arriesgada en cuanto que podía permitir que la transferencia del bien dado en garantía se convirtiese en una acción usurera. Para una reconstrucción sobre las razones históricas de la prohibición del pacto comisario: BIANCA, M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p.202 y ss. También en ASTONE, M., ‘‘Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano’’, en *Europa e diritto privato*, 2017, n.3, p.743.

comisorio, mediante el desarrollo doctrinal²⁸⁶ y jurisprudencial²⁸⁷, que admiten esta forma de autotutela, siempre que se respeten ciertos requisitos, que son básicamente las características que lo distinguen del prohibido pacto comisorio. Ello ha supuesto la realización de intervenciones legislativas especiales, sin haber llevado a cabo una labor de coordinación entre ellas, que han tenido como consecuencia la proliferación de distintos mecanismos maricianos.

En cuanto a su función, perdura el debate sobre el efecto extintivo de la deuda en virtud del pacto marciano. El conflicto reside entre los partidarios de considerarlo una transformación de la obligación pecuniaria

²⁸⁶ Cabe decir que ésta se muestra abierta al pacto marciano siempre que se establezcan medios objetivos y seguros de evaluación del valor de la cosa, Vd., entre otros: DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS L., en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 499 y ss., ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, Vol.II, ob.cit., p. 246, FELIU REY, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, ob.cit., p. 90 a 95. En cuanto a la doctrina italiana: GORLA, G., “Della responsabilità patrimoniale, Art. 2740-2899”, en *Comm. Cod. Civ., a cura di A. Scialoja-G. Branca*, Bologna-Roma, 1958; ROPPO, V., “La responsabilità patrimoniale del debitore”, en *Tratt. Dir. Priv., diretto da P. Rescigno*, Torino, 1997, p.561 y ss.; SASSI, A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p.287 y ss; MACARIO, F., “Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia”, en *Diritto civile, diretto da N. Lipari-P. Rescigno*, IV, Milano, 2009; CHIANALE, A., “L’ipoteca”, en *Tratt. Dir. Civ., diretto da R. Sacco*, Diritti reali, Torino, 2010, p.35, 37; MINNITI G., *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007; MARICONDA, V., “Trasferimenti commissorie principio di causalità”, en *Foro It.*, 1989, I, p.1428 y ss.

²⁸⁷ Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, en *Giur. It.*, 1997, I, 682 y ss., en *Contratti*, 1996, p.28 y ss; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, en *Vita Notar.*, 2013, p.719 y ss; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625. Para una referencia jurisprudencial española reciente, reenviamos a la nota 54 de este trabajo.

originaria en una facultad u obligación alternativa, y quienes lo califican directamente como *datio in solutum*²⁸⁸.

Podemos afirmar que el pacto se configura de este modo como un vínculo de responsabilidad contractual, gracias al cual el acreedor puede satisfacer de manera potestativa su propio interés, no sólo con la obtención de la prestación sino a través de la eliminación de los daños provocados por el incumplimiento de la obligación, mediante la adquisición de un bien o de una suma de dinero correspondiente. De consecuencia, el efecto del pacto marciano no consiste en la recuperación del contenido originario de la obligación, sino en asegurar la actuación coactiva del vínculo de responsabilidad contractual, teniendo lugar un mecanismo ejecutivo de naturaleza privada, constituyendo un supuesto de “autotutela ejecutiva”²⁸⁹ a la que nos referimos anteriormente, siendo una combinación de autonomía privada y ejecución forzosa.

En cualquier caso, se trata de un pacto cuya admisibilidad, como decíamos anteriormente, deberá siempre responder a determinados

²⁸⁸Entre otros, son partidarios de su función de garantía: SASSI, A., *Garanzie del credito e tipologie contrattuali*, Napoli, 1999, p.193 y ss. Por otro lado corroboran la función solutoria del pacto: ANELLI, F., *L'alienazione*, ob. Cit. p. 420; CIPRIANI N., *Patto commissorio*, ob.cit., p.109; LUMINOSO, A., *Patto Commissorio*, ob.cit., p.30; MOSCATI, E., “I modi di estinzioni tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie”, en *E. Moscati e A. Burdese (a cura di) Tratt. Obbligazioni, III, I modi di estinzione*, Padova, 2008, p.4.

²⁸⁹Explicación muy bien desarrollada en PIRAINO, F. “L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano”, ob. cit., p. 1752. En cuanto a la “autotutela ejecutiva”: BONGIORNO, G., *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984; del mismo autor, “Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela”, en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti, II, a cura di S. Mazzamuto*, Napoli, 1989, p. 741 y ss.; y FOLLIERI, L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016.

requisitos, como que se respete el principio de proporcionalidad, que se individuen los mecanismos en virtud de los cuales la apropiación del bien quede condicionada a la estipulación de un precio a través de procedimientos de evaluación y tasación objetivos y que esto tenga lugar en el momento sucesivo al incumplimiento²⁹⁰.

²⁹⁰REGLERO CAMPOS, L. F., “Ejecución de las garantías reales e interdicción de pacto comisorio”, en *AA.VV., Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, *Garantías Reales*, Vol. I, Garantías Mobiliarias, p. 430 y ss; NATALE, M., *ob.cit.*, p.5 y ss. En lo que a la convención en un momento sucesivo se refiere, cabe mencionar la figura del pacto comisorio "*ex intervallo*", que en realidad es un pacto comisorio estipulado con posterioridad a la concesión del crédito pero antes de su vencimiento. En ordenamientos como el portugués o el italiano está prohibido por razones análogas a la interdicción del pacto comisorio. En España no consta ninguna prohibición expresa, por lo que la doctrina no es unánime en torno a su aceptación. DE ALBA LACUVE, C. M., “El pacto comisorio en el código civil”, en *Rev. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, 1999, p. 6 y ss.

3.2.1.- Algunos ejemplos actuales de su admisibilidad.- Bien, como ejemplo de introducción por parte del legislador, no ya nacional, sino europeo, de estos casos de autotutela²⁹¹, podemos citar la Directiva 2002/47/CE, sobre acuerdos de garantía financiera, que, en particular, en su art.4, establece que Los Estados miembros velarán por que, al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario pueda ejecutar las garantías financieras prestadas mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. La existencia de esta norma²⁹², nos hace reflexionar sobre una posible adecuación de los instrumentos de autotutela en ciertas áreas del derecho.

Otra de las intervenciones legislativas que se suma a esta tendencia es el art.48 bis del TUB.²⁹³, y en la misma medida, aunque en una

²⁹¹ En otros odenamientos jurídicos como el francés, se reconoce el pacto marciano en el área del derecho de la responsabilidad patrimonial, modificando los artículos 2348, 2355 2459 e 2460 del code civil con la *Ordonnance* 23 marzo 2006, n.346. Para una visión general y comparada: FIORENTINI, F., “La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica”, en *Europa Dir. Priv.*, 2005, p.1155

²⁹² GROSSI, A. “La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria”, en *Europa e diritto privato*, 2004, 1, p. 249; MARINO, R. *La disciplina delle garanzie finanziarie: profili innovativi*, Ed. Scientifiche Italiane, 2005; TAROLLI, R., “Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell’oggetto della garanzia”, en *Giur. Comm*, 2005, p.872; MURINO, F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*. Giuffrè Editore, p. 201; MASTROPAOLO, E. M., “La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria”, *Riv. dir. comm*, 2003, p,519; CARRIÈRE, P., “La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica” en *Banca, borsa e titoli di credito*, 2005, p.184; ZUNZUNEGUI, F., “Una aproximación a las garantías financieras. Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005”. *Garantías reales mobiliarias en Europa*, coords. Lauroba Lacasa, ME y Marsal Guillamet, J., Marcial Pons, Madrid, 2006, 415-429.; TRIGO, F.R., “El pacto marciano, el pacto “*ex intervallo*” y la difucia “*cum creditore*” en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, 83.699: 355-375.

perspectiva diversa dada la finalidad de tutelar al consumidor y no a las empresas, también se adhiere a este nuevo panorama la MCD con su art.28.4.

De todo cuanto expuesto podemos deducir que las nuevas formas de autotutela ejecutiva del acreedor encuentran fundamento en la exigencia de reducir las dificultades ligadas a los mecanismos de recuperación de créditos y racionalizar las garantías patrimoniales, con la finalidad de realizar un mercado crediticio más transparente y eficaz. Sin embargo, presentan particularidades y distinciones entre ellas, y aunque, permítanme la expresión, metamos en el mismo saco a estas formas de autotutela, es evidente como el ámbito subjetivo de aplicación de la MCD incide en la modalidad de transposición y en los requisitos de validez de la cláusula marciana. El art.120 quinquiesdecies del texto unico bancario, que analizaremos sucesivamente, presenta claras diferencias respecto al 48 bis, ya sea en cuanto a los supuestos de incumplimiento, que en cuanto a la determinación del valor del inmueble, pero sobre todo, porque debido a los sujetos involucrados - los consumidores - y la finalidad de la concesión de un crédito inmobiliario, el legislador precisa sólo en este caso – por ahora-, que sigue siendo válido y eficaz el contenido del art.2744 del cc²⁹⁴.

²⁹³AMBROSINI, S., “Il pegno non possessorio ex lege 119/2016”, en *Crisi d’impresa e fallimento*, 2016, p.3; BARILLÀ, G. B., “Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio”, en *Corr. Giur*, 2017; CATALANO, R., “L’ambito applicativo del pegno mobiliare non possessorio nella legge n. 119 del 2016”, en *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p.381-406. Y, en referencia a este artículo, en los actos del Senado italiano relativos al examen del proyecto de Ley n.2632, se podía leer que con el art.2 de la citada norma se introduce en el ordenamiento italiano el denominado “pacto marciano”.

²⁹⁴ ASTONE M., ob.cit, p.747. Afirmación que también encontramos en los actos del gobierno italiano de transposición de la directiva, disponible en <https://www.camera.it/leg17/682?atto=256&tipoatto=Atto&leg=17&tab=1>

4.- El art.120 quinquiesdecies del Tub.- El legislador italiano, a diferencia del español, a cuya transposición sobre esta cuestión nos referiremos en los últimos puntos de este capítulo, sí ha optado por incorporar en su ordenamiento jurídico el mandato del art.28.4 de la MCD, en este caso, introduciéndolo en su Testo unico bancario. Es el art.120 quinquiesdecies, apartado tercero del testo unico bancario²⁹⁵ el que prevee que, a excepción de la prohibición del pacto comisorio del art.2744 del c.c. italiano, las partes del contrato podrán introducir en éste, a través de una cláusula expresa, que en caso de incumplimiento del consumidor la restitución o transferencia del bien inmueble objeto de garantía real o la cantidad obtenida por la venta del mismo bien comporta la extinción de

²⁹⁵ En su redacción literal: «*Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-quater*». En realidad, esta disciplina también la encontramos en el art.48 bis del T.U.B, sobre los contratos de financiación a empresas, no obstante con notables diferencias: en primer lugar, en el crédito inmobiliario, el pacto se basa en un bien inmueble objeto de hipoteca, mientras que en los contratos de financiación a empresas se permite que sea otro bien; en segundo lugar, en el caso del crédito inmobiliario, siendo el objeto un inmueble, el acreedor tiene la posibilidad de adquirir la titularidad del bien o venderlo, mientras que en los contratos de financiación a empresas sólo está prevista la primera alternativa; y por último, en el caso del 120 *quinquiesdecies* apartado tercero, se especifica la consecuencia de la extinción de la deuda en caso de recurrir al pacto, mientras que en art.48 bis, no es así.

la deuda, aunque el valor del bien inmueble o la suma obtenida por la venta sea inferior a la deuda residual. Si el valor del inmueble o la cifra obtenida por su venta es superior a la deuda residual, el consumidor tiene derecho a la cantidad excedente. En cualquier caso, el acreedor deberá obrar con toda diligencia para conseguir de la venta el mejor precio. Pero la cláusula no podrá pactarse en caso de subrogación del contrato de crédito, a tenor del art.120-quater tub.

Además, el legislador italiano, en el punto sucesivo del mismo artículo se preocupa por seguir desarrollando la disciplina, puntualizando que el acreedor no podrá condicionar la conclusión del contrato de crédito a la firma de dicha cláusula; lógicamente esto supondría un abuso de la autonomía privada del acreedor, siendo plausible que tuviese como consecuencia la nulidad parcial del contrato; lo cual nos lleva a poder afirmar que no se trata de un mero deber de conducta, sino de una prescripción imperativa que incide en la validez del contrato²⁹⁶.

También se le da la posibilidad al consumidor de ser asistido de manera gratuita por un consultante en caso de la existencia de dicha cláusula en el contrato para que éste pueda sopesar su conveniencia, y además, determina qué se entiende por incumplimiento del consumidor en este caso: la falta de pago de una suma equivalente a dieciocho mensualidades.

