

## Problemática de los avalistas frente a los préstamos o créditos por parte de una entidad bancaria

Actualmente la concesión de una póliza de crédito o de cualquier tipo de préstamo por parte de una entidad bancaria, sea hipotecario o personal, viene condicionada a que haya alguien con solvencia para el banco que garantice el cumplimiento de las obligaciones de pago del contrato de préstamo o póliza de crédito con la prestación de aval. Como ya sabrá, a la hora de solicitar un préstamo hipotecario o una póliza de crédito, las entidades de crédito o bancos suelen exigir también un aval personal (normalmente por parte de familiares del solicitante deudor principal) para tener así mayor garantía de que cobrará la deuda o préstamos, ya que se podrá dirigir contra el patrimonio del deudor, el inmueble hipotecado y el patrimonio del avalista. Además, el banco suele exigir que el aval sea "solidario" y que el avalista renuncie a los beneficios de "excusión, división y orden" (a los que tiene derecho en virtud de lo establecido en el Código Civil) para poder así reclamarle inmediatamente sin que previamente el deudor principal sea declarado insolvente ni se tenga que subastar el inmueble. Pero debemos tener cuidado, porque la fianza o aval es fruto de un contrato, y por tanto de la voluntad libremente emitida por las partes, y debemos ser conscientes de sus consecuencias, cuando el deudor principal no paga y el banco hace saber al fiador o fiadores que responden con todos sus bienes presentes y futuros de una deuda ajena. En la fianza se producen varias relaciones: - La del deudor con el acreedor (que normalmente es un banco). - La del banco con el fiador. - La del fiador con el deudor. **Problema de reclamación de deuda a los avalistas y cláusulas por las que se renuncia a sus derechos** El aval es un tipo de fianza, es decir, una garantía en el pago, que viene regulado en el Código Civil, por la cual se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste, con todos sus bienes y derechos, presentes y futuros. Así, en el caso de los préstamos hipotecarios, si quien recibe el préstamo incumple su obligación de devolverlo, el avalista se verá obligado a pagarlo en su lugar. En el ámbito bancario es frecuente que el banco exija como condición para conceder un préstamo que otra persona avale o afiance su devolución: si considera que las garantías que presenta el prestatario no son suficientes para asegurarle que va a poder devolver el préstamo, quiere que haya otra persona solvente que se comprometa a hacerlo en caso de que el prestatario falle. No obstante, debemos saber que la figura del avalista en el derecho civil goza, en principio, de una serie de derechos, como son los derechos de excusión y orden, en virtud de los cuales el avalista puede exigir al acreedor (en este caso el banco) la realización, en primer lugar, de los bienes del deudor principal del préstamo y, además, designar qué bienes de aquél deberán ser los que se vayan a ejecutar en caso de impago. El régimen legal de la fianza que establece el Código Civil, consiste en que el acreedor sólo podrá exigir el pago al fiador una vez que haya reclamado al deudor principal y ya no encuentre bienes que poder embargar; es decir, sólo podrá reclamar al fiador cuando el deudor principal resulte insolvente; esto es lo que se llama "beneficio de excusión". Ahora bien, la normativa civil permite que el fiador renuncie a dicho beneficio o bien que se obligue solidariamente con el deudor principal, esto es, que asuma la deuda como propia, de tal forma que el acreedor pueda reclamar el pago indistintamente al prestatario o al fiador. El beneficio de división, en el caso de varios fiadores, si el banco reclama la deuda a un fiador, éste podrá pedir al fiador la parte que proporcionalmente le corresponda, salvo que se haya pactado que todos los fiadores responderán solidariamente (cosa que también suele fijarse en las cláusulas bancarias). Por otro lado, es asimismo muy común que los deudores hipotecarios, a lo largo de la vida de su contrato de préstamo acuerden o renegocien con los bancos titulares del crédito modificaciones de éste sin el consentimiento del avalista: tales como la ampliación del capital prestado, del plazo de devolución, etc. Esa modificación o novación del contrato de préstamo sin la anuencia del avalista, conlleva a la aplicación del beneficio de extinción establecido en el Código Civil, que dispone que "la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza", y, por esto, la responsabilidad del avalista ignorado en la novación acordada no será exigible cuando la modificación de las condiciones inicialmente pactadas afecten a la cuantía del préstamo, a su interés, o al plazo del contrato. En la práctica, las entidades de crédito exigen la solidaridad de la fianza, por lo que el avalista se ve excluido de estos derechos de excusión, orden, división, y por tanto, puede ser requerido en el pago al mismo tiempo que el deudor principal, y no de forma subsidiaria como prevé el Código Civil. Un ejemplo de dicha cláusula sería ésta: (?) "los afianzadores o garantizadores de la presente operación, por sí y por sus herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el prestatario en virtud de este contrato, y de las consecuencias de aquéllas y de éste, relevan a la entidad X de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor afianzado y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado estará sujeto a las mismas estipulaciones de la operación principal, en tanto en cuanto sean de aplicación". Atención. Si la fianza o aval otorgados es solidaria, conforme a la normativa del Código Civil, el acreedor (entidad bancaria, en este caso) puede dirigirse indistintamente frente al prestamista o los avalistas. Por último, debemos tener presente que del cumplimiento de las