Si el acreedor decidiese activar el procedimiento de ejecución, cuanto recaudado de la venta del bien o el valor de éste cuya propiedad ha sido transferida sea inferior a la deuda residual, según lo estipulado en el

²⁹⁶ PIRAINO, F., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, ob. Cit., 2017, p. 1748.

art.120 quinquiesdecies, apartado tercero, la deuda en cualquier caso se considerará extinguida. Sin embargo, si se optase por la ejecución hipotecaria ordinaria, si lo obtenido de la ejecución no fuese suficiente para saldar la deuda, el acreedor podría exigir el pago de cuanto debido transcurrido el periodo de gracia de seis meses previsto en el mismo artículo, en su apartado sexto.

Resulta evidente que el supuesto descrito integra un verdadero caso de autotutela del crédito con función satisfactoria, asemejable al pacto marciano²⁹⁷. Que, como ya se ha dicho, en ausencia de reconocimiento expreso legal, ha sido objeto de un gran desarrollo jurisprudencial que afirma su legitimidad en presencia de algunos requisitos²⁹⁸, que podemos identificar en la descripción del artículo objeto de análisis.

Tratándose de un contrato de financiación, estipulado entre un consumidor y un profesional nos encontramos además con la exigencia de superar la asimetría informativa que caracteriza este tipo de contratos, y de garantizar el equilibrio entre las prestaciones²⁹⁹. En esta perspectiva es

²⁹⁷Además, en el diseño previo del art.120-*quinquiesdecies* del T.u.b., el gobierno italiano establece que con la introducción de ese artículo pretende transponer cuanto ya consolidado por la jurisprudencia de la Corte de Casación; refiriéndose en concreto a la sentencia Cass., 9 maggio 2013, n.10986, que define el pacto marciano.

²⁹⁸ BRIANDA, G., “Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, “*lex mercatoria*” e tradizione”, en *Contratto e impresa*, 2016, p.797-835.

²⁹⁹De hecho, la preocupación del legislador relativa a la tutela del consumidor frente a la situación de poder de las entidades crediticias respecto a éste, se hizo notar en el caso italiano modificando la redacción previa del art.120-*quinquiesdecies*. Anteriormente, éste establecía que las partes podían pactar expresamente, en el momento de la celebración del contrato o “*sucesivamente*”, que en caso de incumplimiento del consumidor, la transferencia del bien inmueble objeto de garantía comportase la

donde podemos encuadrar que la estipulación de la cláusula no pueda ser condición para la celebración del contrato, y el hecho de que se haga una remisión al art.40.2 del tub³⁰⁰, en virtud del cual la previsión de la cláusula no impide que el prestamista pueda solicitar la resolución del contrato siempre que concurran los requisitos contenidos en dicha disposición.

Es decir, se trata de una facultad de elección: si la entidad financiera recurre a la aplicación del art.120 quinquiesdecies, significa que renuncia a la posibilidad de invocar la resolución del contrato por incumplimiento del deudor reconocida en el art.40.2 t.u.b., optando por el procedimiento de ejecución entre privados.

En cualquier caso, cabe precisar que en caso de incumplimiento por parte del consumidor, el prestamista o creador no podrá recurrir de manera automática al procedimiento ejecutivo, puesto que, como previsto en el art. 120 *quinquiesdecies* T.u.b., en actuación del art.28 de la Directiva, el financiador, en via preliminar deberá adoptar otros mecanismos, en aras de cumplir con la obligación de actuar con un razonable grado de tolerancia. Sólo en el momento en el que se agoten todas las posibilidades sin un buen resultado, la cláusula del 120.3 opera de manera automática.

extinción de la deuda. Pues bien, ese “*sucesivamente*” provocó más de una perplejidad debido lógicamente al uso de la persuasión del que se podían servir los bancos, aprovechándose de la posible potencial situación de dificultad de la parte débil del contrato. De ahí que se suprimiera tal locución para la redacción definitiva del artículo.

³⁰⁰ Según el cual, el banco puede incovar como causa de resolución del contrato el retraso en el pago, cuando éste se haya verificado al menos siete veces, aunque no sea de forma consecutiva el impago. En su redacción literal: «*La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive*».

De este modo, el procedimiento que acabamos de describir se configura como un sistema dual o bifásico, que podemos definir como *stop and go*³⁰¹. En la primera parte, en caso de incumplimiento el legislador pretende frenar al acreedor, imponiéndole un determinado modo de actuar, proactivo y razonablemente tolerable. Esta sería la fase *stop*. Mientras que, en la segunda parte, cuando se de el caso de que la relación contractual sea irrecuperable, empieza la fase *go*, en la que ya se le permite servirse de instrumentos que aceleren la ejecución de la garantía inmobiliaria.

5.- El incumplimiento del acreedor.- Si bien es cierto que el legislador no ha establecido nada al respecto, ni europeo ni nacional, creemos oportuno considerar que el incumplimiento de los deberes y condiciones del mandato del 120.4, da lugar a una responsabilidad contractual con obligaciones resarcitorias, y también la posibilidad de interponer otros remedios proporcionales a la violación sufrida.

El supuesto que mejor puede reflejar un incumplimiento por parte del acreedor es la violación de la obligación de no subordinar la celebración del contrato a la estipulación de la cláusula marcialiana. Dicho comportamiento sería claramente contrario al principio general de la buena fe³⁰², constituyendo una clara práctica comercial engañosa. Lógicamente se trata de un incumplimiento amplio, de la obligación de salvaguardar la tutela del consumidor, determinando la lesión de la libertad contractual, pudiendo alterar la capacidad de elección del consumidor que puede perfectamente ser inducido a concluir un contrato

³⁰¹ CIVALE, F., “La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori”, en *Rivista di diritto bancario*, 2016, p.24

³⁰² VETTORI, G., *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea: regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005.

con condiciones distintas de las que éste en otras hipótesis habría adoptado. Por lo tanto, nos preguntamos a qué tipo de tutela recurrir en este caso, que sea alternativa e idónea a restaurar los intereses lesionados y el equilibrio contractual; porque el comportamiento del financiador no hace nulo el contrato (nos referimos a la nulidad de protección),- afirmación ésta última respaldada también por el Tribunal Europeo de Justicia³⁰³-, y si así fuese tampoco cubriría los intereses del consumidor. Por ello, este último podrá servirse tanto de remedios resarcitorios como de la tutela inhibitoria para desaplicar la cláusula marciana.

Cuando no se respeten las obligaciones de asistir gratuitamente al consumidor con un consultante, o cuando la estima de la valoración del bien no se lleve a cabo con un perito independiente, el afectado podrá solicitar la restauración de las condiciones pertinentes, obteniendo a posteriori una valoración de la conveniencia de la operación y una estimación sucesiva del valor del inmueble, sin excluir la posibilidad de hacer valer su derecho del resarcimiento de daños, el cual se concretizaría, en caso en el que por ejemplo la sucesiva valoración fuese negativa, debido a una posible errónea evaluación de la solvencia por parte del profesional, no sólo en la interposición de acciones de responsabilidad contra el acreedor, sino también en la facultad de solicitar al juez o al órgano extrajudicial encargado de la resolución de la controversia, que revise las condiciones contractuales para reinstaurar la equidad del reglamento contractual³⁰⁴.

³⁰³ En la Sentencia, TJUE, 15-13-2012, C-453-10. Para un comentario sobre la Sentencia, recomendamos COSCO, G., “L’incidenza delle clausole abusive e delle pratiche commerciali sleali sulla sorte del contratto individuale”, en *Corr. Giur.*, 2012.

³⁰⁴ ASTONE, M., ob.cit, p.762.

6.-La no transposición española: ¿una interpretación distinta?- En la nueva LCCI, no hay constancia, o al menos no aparente y expresa, de que el legislador nacional haya incorporado a la norma el contenido del art.28.4 de la Directiva.

Uno de los motivos puede ser la diversa interpretación que de éste último artículo se ha hecho, identificando la fórmula “*que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito*”, directamente con el instituto de la dación en pago³⁰⁵.

De hecho, en la Ley de contratos de crédito inmobiliario en lo referente a la publicidad de los préstamos inmobiliarios, en su artículo 6.1, encontramos una alusión a lo que podemos deducir se trata de dicha figura, puesto que establece que: “*Toda publicidad relativa a los contratos de préstamo que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo deberá especificar de forma clara, concisa y destacada: (...) h) cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo*”.

Tal interpretación, puede no resultar del todo errónea a juicio de quien escribe, dado que el legislador europeo parece que da la facultad de elegir entre la transferencia de la garantía, - sin especificar nada sobre el hecho

³⁰⁵Así, por ejemplo, lo interpreta Alicia Agüero Ortiz, para quien además, la Directiva no es más que una lista de declaraciones de buenas intenciones. AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (directiva 2014/17/ue), una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia unión europea”, *Centro de Estudios de Consumo, CESCO*, 2014, p.16.

de la posible deuda residual que puede quedar insatisfecha - y los ingresos derivados de su venta como posibilidad para saldar la deuda. No obstante, el hecho de que sean opciones supone que también se ha de tener en cuenta la hipótesis de que se esté haciendo una referencia al pacto marciano.

Uno de los motivos en los que encontramos justificación para lo que acaba de exponerse es la libertad a la hora de redactar con la que cuenta el legislador europeo; es decir, si la intención hubiese sido la de referirse a los procesos de ejecución hipotecaria legales vigentes en cada estado miembro, lo podría haber hecho, sin embargo ha usado otros términos y da la sensación de que efectivamente alude a un método extrajudicial, como lo es el acuerdo expreso entre las partes. De este modo, parece que lo más acertado interpretativamente sería dar cabida a ambas figuras. En cualquier caso, ninguna de las dos han sido objeto de regulación en la nueva LCCI.

En cuanto a la dación en pago³⁰⁶, entendemos que la razón por la cual no la encontramos desarrollada específicamente en la Ley sea la existencia

³⁰⁶ La *Datio in solutio* es una figura arraigada en la tradición jurídica desde el derecho romano. Con el término “solutio”, se hacía referencia a la extinción de las obligaciones mediante el cumplimiento por el deudor de la prestación prometida al acreedor en los términos exactamente convenidos. Sin embargo, ya por aquel entonces se contemplaba la posibilidad de que el deudor que no pudiese cumplir la obligación contraída, por lo que se previó la opción de que pudiese satisfacer al acreedor ofreciendo la realización de una prestación distinta de la debida (*datio in solutum*), siempre que éste último lo aceptase. Sobre la *datio in solutum* en Derecho Romano: DE FRANCISCI, P., *L'evizione della “res data in solutum” e i suoi effetti*, Pavia, 1915; ASTUTI, G., *Dazione in pagamento*, Diritto romano e intermedio, EdD., Varese, 1962; BISCONTINI, G., *Adempimento parziale e datio in solutum*. Edizioni Scientifiche Italiane, 1984; MICCIO, R., *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1961; ALLARA, M., *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, Palermo, 1927; PAOLI, U. E., *Datio in solutum*

del Real Decreto-ley 6/2012³, donde encontramos, en el siguiente orden, las medidas previas a la ejecución hipotecaria³⁰⁷ que son: la reestructuración de deudas hipotecarias, como medida complementaria la quita en capital pendiente de armonización y como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria, la dación en pago de la vivienda habitual.

(*Diritto Attico*), Torino, 1968; SACCOCCIO, A., “Compravendita e “datio in solutum”, en *A.A.V.V., La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano, a cura di L. Garofalo*, I, Padova, 2007, p. 629 y ss; del mismo autor, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, p.128 y ss. En cuanto al debate doctrinal de la exactitud terminológica de la figura en tiempos romanos, imprescindible la lectura de BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Acerca de la datio in solutum necessaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos*, 2010, p.35 y ss. Para distintas perspectivas de la cuestión: SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona, 1990; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, vol.III, Madrid, 1953; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., y VALLADARES RASCÓN, E., “Comentario al art. 1166 del CC”, en *Comentarios al Código Civil dirigidos por M.Albaladejo*, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1991; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., “Naturaleza jurídica de la dación en pago”, *Anuario de Derecho Civil*, 10, julio-septiembre, Madrid, 1957; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 2008; ALBALADEJO GARCÍA, M., “La dación en pago”, en *Extinción de las obligaciones (dir., Ferrándiz Gabriel, J. R.)*, Madrid, 1996; LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, Madrid. La Ley, 2014, p.138; SERRANO ALONSO, E., “Consideraciones sobre la dación en pago”, en *Revista de Derecho Privado*, LXII, Madrid, 1978; CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, fresh start, y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, n. 43, 2012.; SERRANO CHAMORRO, Mª. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Cizur Menor, Navarra, 2006. Es preciso distinguir entre *datio in solutum* voluntaria, que requiere el consentimiento del acreedor para que se produzca el pago; y *datio in solutum necessaria*, en la que la norma prescinde la voluntad y atiende directamente a la situación de insolvencia del deudor, sustituyendo la ejecución e imponiendo al acreedor la aceptación. BLANCH NOUGUÉS, J.M., ob. Cit., 21, 2010, p. 35.

³⁰⁷ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Ejecuciones hipotecarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1, 2012.

El código civil español no regula la dación en pago³⁰⁸, sin embargo, existen referencias expresas a esta figura en otros preceptos normativos³⁰⁹, encontrando el fundamento jurídico de su admisibilidad en

³⁰⁸El motivo lo identificamos en el hecho de que la doctrina clásica francesa se distinguió de la tendencia europea del momento, sin acoger la figura en el derecho francés, puesto que el hacerlo significaba ir en contra de los postulados de libre comercio por imponer el aliud pro alio al acreedor. BLANCH NOUGUÉS, J.M., *idem supra*. No obstante, otras realidades jurídicas como la alemana si le han dado cabida en sus códigos: en el art. §364 BGB se señala que: «Una obligación queda extinguida si el acreedor acepta, en lugar del cumplimiento, una prestación distinta de la debida. Si el deudor, con el propósito de satisfacer al acreedor, asume una nueva obligación hacia él, no se presume, en caso de duda, que asuma la obligación en lugar del cumplimiento». En el código civil italiano la referencia a la prestación en lugar de cumplimiento la encontramos en el art.1197: «Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta».

³⁰⁹Sin embargo, encontramos referencia expresa a esta figura en otros preceptos normativos, como por ejemplo el art. 1521 CC: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago»; también en el art. 1636 CC: «Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que v endan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica»; Artículo 1849 CC: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador»; otro de los casos es el art.1872 del CC, que permite al acreedor en caso fallido de la enajenación de la prenda, hacerse dueño de ésta, en cuyo caso quedará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Además, también la encontramos en el art.155.4 de la Ley Concursal, cuando establece que La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que

el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en nuestro Derecho en el art.1255 del C.c.

Se trata de un concepto construido doctrinal y jurisprudencialmente, del mismo modo que su régimen jurídico. Así, el Tribunal Supremo la ha definido como «aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación»³¹⁰.

corresponda; y en el art.140 de la Ley hipotecaria, en el que nos detendremos más adelante. Se le hace referencia expresa en otras leyes como por ejemplo en el Derecho foral navarro, en concreto en el Fuero Nuevo de Navarra, cuya Ley 495 regula expresamente la dación en pago convencional: Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiriera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación.

³¹⁰ STS 19 de octubre de 2006. Citamos también otras relativas a su definición en el ordenamiento jurídico español: Algunas definiciones las encontramos en distintas sentencias; como por ejemplo STS 27 de diciembre de 2012, según la cual, «*la dación en pago, es una forma especial de pago, como negocio jurídico emitido voluntariamente por personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar*»; en la Sentencia de 13 de febrero de 1989 se afirma que «*la "datio pro soluto"...si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular*» y que «*esta figura jurídica, conforme a la construcción de la Jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito*». - Entre algunas de las sentencias que se citan, las SSTS de 19 de octubre de 1992, rec. 1496/1990 y 23 de septiembre de 2002, rec. 699/1997, o STS de 8 de febrero de 1998-. (...)«*Es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación*», según la Sentencia de 5 de octubre de 1987, o «*lo que se conoce por la doctrina actual con el nombre de "subrogado del cumplimiento"*» en virtud

Resulta oportuno diferenciar en esta sede la figura de la dación en pago de otras con las que podría confundirse. Uno de los casos es la cesión de bienes. En primer lugar, ésta si se encuentra regulada en el Código Civil, en particular en el art.1175³¹¹. Y además, mientras que en la cesión de

de la Sentencia del TS de 25 de mayo de 1999, rec. 2850/1994. En la STS 21 de octubre de 2005, rec. 1406/1999, leemos que *«la dación en pago como una compraventa, es una forma especial de pago llamada también por influencia de la Doctrina alemana "subrogado del cumplimiento" por el que el deudor, con el consentimiento del acreedor, realiza a título de pago una prestación distinta de la debida»*. Además, a falta de regulación expresa en el Código Civil, en cuanto a su régimen jurídico, es la Jurisprudencia como hemos dicho, la que se ha encargado de individuar la disciplina aplicable: con independencia de la forma negocial bajo la que las partes determinen la transmisión de bienes en la que consiste la dación en pago, deben aplicarse analógicamente las normas relativas al contrato de compraventa, siendo el crédito el precio que el acreedor-comprador pagaría para la adquisición de la propiedad de éstos al deudor-vendedor. Así, la Sentencia de 8 de febrero de 1996, rec. 2280/1992: *«esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación»*; de forma enteramente coincidente con los artículos 1445, 1447 y 1448 del Código Civil para la compraventa. En el mismo sentido, STS de 30 noviembre de 2000, RJ 2000\9319, que afirma que *«se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas»*.

³¹¹*«El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se*

bienes el deudor transmite a sus acreedores el poder de gestionar la liquidación de los bienes cedidos para que con el importe de su venta cobren sus respectivos créditos, la dación en pago tiene como efecto característico la transmisión inmediata de la propiedad del bien que se entrega a cambio (cuando es un bien) y produce la extinción inmediata de la obligación preexistente, poniendo fin a la responsabilidad del deudor. Sin embargo, la cesión de bienes no tiene este efecto inmediato, sino que inicia un proceso que permite llegar a la extinción mediante la realización de los bienes y sólo libera al deudor – al final – por el importe líquido de lo cedido, subsistiendo su responsabilidad por la parte del crédito no cubierta. No podemos olvidar que la cesión de bienes se produce en una situación de insolvencia del deudor, y en el caso de la dación no es necesario este factor, puesto que es posible que el deudor siga teniendo patrimonio, y que lo que le falte sea sólo liquidez³¹². No va confundida tampoco con la adjudicación en pago del bien hipotecado, posibilidad presente al final del procedimiento ejecutivo hipotecario, también en el extrajudicial. Si bien es cierto que en ambas se extingue la obligación, hay quien afirma que la Adjudicación en pago hace referencia a los actos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de acto

celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del Título XVII de este Libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

³¹² MANTECÓN, LACRUZ, M., “La moderna dación en pago”. *Revista de Derecho Civil*, 2014, p.295. No va confundida tampoco con la adjudicación en pago del bien hipotecado, posibilidad presente al final del procedimiento ejecutivo hipotecario, también en el extrajudicial. Si bien es cierto que en ambas se extingue la obligación, hay quien afirma que la Adjudicación en pago hace referencia a los actos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de acto de autoridad o funcionario, o por persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico. LATOUR BROTONS, J., *Notas sobre la dación en pago*, RDP, 1953, t. XXXVII, p. 633. Para un desarrollo de tal distinción, y otras, MANTECÓN, ob.cit. p.296 y siguientes.

de autoridad o funcionario, o por persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico.

Pues bien, como decíamos antes, esta figura queda más que consolidada en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. En concreto en el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual de adhesión voluntaria que contiene como anexo la norma. Siendo precisos, es en su art.3.b en el que se establece que la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda, como medida sustitutiva a la ejecución hipotecaria.

El motivo de la promulgación de la norma fue la profunda crisis económica que atravesaba España, años, durante los cuales se adoptaron medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos continúan recayendo³¹³. El mismo gobierno reconoce en el texto la situación socioeconómica del país, en la que una parte de la población quedaba privada del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución española. Sin embargo, a pesar de la gravedad de la situación, el recurso a la dación en pago se configura como una última alternativa³¹⁴. Un mecanismo a poner en

³¹³De este modo inicia el texto consolidado del Real Decreto.

³¹⁴ En su tenor literal: *«El citado Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital*

marcha cuando fracasen las opciones anteriores y que sólo se aplicará a sujetos que vivan en el umbral de exclusión; es decir a aquellos “*que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia*”.

El código de buenas prácticas no se ha visto afectado por la nueva Ley de contratos de crédito inmobiliario, aunque sí haya modificado el ámbito de aplicación del Real decreto. Esto quiere decir que la situación española actual, sigue siendo la misma que antes en cuanto a las posibilidades de extinción de la deuda hipotecaria.

No obstante el uso excepcionalmente necesario³¹⁵ – como hemos visto, por la profunda crisis y por evitar desahucios que impiden el cumplimiento del derecho constitucional a una vivienda digna – de la figura de la dación en pago, ésta presenta algunos inconvenientes de los cuales son conscientes los juristas, como una posible abstracción de la

y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda».

³¹⁵ DÍAZ FRAILE, J.M., “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.732, p. 1845-1905; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista de Derecho Privado*, n. 28, 2012, p. 25-70.

hipoteca³¹⁶. Quizás el obstáculo más importante lo encontramos en el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrada en el art.1911 de nuestro código civil, en virtud del cual, como es sabido, del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Concordando con esta disposición, se pronuncian el art.105 de la LH, en virtud del cual “la hipoteca no alterará la responsabilidad personal e ilimitada del art.1911 del Código Civil; el art.579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite al acreedor obtener la completa satisfacción de su derecho de crédito; y el art.692.1 de la misma ley.

No obstante todo lo anterior, siendo el legislador consciente de la complejidad del sector hipotecario y de la naturaleza de los intereses en juego, la Ley Hipotecaria permite pactar una hipoteca de responsabilidad limitada, es decir que se pacte, válidamente, *“en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”*.

Como vemos, el legislador regula una alternativa que presenta la misma excepción que la dación en pago a los principios anteriormente

³¹⁶ LÓPEZ MEJÍA, M., REQUENA TORRECILLAS, C., “La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria”, en *Cuadernos de derecho y comercio*, 2014, p.162; FALCÓN Y TELLA, R., “Dación en pago de inmuebles hipotecados: consecuencias en el IRPF del deudor, en el IS de la entidad financiera y en el IIVTNU”, *Rev. Quincena Fiscal*, n. 12, 2012.

descritos, distinguiéndose de ésta en el hecho de que el pacto debe figurar desde el momento de la constitución de la hipoteca.

Si, como dijimos al principio de este epígrafe, podemos deducir que uno de los motivos por los que no se haya introducido por el legislador español el pacto marciano expresamente como lo ha hecho el italiano, es la descrita dación en pago; otro, puede ser la semejanza entre el susodicho pacto y el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria vigente en España³¹⁷, al que se le reconoce la característica de ser el «*trasunto del viejo pacto marciano que superaba la prohibición del pacto comisorio al establecerse un método de valoración objetiva del bien que no quedaba a la voluntad del acreedor*»³¹⁸.

Además, hemos de señalar, que el art.1858 de nuestro Código civil, relativo a disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca, según el cual vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor; no establece como requisito que la venta, instada por el acreedor, se formalice judicialmente. Quizás sea uno de los fundamentos por los que precisamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros hayan reconocido, por criterio de analogía con la prenda, – para la que está previsto un procedimiento de enajenación mediante subasta

³¹⁷ Arts. 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y ss. de su Reglamento

³¹⁸ En un artículo de opinión publicado en la página web del Consejo general de la Abogacía, escrito por Vicente Guilarte Gutiérrez, titulado Ejecución extrajudicial y tutela de consumidores, y disponible en <https://www.abogacia.es/2014/02/27/ejecucion-extrajudicial-y-tutela-de-consumidores-y-ii/>

pública y ante Notario-, la validez del proceso extrajudicial de enajenación de los bienes hipotecados³¹⁹.

No obstante, introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del pacto marciano en los contratos de garantía de bienes inmuebles³²⁰, ha sido planteada bajo las siguientes justificaciones: «ofrece la posibilidad de que, mediante una tasación independiente, se pueda quedar el acreedor con la finca sin procedimiento judicial, a trueque de quedar liberado el deudor, sin necesidad de adjudicación en pago», «dar eficacia a estos pactos puede ser conveniente la atribución de un poder irrevocable a un tercero que ejecute la venta y realice las operaciones de liquidación y pago de la deuda», y que la «validez de estos pactos ha sido reconocida por la Jurisprudencia y por la doctrina mayoritariamente»³²¹.

³¹⁹ GUILARTE ZAPATERO, V.; “Comentario al artículo 1858 del Código civil”, en L. Díez-Picazo R., Bercovtzt C., Paz-Ares P., Salvador Coderch (coords.), *Comentarios del Código civil*, 2 ed, Madrid, 1993, p. 1861 ss.

³²⁰ JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 727, 2011, p. 2928-2963.