obligaciones responde el deudor ¿con todos sus bienes, presentes y futuros?, es decir, tras el fallecimiento del avalista, serán los correspondientes herederos del causante quienes asuman dichas obligaciones. **¿Mejor hipoteca o fianza?** En el caso de persona que se hipoteca, se responde de la deuda garantizada sólo con el bien hipotecado, pero ni con más ni con menos bienes. En el segundo caso (fianza o aval), el avalista garantiza la deuda con todo su patrimonio presente y futuro, esto es, con su vivienda y todas las demás que tenga o pueda tener, lo que es mejor para el banco ya que puede embargar la nómina o pensión sin tener que acudir al largo proceso judicial que suponen los juicios ejecutivos hipotecarios. **Lo que dicen los Tribunales** En los últimos tiempos estamos conociendo numerosas resoluciones judiciales, tanto a nivel local, como estatal e incluso europeo, incluso de oficio, que hacen referencia a la existencia de cláusulas abusivas de numerosos contratos celebrados con entidades bancarias. Recientemente los tribunales están sentenciando que un aval de este tipo es nulo y no tiene efectos, en base a que el comprador o prestamista y el avalista son particulares, y por tanto se aplica la normativa de consumidores (Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Ley de Protección de Consumidores y Usuarios) que considera abusivo imponer al consumidor garantías desproporcionadas (el banco ya tiene la garantía del patrimonio del deudor y de la propia finca), como por ejemplo, la sentencia de 02-10-2014 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián por la que declara la nulidad del aval solidario que dos padres otorgaron en favor de sus hijos en un préstamo con garantía hipotecaria, sobre una vivienda que estos adquirieron, al considerar abusiva la renuncia a todos los derechos que les correspondían como fiadores. Además, no se puede imponer al avalista que renuncie a los derechos que le otorga el Código Civil (los de excusión, división y orden), ya que cuando alguien firma como avalista lo hace confiando en que sólo responderá si el patrimonio del deudor y la finca hipotecada no cubren la deuda, pero no que responderá directamente. Tradicionalmente se mantenía que el fiador seguía la condición del deudor principal, por lo que si el deudor o avalado era una empresa, el fiador no tenía la consideración de consumidor ni, por tanto, la protección de la Ley de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 ha establecido unos criterios que sirven para discriminar cuando el fiador de una empresa es considerado como consumidor y cuando no. Según la mencionada resolución, la avalista no es consumidora cuando esa persona física tiene estrechos vínculos con la sociedad, bien por pertenecer a su órgano de administración o bien por tener una participación significativa en el accionariado. Al contrario, cuando no se da esto se puede considerar como consumidora y, por ende, gozar de la protección que le otorgan las leyes. La sentencia que hemos mencionado del Juzgado de lo Mercantil considera que, para apreciar si una cláusula es abusiva, hay que utilizar los parámetros que dispone la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. En la misma se señala que para determinar la abusividad de la cláusula hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias de su celebración, las normas aplicables en nuestro Derecho cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Para ello, se debe hacer un análisis comparativo que ponga de manifiesto si se deja al consumidor en una situación jurídica "menos favorable". **Atención.** Se produce una situación "menos favorable" cuando se renuncia a derechos de cualquier fiador sin negociación individualizada. **Ejecución hipotecaria contraria a la normativa europea: la llamada Ley ?antidesahucios?** Hay que recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la normativa española no se ajustaba a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, entre otras razones porque no permitía al deudor hipotecario oponerse al procedimiento de ejecución alegando la existencia de una cláusula abusiva vinculada a su contrato de préstamo hipotecario. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, se dio nueva redacción a la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite a los avalistas de préstamos hipotecarios exigir que primero se agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamar a los avalistas, y ello incluso aunque se hubiera renunciado a ese derecho. En este sentido, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, también llamada Ley Antidesahucios, aparte de la modificación antes comentada, ha permitido evitar la ejecución hipotecaria de avalistas que se encuentren en el umbral de exclusión. M. Romero Consultores Consultoría de Empresas Marqués de la Ensenada, 2 1º D 18004 Granada Telf.: 958 259 704 Fax.: 958 254 907 Email: asesoria@mromeroconsultores.es WEB: www.mromeroconsultores.es