³²¹ Estas son las declaraciones del Notario D. Javier Gadeazábal en el cuarta sesión del XI Congreso Notarial Español, celebrado en Benidorm en 2011. En cuanto a doctrina, cabe decir que ésta se muestra abierta al pacto marciano siempre que se establezcan medios objetivos y seguros de evaluación del valor de la cosa, y, entre otros: DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en *Sistema de Derecho Civil*, ob. Cit., p. 499 y ss., ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, Vol. Segundo, ob.cit., p. 246, FELIU REY, ob.cit., p. 90 a 95. En cuanto a la jurisprudencia, citamos SAP Madrid 307/2014, 1 de Septiembre de 2014, «Este es el planteamiento de la parte apelante, al sostener que, en realidad, más que ante un ilícito pacto comisorio, estaríamos en presencia del llamado pacto marciano. Este ha de entenderse como aquel celebrado entre el deudor y el acreedor, consistente en que ante un incumplimiento de la obligación dineraria, en el momento de su vencimiento, el acreedor pueda quedarse en propiedad

En enero de este mismo año, antes de la promulgación de la LCCI, la Dirección General del Registro y del Notariado, emitió una resolución³²² relativa a la validez del pacto marciano en una hipoteca naval. En cuanto a ésta, textualmente ha mencionado que “al modo de las hipotecas inmobiliarias, el pacto de venta extrajudicial en el ámbito de la hipoteca naval no ha suscitado problemas de aceptación”. La relevancia reside en el hecho de que esta Resolución en ningún momento tras lectura parece estar condicionada a la sola naturaleza específica de la hipoteca naval, lo que permite plantear la posibilidad de admitir el “pacto marciano” en otras garantías reales.

el bien objeto de garantía, previa su justa valoración, con el deber de reintegrar el posible exceso en relación al importe de la deuda ejecutada.En su virtud, siendo el contrato " lex inter partes" habrá que estar a lo dispuesto en sus estipulaciones en méritos del principio de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1.255 del Código Civil al señalar que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público (SS. del T.S. de 16-3-95, 29-11-96 y 13-7-07) »,y, «El resultado que se persigue con el pacto de don Marcos y doña Elisenda, no está prohibido ni es contrario al ordenamiento jurídico». De especial relevancia resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017. En ésta se deniega la validez del pacto comisorio, por entender que no contaba con un «procedimiento objetivable de valoración de la adquisición». Lo cual, permite interpretar que en caso de haber incluido dicho mecanismo, la inscripción del pacto sería válida. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio 2010, que admite la validez del pacto comisorio siempre que se cumplan dos presupuestos: que el pacto esté causalmente ligado al crédito; y que no falte un procedimiento objetivo de valoración del bien.

³²² Resolución de 26 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Santa Cruz de Tenerife, por la que se deniega la inscripción de determinados pactos de una hipoteca naval. Disponible en «BOE» núm. 24, de 28 de enero de 2019, páginas 7744 a 7755.

7.-Algunas consideraciones.- Después de lo expuesto en los párrafos precedentes, nos detenemos en este punto para realizar algunas reflexiones en relación con las figuras analizadas hasta ahora.

Si tenemos en cuenta el fin último de la MCD, que es la tutela de los consumidores, es necesario resaltar el hecho de que el desequilibrio existente entre la entidad de crédito y el valor del bien, y el consumidor como parte débil contratante, no es la única manifestación de debilidad del deudor³²³. Nos referimos al principio de proporcionalidad de las prestaciones³²⁴. En otras palabras, la proporción entre ellas no es justificación suficiente que garantice la validez del pacto marciano, puesto que la proporcionalidad entre el valor del bien y la deuda no garantiza el derecho del deudor de que se ejerza un control de los poderes de autosatisfacción del acreedor³²⁵.

La solución del pacto marciano se limita a evitar sólo la desproporción entre el crédito concedido y el valor del bien dado en garantía, pero puede que esto no sea suficiente para tutelar la situación de debilidad del deudor, que seguramente necesita que se dedique más atención a los riesgos del incumplimiento. Es por esto que compartimos la opinión de quien afirma que no es tan importante la discusión entre pacto marciano o prohibición del pacto comisorio, como lo es la necesidad de determinar qué tutela hay

³²³ TOMMASSI, S., ob.cit., p.191.

³²⁴ Esta afirmación se traduce en términos de equilibrio contractual, el cual no termina por identificarse sólo con la mera proporción, entendida como equivalencia económica, sino que con éste se pretende evaluar si el reglamento contractual encuentre justificación en el esquema de valores del ordenamiento. En este sentido, PERLINGIERI, P., “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, en *Rassegna di diritto civile*, n. 2, 2001, p. 441 y ss; y, del mismo autor: “Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale” en *Rassegna di diritto civile*, 2017, n. 1, p. 218 y ss.

³²⁵ CARNEVALI, U., *Patto commissorio*, ob. cit., p.505.

que garantizar al deudor cuando se pacto que en caso de que incumpla, perderá definitivamente su bien³²⁶. Y ésta, no debe ni puede limitarse a la simple restitucion entre el valor del bien y el de la deuda³²⁷. Es más, una vez satisfecho el crédito, en caso de que hubiere un capital residual, no hay justificación alguna para que este valor, sin ningún título, permaneciese en el patrimonio del acreedor, por ello, en cualquier caso, se le restituiría al deudor, estuviese o no previsto en el pacto que las partes estipulasen³²⁸. De ahí que sea necesario, como afirmábamos, que se lleven a cabo políticas legislativas que garanticen a nivel sistemático un mínimo de tutela que otorgue un equilibrio del incumplimiento, en interés de ambas partes.

En cuanto a la relación entre el pacto marciano y la opción de *la datio in solutum*, también esta última puede traducirse en una desproporción entre el valor del bien dado en garantía y el de la deuda³²⁹. Sin embargo,

³²⁶ TOMMASSI, S., ob.cit., p,193.

³²⁷ CIPRIANI, N., ob. Cit., p.995.

³²⁸ Así lo comparte, DOLMETTA, A.A., “La ricerca del «marciano utile»”, en *Rivista di diritto civile*, 2017, vol. 63, n. 4, p. 811 y ss. se encarga de resaltarlo el legislador europeo con el apartado quinto del art.28 de la Directiva, según el cual «Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria. Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor».

³²⁹ De este modo, hay doctrina partidaria de introducir una limitación a la validez del pacto de la *datio in solutum*, en los casos en los que la desproporción se traduzca en una inequidad contractual. Así, hay quien considera, en el caso italiano, que mientras que el legislador no intervenga, la jurisprudencia podría recurrir para cuestionar la validez del pacto, al art.33.2.f del Código de consumo, por considerar abusivas las cláusulas que tienen por objeto u efecto imponer al consumidor en caso de

las diferencias son notables. En la *datio*, el consumidor, de acuerdo con el acreedor, concuerda dar un bien distinto del original. De ahí que éste intente tutelar al acreedor de la posibilidad de hacerse con una prestación distinta.

No podemos decir lo mismo de la introducción de un pacto marciano cuya finalidad, en teoría, es la de tutelar al deudor en situación de dificultad. Además, se ha afirmado que la prestación en lugar de cumplimiento se trata de un contrato real cuyo perfeccionamiento tiene lugar sólo en el momento en el que la prestación distinta a la pactada se ejecuta. Es evidente que en el caso del pacto, el perfeccionamiento tiene lugar en un momento precedente al ejecutivo.

Otro de los aspectos que distingue a ambas figuras es la relevancia que en el pacto tiene la naturaleza del bien dado en garantía, que no es ajeno a los acontecimientos relativos al incumplimiento, pues que éste está ligado directamente a la violación de la obligación; mientras que en la *datio* no ocurre lo mismo.

Además, se debe tener en cuenta que, por ejemplo, en el caso italiano que se fija la naturaleza del incumplimiento, es decir la falta de pago de 18 mensualidades, el consumidor ya ha cumplido en parte con la obligación originaria. Hay por lo tanto un cumplimiento parcial de ésta ya efectivo, con lo cual, la transferencia del bien sería una prestación a “añadir”, sin sustituir a la originaria³³⁰.

incumplimiento, el pago de una suma de dinero en concepto de resarcimiento, cláusula penal o similar de importe manifiestamente excesivo. LUMINOSO, A., *Patto commissorio*, ob.cit., p.30.

³³⁰ PERLINGIERI, P., “Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento: art. 1230-1259 del Codice Civile”, *Commento al Libro quarto, Delle obbligazioni*, Zanichelli, 1975, p.447 y ss.

Por último, la *ratio* del pacto marciano, no parece que sea la de dar una alternativa al deudor entre incumplimiento o transfrencia del bien, sino que se trata de una disciplina que intenta evitar que el consumidor pierda el inmueble, en consonancia con cuanto dispuesto en el considerando 27 de la Directiva³³¹.

De este modo, y para concluir, a juicio de quien escribe, no resulta descabellada la idea italiana de haber incluido en su texto unico bancario la permisión de una cláusula marciana, ya reconcida para otros supuestos legales como las garantías financieras. Se trata de un procedimiento de ejecución que tiene como objetivo obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes a beneficio de ambas partes, permitiendo lograr un equilibrio de los intereses involucrados, evitando enriquecimientos injustos o comportamientos abusivos, pero una justa satisfacción de la deuda.

Si bien es cierto que se puede pensar que contando con otros mecanismos legales, la admisión expresa en los ordenamientos jurídicos de este pacto no urgía, lo es más el hecho de que el Derecho evoluciona y debe adecuarse y adaptarse a las necesidades económicas y sociales de los tiempos que corren, de ahí que la regulación del pacto marciano como instrumento de autotutela y de garantía de una mejora en la situación de los deudores en situación de dificultad sea un paso más en la construcción de un sistema hipotecario y financiero equilibrado.

³³¹ «Conviene alentar a los prestamistas a abordar con anticipación en una fase temprana el riesgo de crédito emergente, y establecer las medidas necesarias para garantizar que los prestamistas se muestren razonablemente tolerantes y hagan todos los esfuerzos razonables para resolver la situación antes de iniciar un procedimiento de ejecución».

CONCLUSIONI

Con il presente lavoro di ricerca abbiamo cercato di seguire un filo logico e coerente. Se l'oggetto dell'analisi di questa tesi di dottorato è stata la tutela del consumatore alla luce della MCD, il percorso per giungere alle conclusioni che spiegherò qui di seguito è stato: in primo luogo, quello di individuare chi è l'oggetto del diritto protetto: il consumatore. In secondo luogo, esaminare i due principali strumenti di tutoraggio su cui si basa la direttiva: l'informazione precontrattuale e l'educazione finanziaria. In terzo luogo, è stato condotto uno studio su due dei principali pilastri della norma in termini di misure preventive di tutela dei consumatori: da un lato, l'imposizione di obblighi precontrattuali agli istituti finanziari, come la valutazione della solvibilità, volta a eliminare la concessione irresponsabile del credito e, dall'altro, l'introduzione del principio generale di ragionevole tolleranza, al fine di evitare le preclusioni e le gravi conseguenze sociali che esse comportano.

L'obiettivo della ricerca attraverso l'analisi di questa direttiva è quello di determinare se gli strumenti di protezione che essa offre sono realmente efficaci per raggiungere lo scopo proposto dalla norma. Come vedremo più avanti, la risposta, a nostro avviso, è no. Per questo motivo, per quanto possibile, le critiche che abbiamo ritenuto necessarie saranno accompagnate da possibili soluzioni.

Le conclusioni saranno suddivise in quattro sezioni, che coincideranno con la struttura seguita in questo lavoro.

La prima riguarda l'impatto delle diverse definizioni di consumatore in vigore nel diritto dell'Unione europea.

Il secondo è l'efficacia dell'informazione precontrattuale come strumento di protezione.

In terzo luogo, ci concentriamo sullo schema dei rimedi offerti al consumatore in caso di violazione dell'obbligo precontrattuale di analizzare la solvibilità.

Ed infine, sempre in relazione alla natura preventiva della tutela, nell'incidenza dell'interpretazione del principio di ragionevole tolleranza.

A) Non esiste un concetto unitario e uniforme di consumatore a livello europeo. In primo luogo, perché lo spirito europeo non è la protezione dei "deboli", ma è inevitabilmente orientato verso l'economia, verso i soggetti del mercato che vi operano e si trovano quindi in una logica situazione di domanda di protezione. L'altra ragione è la necessità di adeguare il diritto europeo ai cambiamenti sociali e agli sviluppi tecnologici.

I nuovi operatori di mercato, i nuovi contratti, il costante sviluppo di nuovi prodotti, sono fattori che, legati alle diverse esigenze dei soggetti, rendono inevitabile la conformazione di diverse tipologie di consumatori, e quindi di diverse definizioni degli stessi. In ogni caso, il fatto che non esista un concetto univoco non significa che non si noti una certa omogeneità.

Ai fini dell'applicazione, ciò significa che sarà necessario trattare ogni caso per offrire la corrispondente tutela. Lo scenario può essere sostanzialmente spiegato come segue: consumatore A = standard A; consumatore B = standard B, ad esempio. Il punto è che ogni norma ha obiettivi diversi, quindi cercano la protezione di soggetti diversi, in diversi settori del diritto. Questo è uno scenario che può anche farci credere che la costruzione di un sistema unitario non sia stata né efficiente né efficace. E' infatti sconsigliabile, perché la tecnologia continuerà ad evolvere, nuovi attori del mercato, nuovi prodotti e nuovi consumatori continueranno ad emergere.

Di conseguenza, dimostra che l'attuale flessibilità normativa³³² è necessaria.

Logicamente, esiste un pero. E il vero problema in questo scenario è la disuguaglianza in termini di protezione. In Spagna, ad esempio, le persone giuridiche sono protette, mentre in altri paesi del nostro ambiente immediato, come l'Italia, non lo sono. Se l'obiettivo del diritto europeo è quello di garantire la protezione dei consumatori, comprendiamo che tale garanzia deve rispondere allo stesso modo. Affinché ciò avvenga, riteniamo che una soluzione tempestiva sarebbe sicuramente quella di forgiare parametri di base attraverso la massima armonizzazione, evitando che questioni come l'estensione del concetto di consumatore alle persone giuridiche cadano completamente, in alcuni casi, in un lavoro interamente giurisprudenziale.

³³² Un esempio, tra molti altri, è la definizione di "destinatario del servizio" fornita dalla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. La norma stabilisce che il destinatario del servizio è qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza un servizio della società dell'informazione per motivi professionali o di altro tipo, in particolare per cercare informazioni o renderle accessibili. In ogni caso, la direttiva, pur riconoscendo le persone giuridiche quali destinatari del servizio, mantiene comunque una nozione restrittiva di consumatore, definendola come qualsiasi persona fisica che agisca per fini che esulano dalla sua attività economica, imprenditoriale o professionale. Come segno di evoluzione in questo senso, si cita la seconda direttiva sui servizi di pagamento, il cui articolo 4, dedicato alle definizioni, non include la figura del consumatore, mentre identifica sia le persone fisiche che giuridiche come pagatori, beneficiari e utenti dei servizi di pagamento.

B) La particolare rilevanza che il legislatore comunitario ha attribuito alla disciplina degli obblighi di informazione precontrattuale, la identifichiamo nell'obiettivo di consentire al consumatore di confrontare e valutare le diverse offerte, in modo che quando conclude il contratto, lo faccia con piena consapevolezza e conoscenza dei fatti. È evidente che l'informazione risponde ad un obiettivo: proteggere preventivamente.

Tuttavia, le ragioni per raggiungere questo obiettivo non sono così ovvie. Le politiche dell'Unione europea sono rivolte al consumatore, in questo caso i clienti delle banche, ma perché: il mercato. Con il sistema di obblighi precontrattuali introdotto nella norma, permettetemi di usare l'espressione: due piccioni vengono presi con una fava.

Se, da un lato, è innegabile che con le informazioni fornite il consumatore deve avere sufficienti conoscenze per sapere riconoscere quando non deve contrattare, evitando a se stesso la concessione irresponsabile del proprio credito; dall'altro lato, è anche vero che un consumatore che dispone di una serie di strumenti e strumenti che facilitano la comprensione delle sue operazioni, è un consumatore che si fida, o almeno dovrebbe fidarsi del mercato, favorendo così il suo corretto funzionamento.

Tuttavia, l'informazione come strumento di tutela presenta alcuni inconvenienti:

Il primo è il sovraccarico di informazioni, un iperprotezionismo che finisce per ostacolare il rispetto dell'obiettivo della norma. La soluzione potrebbe essere trovata a questo proposito nell'educazione finanziaria.

La seconda, la cura di sé. Il legislatore europeo, come abbiamo visto, introduce il binomio etero e autotutela. Un cliente informato è un cliente consapevole, e un cliente consapevole è una decisione ben presa grazie alle informazioni, ai consigli e alle spiegazioni appropriate che sono state fornite, che a sua volta implica un'azione responsabile da parte loro, che implica o non contrarre per aver compreso perfettamente i rischi e le

conseguenze che questa azione comporta o farlo dopo aver confrontato i prodotti del mercato, potendo scegliere il più conveniente per lui.

Tuttavia, c'è la possibilità che questa autotutela possa andare contro di loro. Il principio dell'auto-responsabilità può diventare un onere da sostenere: semplicemente perché siamo informati, è inteso a non effettuare operazioni finanziarie irresponsabili. Sembra che il semplice avvertimento dei rischi che possono accompagnare la contrattazione di un credito, sia una protezione sufficiente, dopo di che, tutto dipende dal consumatore³³³.

Il terzo, il regime sanzionatorio. Conformemente a quello che già sembra essere il principio generale del legislatore europeo, il legislatore europeo non specifica quali sono i rimedi a disposizione dei clienti delle banche in caso di violazione degli obblighi di informazione precontrattuale, delegando agli Stati membri la determinazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Il punto debole del sistema europeo è lo squilibrio nell'equilibrio. Se l'obiettivo è quello di standardizzare il mercato del credito, sarebbe logico non solo standardizzare l'accesso al mercato, ma anche gli strumenti di vigilanza una volta sul mercato. Dal nostro punto di vista, è necessaria una riforma delle politiche legislative dell'Unione europea che determinerà l'applicazione dell'impatto nei diversi sistemi nazionali.

³³³ In realtà, si tratta di una critica piuttosto rigida, poiché non possiamo dimenticare che siamo ancora in fase precontrattuale e che, per evitare la concessione irresponsabile di crediti che potrebbe provocare un'altra crisi economica, è l'obbligo di valutare la solvibilità del consumatore a determinare se sia finalmente conveniente concludere il contratto. In altre parole, l'informazione è importante, ma in definitiva non decisiva in questo senso; mentre trova ragione di essere uno strumento che ci permette di distinguere le proposte ingannevoli.

C) In più di un'occasione il legislatore europeo cita la concessione irresponsabile di crediti o il comportamento irresponsabile delle istituzioni finanziarie come causa della grave crisi che abbiamo sofferto qualche anno fa. Da qui l'insistenza sull'adempimento dell'obbligo precontrattuale di analizzare la solvibilità del consumatore prima di contrarre un credito.

In tutto il capitolo III della presente tesi è stato descritto che questa analisi si basa su uno scambio di informazioni tra le due parti, consumatore e banca.

Come meccanismo di tutela preventiva, non abbiamo nulla da obiettare. Si tratta infatti di un obbligo che è più che logico e necessario in questo tipo di operazioni. L'avvertimento dell'incapacità del cliente di rimborsare il debito sembra essere una ragione più che sufficiente per rifiutare il credito.

Il punto debole di questo sistema è ancora una volta il regime sanzionatorio. La direttiva non contiene alcuna disposizione in caso di violazione di tale obbligo precontrattuale. Ancora una volta, la grande discrezione concessa agli Stati membri genera una pluralità di soluzioni, che è ben lungi dall'offrire pari tutela. Mentre in alcuni paesi il rimedio da adottare è la privazione degli interessi dell'ente bancario, in altri è nullo, in altri ancora, in altri, sanzioni amministrative.

Tuttavia, queste alternative non escludono ciò che il diritto civile può offrire.

Se l'obbligo di analizzare la solvibilità trascende sia nell'ambito dell'istituzione che eroga il credito che in quello del consumatore; ciò implica il riconoscimento di come la sfera pubblica e quella privata siano contestualmente articolate, cioè la tutela civile con l'opera di vigilanza bancaria.

È quindi necessario, il dovere di contemplare sia da una prospettiva globale che di interpretazione comune, coerente con la pluralità degli interessi protetti.

Appare logico inserire sia l'obbligo di valutazione della solvibilità che il divieto di concedere crediti, oltre alle norme prudenziali, anche nei rispettivi codici civili³³⁴.

Anche perché no, creare un nuovo tipo di regolamentazione europea che non è certamente caratterizzata da mandati che in realtà non impongono nulla, ma che consentono di fare o non fare³³⁵.

Non è possibile procedere con un sistema di armonizzazione minima sempre giustificato dalla non invasività delle legislazioni nazionali. Riteniamo necessario, per un'efficace protezione a posteriori e per creare un mercato ipotecario comune non solo economico, ma anche giuridico, introdurre nuovi meccanismi legislativi che specifichino e specifichino quali risorse sono a disposizione delle parti interessate, come e quando possono farle rispettare.

D) Un ulteriore esempio del potere discrezionale finora menzionato è la possibilità di introdurre nuovi meccanismi di tutela, al fine di rispettare il principio di agire sulla base di una ragionevole tolleranza. Ma è una possibilità. Come abbiamo visto, l'ordinamento giuridico italiano è stato uno di quelli che ha scelto di sfruttare questa possibilità introducendo espressamente la figura del patto marziano.

Si tratta di una procedura esecutiva che mira ad ottenere il massimo rendimento economico con i minori costi a beneficio di entrambe le parti, consentendo di raggiungere un equilibrio degli interessi coinvolti,

³³⁴ ARROYO AMAYUELAS E., ob. Cit., p.161.

³³⁵ Il linguaggio che troviamo nelle direttive ne è una buona prova. Gli Stati membri "possono", "incoraggiano", "promuovono", ecc.

evitando arricchimenti indebiti o comportamenti abusivi, ma una giusta soddisfazione del debito.

Se è vero che si può pensare che avere altri meccanismi giuridici in atto, l'ammissione esplicita nei sistemi giuridici di questo patto non era urgente, lo è ancora di più il fatto che il diritto si evolve e deve essere adattato e adattato alle esigenze economiche e sociali dei nostri tempi, ed è per questo che la regolamentazione del patto marziano come strumento di auto garanzia e garanzia di miglioramento della situazione dei debitori nei momenti di difficoltà è un ulteriore passo avanti nella costruzione di un sistema ipotecario e finanziario equilibrato.

Il principio generale di ragionevole tolleranza è, in questo caso in cui la preclusione forzata diventa l'ultima risorsa per estinguere un debito, la prova che in realtà, nonostante le critiche mosse, le politiche europee non trascurano la dimensione sociale dell'economia.

Le gravi situazioni sociali che paesi come la Spagna, la Grecia, il Portogallo o l'Irlanda hanno subito sono episodi che vengono evitati a tutti i costi, non solo dal punto degli interventi normativi, ma soprattutto giurisprudenzialmente.

Un esempio di questo lavoro giurisprudenziale sono le cinque questioni pregiudiziali che vari tribunali spagnoli hanno sottoposto alla Corte di giustizia europea sulla nullità della clausola di scadenza anticipata³³⁶. In questa sede cogliamo l'occasione per formulare un'altra critica, direi la più importante, alla direttiva UE/17/2014.

All'indomani della crisi economica, ci si è resi conto che, oltre alla concessione irresponsabile del credito come causa della crisi, ha avuto un

³³⁶ (C-92/16;C-167/16; C-486/16;C-70/17;C-179/17)

ruolo anche il carattere abusivo di alcune clausole di risoluzione anticipata. Tuttavia, il legislatore europeo ha perso l'opportunità di regolamentare la questione nella direttiva sul credito immobiliare³³⁷. A nostro avviso si è trattato di un'azione davvero necessaria se si tiene presente che, in breve, la conseguenza della scadenza anticipata di un debito immobiliare può essere, come è stato, lo sfratto di molte famiglie.

Un intervento legislativo in materia potrebbe forse armonizzare in larga misura l'attuale situazione di disuguaglianza. Non è certamente possibile standardizzare esattamente un punto così complesso da dover tenere conto della situazione economica e immobiliare in ogni Stato membro, ma è forse possibile delimitare almeno alcuni parametri comuni per determinare i requisiti che il mutuatario deve soddisfare per perdere effettivamente il diritto alla scadenza del contratto. Inoltre, in questo caso, quando il debitore è un consumatore, si prevede che la violazione possa superare i parametri stabiliti e si ribadisce la dottrina che la gravità della violazione deve essere modulata in virtù della durata e dell'importo del prestito, e che al consumatore deve essere offerta la possibilità di evitare l'applicazione di questa clausola se mantiene una condotta diligente di riparazione. Affermazione che riteniamo di poter ricondurre al principio di ragionevole tolleranza³³⁸.

³³⁷ Questo, tuttavia, come non poteva essere altrimenti, è stato oggetto di regolamentazione nella nuova LCCI, in particolare nel suo articolo 24.

³³⁸ Ciò è confermato dalla causa C-45/11 (il famoso caso Aziz), causa c-90/14, e dal recente STS 463/2019 dell'11 settembre, rec.1752/2014. Quest'ultimo ha avuto come principale effetto che i procedimenti in corso possono essere archiviati se l'inadempimento del debitore non rispetta il nuovo limite di gravità imposto dall'articolo 24 della LCCI, che autorizza la scadenza anticipata se non vengono effettuati dodici pagamenti mensili. Ed è stato, diciamo parzialmente corretto, diciamo, con la risoluzione C-260/18 del 3 ottobre. La risoluzione recentemente pubblicata contiene alcune considerazioni sul contenuto della direttiva 93/13 sulle clausole abusive che avranno ripercussioni sulle clausole di scadenza anticipata. In sintesi, essa stabilisce che il sistema

IN generale, e per concludere, riteniamo che il panorama giuridico che attualmente troviamo a livello comunitario sia dovuto al tipo di sistema economico su cui si è basata la transizione dall'attuale Unione europea. Questo è stato fondato sull'ordoliberalismo e sul suo concetto di economia sociale di mercato, da cui i principi del libero mercato (proprietà privata e libertà contrattuale) sono limitati da interventi statali che condizionano le libertà economiche per evitare fallimenti del mercato.

Viviamo con un'evoluzione legislativa che, tenendo presente l'origine principalmente economica della nascita dell'attuale Unione, sarà sempre caratterizzata da queste caratteristiche. Non è necessario superarli, ma piuttosto trovare e, soprattutto, applicare i meccanismi e gli strumenti adeguati per non rallentare l'efficacia giuridica che una vera armonizzazione potrebbe offrirci.

di protezione istituito dalla suddetta direttiva a favore dei consumatori non è obbligatorio, cosicché, quando quest'ultimo decide di non utilizzare tali meccanismi, non sarà applicato, e sarà diritto del consumatore di opporsi ad essere protetto dalle conseguenze dannose causate dall'annullamento del contratto nella sua interezza, quando non intende invocare tale protezione.

BIBLIOGRAFÍA

ACHILLE, D., “Contratto di intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d’informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell’intermediario”, en *Riv. trim.*, 2008.

AGUERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva directiva en materia hipotecaria (directiva 2014/17/ue), una directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia unión europea”, *Centro de Estudios de Consumo, CESCO*, 2014, p.16.

ALABART DÍAZ, S., “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia”, *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios:(directiva 2014/17/UE)*. 2015. p. 223-276.

ALBALADEJO GARCÍA, M., “La dación en pago”, en *Extinción de las obligaciones (dir., Ferrándiz Gabriel, J. R.)*, Madrid, 1996;

ALBALADEJO GARCÍA, M.A., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, 2002, p. 381 y ss.

ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, XXIII*, Madrid, 1990, p.. 455 y ss.;

ALBALADEJO, M., *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad, vol.II, 7ª Edición*, 2002, p. 705;

ALBERICI, G., “Il dovere precontrattuale di buona fede”, *Rass. Dir. Civ.* 1982, p. 1901.

ALBERTARIO, E., “Della responsabilità precontrattuale”, *Dir. Comm*, 1910, p.48 y ss.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n.17, 2016.

ALEMÁN RIVERO, S.; DE LEZCANO SEVILLANO, I.D., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, 1994, p.30 y ss.

ALESSI, R., “I doveri di informazione”, *Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto*, p. 393.

ALLARA, M., *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, Palermo, 1927;

ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual, RCDI*, 1971, p. 849;

ALPA, G., “Art. 1”, en *G. Alpa e L. Rossi Carleo (a cura di), Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 17;

ALPA, G., “Diritto comunitario, status e tutela della persona”, en *Diritto privato europeo e categorie civilistiche (a cura di N. Lipari)*. Napoli, 1998, p. 59.

- ALPA, G., “L'attuazione della direttiva sul credito al consumo”, en *Economia y Derecho del terzario*, 1994;
- ALPA, G., *Diritto privato dei consumi*. Il Mulino, 1986, pg.14.
- ALPA, G., GAGGERO, P. *Trasparenza bancaria e contratti del consumatore*, 2006;
- ÁLVAREZ LATA, N., “Artículo 14. Obligaciones de evaluar la solvencia del consumidor”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014. p. 578-615.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, en M. Cuenca Casas (dir.), *La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y Consumo Responsables*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 794.
- AMBROSINI, S., “Il pegno non possessorio ex lege 119/2016”, en *Crisi d'impresa e fallimento*, 2016, p.3;
- AMBROSINI, S., “La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il cd patto marciano”, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2016, p.1075-1089.
- ANDERSON, M., “La Directiva 2014/17, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español”, en Arroyo Amayuelas y Serrano de Nicolás (dirs.): *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2016,
- ANELLI, F., *L'alienazione in funzione di garanzia*. A. Giuffrè, 1996.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”. *InDret*, 2017.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “La política de crédito responsable en la Unión europea. En particular, el análisis del mérito crediticio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2018, 1 (149), p. 85 y 86.
- ARROYO, AMAYUELAS, E. , “Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, 2009. p. 219 y ss.
- ARROYO, AMAYUELAS, E., “Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario”, en *Los contratos de crédito inmobiliario: algunas soluciones legales*, Editorial Reus, 2018, p. 158.
- ASTONE, M., “Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano”, en *Europa e diritto privato*, 2017, n.3
- ASTUTI, G., *Dazione in pagamento*, *Diritto romano e intermedio*, EdD., Varese, 1962;
- AUBRY, H., “Mortgage credit in France”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 4, p.175;

AVILA NAVARRO, P., *Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria*, RCDI , n. 625, noviembre-diciembre, 1994, p.2611.

AZARA A., “Commentario all’art.8 della Direttiva 2014/17/UE, gratuita della prestazione e statuto giuridico del debitore” en Navarretta, E., Sirena, P., Carriero, G. L., Macario, F., Maugeri, M. R., Orlandi, M., & Pagliantini, S., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE.*, 2016, p.224

BALBUENA, RIVERA, M., “Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio”, en Cuenca Casas, M y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014

BALDASSARRE, A., “Le sanzioni della Banca d’Italia”, en *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, 2011, p. 555 y 556.

BARBIER, H. *La liberté de prendre des risques.*, Aix-Marseille, 2011, p.62.

BARENGHI, A. “I contratti per adesione e le clausole vessatorie”, en *Tratt. dir.priv. eur.*, a cura di N. Lipari, III, p. 325 y ss.;

BARGELLI, E y DONADIO, G., “The Impact of Directive 2014/17 in Italy”, en Anderson M. y Arroyo Amayuelas E. (eds.): *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe: Contrasting Views from Member States*, Europa Law Publishing, 2017,

BARILLÀ, G. B., “Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio”, en *Corr. Giur*, 2017;

BELUCHE RINCÓN, I. *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant lo Blanch, 2009;

BENNATI, F., “Culpa in contrahendo”, en *Contratto e impresa*, Torino, 1987, p. 245;

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., y VALLADARES RASCÓN, E., “Comentario al art. 1166 del CC”, en *Comentarios al Código Civil dirigidos por M.Albaladejo*, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1991;

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El concepto de consumidor. AAVV, Hacia un código del consumidor”, *Manuales de formación continua*, 2005, p.33;

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a los artículos 2 y 3 TRLGDCU. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. R. Bercovitz, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 49-70;

BERTOLINI A., “La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell’analisi economica del diritto”, en *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, n. 2, p.332

BERTOLINI A., “Morosità e pignoramenti”, en *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*,

BETTI, E. *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*, 1969, p.86 y ss.;

BIANCA, M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p.202 y ss.

BIANCA, M.C., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en *Rivista di Diritto civile*, 1983, p. 206.

BIBLIOGRAFIA

BILOTTA, F., “La «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»: prime note”, en *AA. VV. Tendenze evolutive nella tutela del consumatore, Un ampio commento della nuova legge n. 281/98 ed appendice di giurisprudenza*, 1998, p.65 y ss.

BISCARDI, A., *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, Giuffrè, 1961.

BISCONTINI, G., *Adempimento parziale e datio in solutum*. Edizioni Scientifiche Italiane, 1984;

BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Acerca de la datio in solutum necessaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos*, 2010, p.35 y ss.

BOCCHINI, R., “La meritevolezza dell’accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore”, en *Giurisprudenza Italiana* p.2130;

BONGIORNO, G., “Profili sistematici e prospettive dell’esecuzione forzata in autotutela”, en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti, II*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 741 y ss.;

BONGIORNO, G., *L’autotutela esecutiva*, Milano, 1984;

BOTANA GARCÍA, G. «Comentarios al art. 1 LGDCU», en *E. Llamas Pombo (dir.), Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 39-81.

BOTANA GARCÍA, G.A., *Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales*, 2009;

BRECCIA, U., “Le obbligazioni”, en *Tratt.Dir.Priv. Iudica e Zatti*, Miano, 1991,

BRIANDA, G., “Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, “lex mercatoria” e tradizione”, en *Contratto e impresa*, 2016, p.797-835

BUONOCORE, V., “La Direttiva comunitaria de 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)”, *Banca Borsa e Tit. Cred.*, Milano, 1994, p.467;

BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Giappichelli, 1949;

BUSSANI, M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000;

BUSTOS PUECHE, J.E., *Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio*, ADC, 1990, II,

CALLE, GÓMEZ, E., “Los deberes precontractuales de información” en *La Ley*, 1994, p.74.

CALLIANO, O. M., *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, G Giappichelli Editore. 2013;

CALVO, R., “Il concetto di consumatore, l’argomento naturalistico ed il sonno della ragione”, en *Contr.impr.Eur.*, 2003, p. 715 y ss;

CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n. 1, 2011, p. 84-117;

CAMARDI, C., “Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza”, en *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 703;

CAMPOBASSO, G.F., *I contratti bancari, Manuale di diritto Commerciale*, UTET, Torino, 2003, p.415 y ss.

CAPOBIANCO, E. “Art. 1”, en E. Capobianco e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 3 y ss.;

CAPRIGLIONE, F. *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari. Commento al D. Legisl. n. 385 del 1993, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 1995.

CARBAJALES, M., *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores*. Marcial Pons, 2006;

CARNEVALI, U. voce “Patto commissorio” en *Enciclopedia del diritto*, 1982;

CARRASCO PERERA, Á.; *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010,

CARRIÈRE, P., “La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica” en *Banca, borsa e titoli di credito*, 2005, p.184;

CARRIERO, G., “La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario”. *Europa e diritto privato*, 2011, p.505.

CARRIERO, G., “Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole”, en *Il Foro Italiano*, 1992, 353/354-361/362;

CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE

reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, en *La Ley*, n.8636, 2015, p.7-10.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, vol.III, Madrid, 1953;

CATALANO, R., “L’ambito applicativo del pegno mobiliare non possessorio nella legge n. 119 del 2016”, en *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018,

CHIANALE, A., “L’ipoteca”, en *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da R. Sacco, *Diritti reali*, Torino, 2010, p.35, 37;

CHINÈ, G., “Art. 3”, en *Cuffaro V. (a cura di), Codice del consumo*, p. 15 y ss;

CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000;

CIVALE, F., “La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori”, en *Rivista di diritto bancario*, 2016, p.24

COSCO, G., “L’incidenza delle clausole abusive e delle pratiche commerciali sleali sulla sorte del contratto individuale”, en *Corr. Giur.*, 2012.

COSIALLS UBACH, A.M., “El plazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de derecho contractual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2012, p.1047-1075;

COSMA, S., “Il ricorso al credito delle famiglie italiane: sovraindebitamento o cambiamento culturale”. *Attualità e prospettive negli studi di Economia dei mercati e degli Intermediari finanziari*, 2006, p. 423-443.

COSTANZA, M., *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè Editore, 1989, p. 28.

CUENA CASAS, M., “Crédito responsable, fresh start, y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, *Rev. El Notario del siglo XXI*, n. 43, 2012;

CUENA CASAS, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2017, pg. 2879.

CULASSO, M.F., TABARES, J.,. “Enfoque jurídico del sobreendeudamiento y su incidencia sobre la calidad de vida de los consumidores”. *Trabajos del Centro*, n.8, 2010;

D’ACUNTO, L., “L’ente non profit tra «professionista» e «consumatore»”, en *BOCCHINI F. (a cura di), Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003, p. 210 yss.;

D’AMICO, G., “Il diritto comune europeo della vendita”, en *Contratti*, 2012, p. 624 y ss.

D’AMICO, G., “Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)”. *I Contratti*, 7, 2009.

D’AMICO, G., *Formazione del contratto*, en *Enc. dir., Annali*, vol. 2, p. 588 y ss.

DE ALBA LACUVE, C. M., "El pacto comisorio en el código civil", en *Rev. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, 1999, p. 6 y ss.

DE CRISTOFARO, G. "La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del tu bancario. Il commento." *I contratti*, 2010, p. 1041-1059.

DE CRISTOFARO, G., "Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici", en *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 53 y ss.;

DE CRISTOFARO, G., "Art. 3", en *Id. e A. Zaccaria (a cura di), Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 62 y ss.;

DE CRISTOFARO, G., "Il Codice de consumo", en *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p.762 y ss.;

DE DIEGO GUTIÉRREZ, F.C., *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, p. 439.;

DE FRANCISCI, P., *L' evizione della "res data in solutum" e i suoi effetti*, Pavia, 1915;

DE LA PEÑA, L., y LÓPEZ FRÍAS, J., "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de derecho bancario y bursátil*. núm. 130, p.47-78.

DEGENEFFE, FUENTESECA, C., "La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE", en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: Directiva 2014/17/UE*, 2015, p. 127-222.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, Mª A., *Las nulidades de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 25-28;

DELOGU, L., "Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore", en *Contr. impr./Eur.*, 2006, p.87-100;

DEMENECH, C., "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", en *Contratti*, 2015, p.823 y ss.;

DI MAJO, A., "Delle obbligazioni in generale", en *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 326;

DI MAJO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 438 y ss.,

DI RAIMO, R., *Le parti dei contratti di servizi*, in *Studi in Onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2007, pg.575.

DIAZ ALABART, S., DÍAZ-AMBRONA, HERNÁNDEZ, M.D., "Educación financiera de los consumidores e información sobre el proceso de concesión de créditos", en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: directiva 2014/17/UE*, 2015, p.65.

DÍAZ FRAILE, J.M., "Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.732, p. 1845-1905;

DÍAZ-ALABART, S., “Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia”, en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/ UE)*, 2015, p.230.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS L., en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1995,

DÍEZ PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Vol.III, Editorial Tecnos, 7ª ed., Madrid, 2001,

DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1952, p. 145 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1978.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 2008;

DOLMETTA, A.A.,. “La ricerca del «marciano utile»”, en *Rivista di diritto civile*, 2017, vol. 63, n. 4,

DOMURATH, I., *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*. Ashgate, 2015.

DONNARUMMA, M., “I contratti con il consumatore”, en P. Fava (a cura di), *Il contratto*, Milano,2012, p. 251 y ss.

DURÁN RIVACOBA, R., *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998,

EBNER, M., voce “Patto marciano”, en *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 2007;

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo”, *Revista de Derecho Privado*, n. 28, 2012, p. 25-70.

EICHLER, K., *Rie rechtslehre vom vertrauen*, Tubingen, 1950, p.y11ss;

ENNECCERUS, L., *Recht der schuldverhältnisse*, I, Tubingen, 1958.

ENRIETTI, E., “Patto commissorio ex intervallo”, en *Rivista di Diritto Privato*, I, 1939

ESPÍN MARTÍNEZ, P., “Aproximación al Concepto De Consumidor”. *Página oficial de la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2008, 1; p.4 y ss.

ESPÍN, P. M., “Cláusulas abusivas en contratos bancarios”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, n. 4, p.51-69;

FAGELLA G. “Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, en *Arch. Guiar*, 1909, p. 128.

FALCÓN Y TELLA, R., “Dación en pago de inmuebles hipotecados: consecuencias en el IRPF del deudor, en el IS de la entidad financiera y en el IIVTNU”, *Rev. Quincena Fiscal*, n. 12, 2012.

FAZIO, E., “La tutela consumeristica e l’acquisto per fini promiscui”, en *Eur. dirb. priv.*, 2007, p. 179 y ss.

FELIU REY, M.I., *La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995,

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., “Naturaleza jurídica de la dación en pago”, *Anuario de Derecho Civil*, 10, julio-septiembre, Madrid, 1957;

FERRARI, G.F., “La tutela dell’aspettativa all’abitazione nel costituzionalismo contemporaneo” en *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant’anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza, Vol I (Aspetti costituzionali ed amministrative)*, Giuffrè editore, Milán, 1986;

FERRETTI, F., SALOMONE, R., SUTSCHET, H., y TSIAFOUTIS, V., “The regulatory framework of consumer over-indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: comparative profiles of responsible credit and personal insolvency law”, *Parte I, Business Law Review, Issue 2*, 2016,

FIORENTINI, F., “La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica”, en *Europa Dir. Priv.*, 2005, p.1155

FOLLIERI, L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016.

FOMBUENA, M. D. G., *La protección del contratante en contextos asimétricos. Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial.*, 2017, p. 89 y ss;

FRIEDMAN P., *Providing and funding financial literacy programs for low-income adults and youth, The Finance Project – Economic Success*, Claringhouse, 2005

FUCCI K., “La riforma del credito ai consumatori finalizzato all’acquisto degli immobili residenziali”, en *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, commentario alla Direttiva 2014/17/UE*, a cura di Sirena Pietro,

FUNAIOLI, C.A., *Deposito. Sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori*, Francesco Vallardi, 1961, p. 63;

GABRIELLI, E., “Il consumatore e il professionista”, en *Id. e E. Minervini(a cura di), I contratti dei consumatori, I*, en *Trattato dei contratti*, Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, p. 33;

GALASSO, A. GALASSO, G., *Deposito*, en *Dig., sez. civ., V*, Torino, 1989, p. 253;

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en *Cuena Casas, M., y Prats Albentosa, L.,(Coord.), Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p.222.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento*, en *Prats*

Albentosa, L. y Cuenca Casas, M. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 208.

GARATTI, F., “Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore”, en *Danno e resp.*, 2009, p. 944 y ss.;

GARCÍA RUBIO, M. P., “La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario.

GARCÍA RUBIO, M., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid, Tecnos, 1991; pg.45 y ss.

GARRIGUES, A. *El crédito en el Derecho, Contratos Bancarios*, 2 ed. Madrid, 1975, p.281.

GIORGIANNI, F.; TARDIVO, C.M., *Diritto bancario: Banche, contratti e titoli bancari*. Giuffrè Editore, 2006;

GODREAU, M.J., *Lealtad y buena fe contractual*. RCDI, 609, 1992, p. 296;

GONZÁLEZ, R. L., IZQUIERDO, J. M. E.; *Consumo y derecho: Elementos jurídico-privados de Derecho del Consumo*. ESIC Editorial, 2006.

GORGONI, M., “Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n.141 del 2010”, en *Giur. Merito*, 2011;

GORLA, G., “Della responsabilità patrimoniale, Art. 2740-2899”, en *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1958;

GRECO, F., *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell’intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 37 y ss.

GRISAFI, R., “Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva comunitaria e questioni di eterogeneità nozionale (parte prima)”, en *Studium juris*, 2015, p. 655 y ss.;

GRISI, G., “Diritti e coesione sociale”, en *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 484.

GRISI, G., “Gli obblighi di informazione”, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 144.

GRISI, G., *L’inadempimento di necessità*. En Grisi G., (a cura di), “Le obbligazione i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto”, Napoli, p.288 y ss. En el mismo sentido,

GROSSI, A. “La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria”, en *Europa e diritto privato*, 2004, 1, p. 249;

GROUNDMAN, S., “L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento”, en *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 274;

GSELL, B., “Verbraucherschutz”, en *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier/ De Gruyter, Berlin, 6, Auflage, 2018, p. 715-811;

GUILARTE ZAPATERO, V.; “Comentario al artículo 1858 del Código civil”, en L. Díez-Picazo R., Bercovitz C., Paz-Ares P., Salvador Coderch (coords.), *Comentarios del Código civil*, 2 ed, Madrid, 1993, p. 1861 ss.

HADBAS, M.: “Implementing the Mortgage Credit Directive 2014/17 in Poland. Challenges and Dilemmas”, en Anderson y Arroyo Amayuelas (eds.): *The Impact....*, op. cit., p. 398.

HARNOS, R.; “Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung“, *Juristenzeitung*, 2017, 11, p. 552-559.

HELDRIK, K., *Das Verschulden beim Vertragsabschluss: im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*. Weicher, 1924;

HUALDE SANCHEZ, J.J., “Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho alemán”, en *Estudios Homenaje al profesor Díez Picazo. T II, Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 1425 y ss.

I JAÉN ROVIRA, F.J., “El pacto de la “Lex Commisaria” en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno” en *Anuario de derecho civil*, 1993, vol. 46, n.3, p. 1156 y ss;

I TOMÀS, C.E.; *La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE. Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dykinson, 2017. p. 63-87.

IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages – interdi dans le conventions nulls ou restées imparfaites. Oeuvres divisies. Primera versión alemana. Traducción francesa por De Meulenaere, O.*, 1893, tomo II, p. 1 a 100;

J. CaLaiS-auLoy, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en L. Thévenoz / n. reiCh (dirs.), *Droit de la consommation*, 2006, p. 65-75.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 727, 2011,

LA ROCCA, S., *L’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore nelle posizioni di debito e di credito*, a cura di V.Rizzo, E.Caterini, L.Di Nella e L.Mezzasoma, Napoli, 2010, p.226.

LAPUENTE CÁMARA, S., “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, n.3, p.98.

LARENZ, K., *Culpa in contrahendo. Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt*. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, p.515 y ss;

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T. S. del 27 de enero de 1977)”, RDP, 1980, p. 50 y ss;

LATOUR BROTONS, J., *Notas sobre la dación en pago*, RDP, 1953, t. XXXVII, p

LEGRAND, V., “La normativa francesa”, en K.J. Albiez Dohrmann, M^a L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), *Los contratos de crédito inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 238.

LERMAN R.I., BELL E., “Financial Literacy Strategies: Where Do We Go From Here?”, *Networks Financial Institute, Indiana State University*, 2006.

LIVRARIA ALMEDINA, A., *A responsabilidade précontratual*, Coimbra, 1970, p.140.

LLAMAS POMBO, E., *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, Madrid. La Ley, 2014.

LLEDÓ YAGUE, F., *La protección del consumidor de inmuebles*. 2013, p.454.

LOI, M.L. y TESSITORE, T., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975;

LOJACONO, V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, 1952.

LÓPEZ FRÍAS, M.J., “Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas consumidores, entidades financieras y poderes públicos”, en *Los contratos de crédito inmobiliario*, p.176.

LÓPEZ MEJÍA, M., REQUENA TORRECILLAS, C., “La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria”, en *Cuadernos de derecho y comercio*, 2014, p.162;

LUCCHESI, F., “Art. 3”, en G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, p. 45 y

LUMINOSO, A., “Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio”, *Rivista di diritto civile*, 1990, 219;

LUMINOSO, A., “Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva”, en *Rivista di diritto civile*, 2017, p.10-32.

LUQUIN BERGARACHE, R. *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*. Madrid, Aranzadi, 2015, p.15

LUQUIN BERGARACHE, R., *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor*, Thomson Aranzadi, 2015, p.300

MACARIO, F., “Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia”, en *Diritto civile, diretto da N. Lipari-P. Rescigno*, IV, Milano, 2009;

MANDELL L., “Financial Literacy: If it’s so Important, Why Isn’t it Improving?”, *Networks Financial Institute, Indiana State University*, 2006;

MANTECÓN, LACRUZ, M., “La moderna dación en pago”. *Revista de Derecho Civil*, 2014

MARICONDA, V., “Trasferimenti commissorie principio di causalità”, en *Foro It.*, 1989, I, p.1428 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J. “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”. *Revista CESCO de Derecho de consumo* n.9, 2014, p. 9-16;

MARÍN LÓPEZ, M. J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación”, en U. Nieto Carol (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, p.155 y ss.;

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, *Rev. Cesco*, 2011;

MARINO, R. *La disciplina delle garanzie finanziarie: profili innovativi*, Ed. Scientifiche Italiane, 2005;

MARTÍ, ANDREU, M., *La protección del cliente bancario*, Tecnos, Madrid, 1998;

MARTÍNEZ V, *La venta en garantía*, Madrid, 1990, p.202 y ss.;

MAS ALCARAZ, “El pacto comisorio”, en *Estudios de Derecho Privado dirigidos por De la Esperanza Martínez-Radio*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965,

MASON C., WILSON R., “Conceptualizing financial literacy”, *Research Series Paper*, n. 7, Business School, Loughborough University, London, 2000.

MASTROPAOLO, E. M., “La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria”, *Riv. dir. comm*, 2003, p,519;

MAYORGA TOLEDANO, M. C., “Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente”, en M^a S. Flores Doñay J. T. Raga Gil (dirs.): *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016,

MAZZAMUTO, S., “Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale”, en *Eur, Dir, Priv.*, 2014;

MEMMO, D., “Art. 3”, en *Codice ipertestuale del consumo*, dirigido por M. Franzoni, Torino, 2008, p. 17 y ss.;

MENGOZZI, P., “La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano”, en *Contr. impr./ Eur.*, 2002, p. 56 ss.

- MEZZASOMA L., *Diritti e tutele del consumatore*, (a cura di) Giuseppe Recinto, Lorenzo Mezzasoma, Stefano Cherti, 2014, p.16 y ss.
- MEZZASOMA, L. “Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional”. *Derecho privado y Constitución*, 2015, n.29, p. 187-225.
- MICCIO, R., *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1961;
- MINERVINI, E., “Codice del Consumo”, en *Dig.disc.priv.*, Sez. civ. Agg; Torino, 2007, p.184 y ss.
- MINERVINI, E., “La trasparenza contrattuale”, en *I contratti*, 2011, p. 977 y ss.; DOLMETTA, A. A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*. Zanichelli, 2013;
- MINERVINI, E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Terza edizione., G Giappichelli Editore, 2014, p. 522 y ss
- MINNITI G., *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007;
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “La nulidad de las condiciones generales”. *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006, n.1, p.105;
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”. *Revista Jurídica*, 2013.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad”, *El Notario del s.XXI*, Num.30, Colegio Notarial de Madrid, 2010, p.40.
- MIRANDA SERRANO, L.M., “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, GA Botana García (coord.), Instituto Nacional del Consumo-La Ley. Madrid, 2001, p.575.
- MODUGNO, F., *I nuovi diritti nella Giuriprudenza Costituzionale*, G. Giappinelli Editore, Turín, 1995.
- MOLLE, G. y DESIDERIO, L., *Manuale di diritto bancario*. Giuffrè, 1987;
- MOLLEDA FERNÁNDEZ, A., “La presunción de buena fe”. *Estudios de Derecho Privado*, I
- MONSALVE CABALLERO, V., “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. *Revista de derecho*, 2008, 30, p.32.
- MONSALVE CABALLERO, V., “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. *Rev. Derecho*, (online) Barranquilla, n. 30, p. 30 y ss.
- MONTELEONE, C., “Art. 3. Definizioni, en *Aa.Vv*”, *Codice del consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005*, n. 206, Milano, 2006, p.25 y ss.;
- MORAIS CARVALHO, J., *Manual de Direito do Consumo*, 4ª.ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 373
- MORERA, U., “Legislatore razionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato”, en *Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 1/2009, p.77.

MOSCATI, E., “I modi di estinzioni tra surrogati dell'adempimento e vicende estintive liberatorie”, en E. Moscati e A. Burdese (a cura di) *Tratt. Obbligazioni, III, I modi di estinzione*, Padova, 2008,

MUÑOZ, CASTELLÓ, E., “La protección del cliente de servicios financieros”, *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2011, 83/84- 69/88.

MUÑOZ, JIMÉNEZ, F.J., “Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2013, p. 2253-2328.

MURINO, F., *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*. Giuffrè Editore, p. 201;

MÚRTULA LA-FUENTE, V., *Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo*, en Parra Lucán, M.A., *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Aranzadi, 2014, p.80.

NATALE, M., “Recenti tentativi di tipizzazione del patto marciano”, en *Riv. dir. banc.*, 24, 2018, p.1

NATOLI, U., “L'attuazione del rapporto obbligatorio”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu - F. Messineo, XVI, tomo I, Milano, 1984, p. 214 y 215;

NAVARRO, A. C., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, *Diario La Ley*, 1, 2015;

NAVARRO, CASADO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”. *Diario La Ley*, 1, 2015.

NAZZARO, A.C.; *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; DI DONNA L., *Obblighi informativi precontrattuali e tutela del consumatore*, Milano, 2008.

NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Aranzadi, 2016;

NOCTOR M., STONEY S., STRADLIGN S., *Financial Literacy: A Discussion of Concepts and Competences of Financial Literacy and Opportunities for its Introduction into Young People's Learning*, National Foundation for Educational Research, 1992

ORDÁS ALONSO M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014

ORDÁS ALONSO, M., “Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio”, *Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil*, Thomson Aranzadi, p.146.

ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos: especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*. Bosch, 2014, p.151.

ORLANDI, M., “*Volenti non fit in iura (autoresponsabilità e danno)*”, en *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 323 ss.

PACILEO, P. *Il sovraindebitamento del debitore civile: analisi comparata dei principali modelli europei*. G Giappichelli Editore, 2018.

PAGLIANTINI S., “*Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*”, en *Contr. e impr./Europa*, 2014.

PAGLIANTINI, S., “*Il debito da eccezione a regola*”, *Persona e Mercato*, 2014, 2, p.104 ss;

PAGLIANTINI, S., “*Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*”, en *Cont. e impr./Europa*, 2014;

PAGLIANTINI, S., “*Trasparenza*”, en *Enc.dir., Annali*, Milano, 2011;

PALERMO, G., *Funzione illecita e autonomia privata*. A. Giuffrè, 1970;

PAOLI, U. E., *Datio in solutum (Diritto Attico)*, Torino, 1968;

PARACAMPO, M.T., “*Il ruolo dell’educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario*”, *Rivista di Diritto Bancario*, p.12

PASQUAU LIAÑO, M., “*Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos de consumo: medidas de prevención y resolución de los problemas derivados del sobreendeudamiento*”. *Estudios sobre Consumo*, 1990, n. 18, p. 11-28.

PATTI, F.P., “*L’educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*”. *Contratto e impresa*, 2015, p.1423-1444.

PATTI, S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 127 y ss.;

PELLECCHIA, E., “*La ,direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*”, *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2016, p.206-226;

PELLECCHIA, Enza., “*La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*”. *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, vol. 69, no 2, p. 206-226;

PENCO ACEDO, Á. “*La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico: breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2000, n. 18, p. 297-340.

- PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p.250 y ss.
- PERFUMI, C., "La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato", en *Danno e responsabilità*, n.7 2003, p.702;
- PERINGERI, G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento ed i validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, passim;
- PERLINGIERI, G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 cod. civ.*, Napoli, 2003, p. 97;
- PERLINGIERI, P. "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale" en *Rassegna di diritto civile*, 2017, n. 1, p. 218 y ss.
- PERLINGIERI, P., "Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento: art. 1230-1259 del Codice Civile", *Commento al Libro quarto, Delle obbligazioni*, Zanichelli, 1975, p.447 y ss.
- PERLINGIERI, P., "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", en *Rassegna di diritto civile*, n. 2, 2001, p. 441 y ss;
- PERLINGIERI, P., "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", en *Riv.giur. Mol.*, 1995, p. 99;
- PERLINGIERI, P., "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", en *Riv. giur. Molise e Sannio*, 1995;
- PERLINGIERI, P., "Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MiFID". ADAMO, S., CAPOBIANCO, E.; CUCURACHI, P. (a cura di). *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010;
- PERLINGIERI, P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*. Ed. scientifiche italiane, Napoli, 1992, p.154;
- PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2008, p. 511
- PIEPOLI, G.. *Il credito al consumo*. Jovene Editore, 1976.
- PIETROBON, V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p.104;
- PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, y, del mismo autor, "Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale", en *Eur, Dir. Priv.*, 2011;
- PIRAINO, F., "L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano", en *I Nuovi marciani*, Torino, 2017
- PIRRUPATO, M.S., "Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti", en P. Perlingieri e E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, III, Napoli, 2007, p. 398 y ss.;

PIZZOLANTE, G. “La nozione di «consumatore» nel diritto comunitario e nel diritto italiano”, *Diritto del commercio internazionale. Pratica internazionale di diritto interno*, 2003, p. 319.

PONGELLI, G., “La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo”, en *Nuova giur. civ. com.*, 2012, p. 671 y ss.;

PROSPERI, F., *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, en *Aa. Vv.*, Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo, II, Napoli, 2003, p. 569 y ss.

RAMÍREZ, C. S., “Consideraciones Historicas Acerca de la Responsabilidad Precontractual Antes de Rudolf von Jhering. Aproximacion Doctrinal” en *Rev. Derecho Privado*, 22, 2012, p. 277;

RAMSAY, I. *Consumer protection*. Palgrave Macmillan, 1998.

RAMSAY, I., “Regulation of consumer credit”, en *G. Howells et al. (eds.): Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham, p.394-395

RANK, A. Y SCHMIDT-KESSEL, M., “Mortgage Credit in Germany”, *Journal of European Consumer and Market Law Review*, 2017, 4, p. 176-179.

REGLERO CAMPOS, L. F., “Ejecución de las garantías reales e interdicción de pacto comisorio”, en *AA.VV.*, *Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Garantías Reales, Vol. I, Garantías Mobiliarias*,

RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p.174.

RESCIGNO, M., “Contributo allo studio della par condicio creditorum”, en *Riv. dir. Civ.*, 1984, p.380;

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Ejecuciones hipotecarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1, 2012.

RODRÍGUEZ DE CODES, E., “Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital”, *Estabilidad financiera* núm. 19, 2010. Banco de España.

RONATAS, A. Y GIUSEVA, A., “Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe”, *Journal of Comparative economics*, 41(2), 2013, p. 420.

RONCHETTI, F., “El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el derecho”. *Investigación y Docencia*, 2006, p.45.

ROPPO, E., “Par condicio creditorum: sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all’art. 2741 cc.”, en *Riv. dir. Comm.*, 1981,

ROPPO, V., “L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo”, en *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747.

ROPPO, V., “La responsabilità patrimoniale del debitore”, en *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p.561 y ss.;

RORDORF, R., "La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi", en *Le Società: Rivista di Diritto e Pratica Commerciale, Societaria e Fiscale*, 2008, p.99

ROSSI CARLEO L., *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, 2015, p.38 y ss.

ROSSI CARLEO, L., "Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo", en *Riv. dir. priv.*, 2004, p.5,

ROSSI CARLEO, L., "Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo", en *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 354.

ROSSI, S., "La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia", intervento al Convegno organizzato dal Cnel "La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato", 12 luglio 2012,

ROTHSCHILD, D. P.; CARROLL, D. W.; *Consumer protection reporting service*, WH Anderson, 1976.

RUIZ AGUILAR, L., *La protección legal del consumidor de crédito*. Tirant lo Blanch, 2001, p.34.

RUIZ MUÑOZ, M., "De empresarios o profesionales, de consumidores o personas jurídicas y de productores o vendedores (a propósito de la Ley de Garantías 23/2003)", *Derecho de los Negocios*, n. 171, 2005, p. 1-3;

RUMI, T., "Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali", en *I contratti*, 2015.

SACCHI, A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, 1895;

SACCOCCIO, A., "Compravendita e "datio in solutum", en A.A.V.V., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, p. 629

SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, p.128 y ss.

SÁNCHEZ, BONET, J. I., *Contratos bancarios: cien preguntas clave y sus respuestas*. 1997;

SÁNCHEZ, CABANILLAS A., "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, 2011, p. 377-399;

SÁNCHEZ, POLO, E., *La protección del consumidor en el derecho privado*. Civitas, 1980.

SASSI, A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p.287 y ss.

SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona, 1990.

SCARPELLO, A., "La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche", *Contr. impr.*, 2012, p. 227;

SCHROEDER, C., “Educación financiera: ¿y yo por qué?”. *eXtoikos*, 2016, p.41-42.

SCHULTE-NÖLKE, H., *Consumer Protection Under the Proposal for a Common European Sales Law. Studies requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs (JURI) November, 2012*, p.457 y ss.

SCOZZAFAVA, O., *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, 2006;

SERRANO ALONSO, E., “Consideraciones sobre la dación en pago”, en *Revista de Derecho Privado*, LXII, Madrid, 1978;

SERRANO CHAMORRO, M^a. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Cizur Menor, Navarra, 2006.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?” en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Aranzadi, 2018. p.381-401.

SERRANO, L. M. M., *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, 2012, p.415 y ss;

SIMIONATO, A., “Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE”, en *AA.VV., La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2009, p.185.

SIRENA, P., “Introduzione. Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento”, en *Sirena, P. (cur.), I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Gruppo24ore, Milano, 2016

SOMMA, A., et al. *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, 2016;

STANZIONE, P., MUSIO, A., ARGENIO, A., E BESSONE, M., *La tutela del consumatore*. G. Giappichelli, 2009, p.16 y ss.

STIGLITZ, G.A.; *Derecho del consumidor*. Editorial Juris, 1992;

STOLL, F., *Die lehre von den leistungsstor-ungen*, Tubingen, 1936, p. 26;

TAROLLI, R., “Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia”, en *Giur. Comm*, 2005, p.872;

TOMMASI S., *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*. Napoli, 2018, p.84

TOMMASI, S., “Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali”, en *I contratti*, 2011, p. 957;

TORRES VELA, P.J., “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, n.18, 2018, p.26;

TORRES, VELA, P.J., “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, n.18, 2018.

TRIFILIDIS, M., “L’educazione finanziaria: le iniziative a livello internazionale”, en *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 2/2009, p.58

TRIGO, F.R., “El pacto marciano, el pacto “ex intervallo” y la difucia “cum creditore” en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2007, 83.699: 355-375.

TROMBETTI, O., “L’ulteriore elaborazione della nozione di consumatore”, *Obbl. e contr.*, n.4, 2011;

TRUBIANI, F., “Proposta di un regolamento opzionale comune in tema di compravendita (CESL) e tutela delle PMI”, en *Obbl. contr.*, 2012, p. 12 y ss.;

TULLIO, A. *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997.

URBANI, A., “La vigilanza sui soggetti esercenti. Il credito ai consumatori”, en *Banca, borse tit. credito*, 2012, p. 442 y ss.;

VANNEROM, J., en “Towards a European Single Market for Mortgage Credit: from scratch to?” *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2 2015, p.310

VERA, J. B., “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”. *Revista de administración pública*, 1978, n.87, 251-300;

VERDICCHIO, V., “La Corte Costituzionale e l’ambito soggettivo di applicazione della novella codicistica sui contratti del consumatore”, en M. Tamponie, E. Gabrielli(a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 327 y ss.

VETTORI, G., *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea: regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005.

VIEIRA, ARCOS M. L., “Condición legal de consumidor y contratos con” doble finalidad”. *Comentario a la STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669)*”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2017, p.343-383.

VIOLANTE, P., “L’interpretazione conforme della nozione di consumatore”, en *Foro it.*, 2003.

ZANA, M., “Valutazione “con minor rigore” della responsabilità per colpa”, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 19 y ss

ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista del Derecho de Mercado Financiero*, n.43, 2013.

ZUNZUNEGUI, F., “Una aproximación a las garantías financieras. Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005”. *Garantías reales mobiliarias en Europa*, coords. Lauroba Lacasa, ME y Marsal Guillamet, J., Marcial Pons, Madrid, 2006, 415-429.