



Roj: **STS 164/2020 - ECLI:ES:TS:2020:164**

Id Cendoj: **28079110012020100060**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2020**

Nº de Recurso: **1624/2017**

Nº de Resolución: **56/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Valencia, núm. 2, 06-06-2016, proc. 1112/2015,**  
**SAP V 1042/2017,**  
**STS 164/2020**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 56/2020**

Fecha de sentencia: 27/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1624/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION N. 9

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: IS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1624/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 56/2020**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 67/2017, de 9 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1112/2015 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, sobre una fianza solidaria vinculada a un crédito hipotecario.

Es parte recurrente D.ª Delia y D. Ceferino, representados por la procuradora D.ª Ariadna Latorre Blanco y bajo la dirección letrada de D. José Hernández Giménez.

Es parte recurrida BBVA S.A. (antes Catalunya Banc S.A.), representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. David Viladecans Jiménez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. José Sapiña Baviera, en nombre y representación de D.ª Delia y D. Ceferino, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis de Catalunya (Catalunya Banc, S.A.), en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que:

"1.- Se declare la nulidad por abusiva de la cláusula denominada afianzamiento, de la escritura de fecha 15 de abril de 2005 Crédito Hipotecario en garantía de cuenta de crédito con la Entidad Mercantil Caixa D'Estalvis de Catalunya otorgada ante el Notario de Valencia D.ª Carmen Moroder Tomas y obrante al número quinientos trece de su Protocolo del año dos mil, manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato.

"2.- Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, fue registrada con el núm. 1112/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Eva María Badías Bastida, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia dictó sentencia n.º 209/2016, de 6 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo acordar y acuerdo desestimar la demanda, todo ello sin imposición de costas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Delia y D. Ceferino. La representación de Catalunya Banc S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 2323/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 67/2017, de 9 de febrero, en la que desestimó el recurso, con expresa imposición de costas de la segunda instancia.

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recuso de casación*

1.- El procurador D. José Sapiña Baviera, en representación de D.ª Delia y D. Ceferino, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC por infracción de los artículos 8 y 9 y Disposición Adicional 1.ª 18.ª de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 1, apartados 1 y 2 b) de la Directiva 93/13 en relación con la aplicación al contrato de fianza de la protección específica de la misma referida a aquellas personas que aparezcan como avalistas o fiadores en contratos de préstamo con garantía inmobiliaria de acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC por infracción de los artículos 1830 del Código Civil (beneficio de excusión) y artículo 1.837 del Código Civil (beneficio de división) por falta de aplicación así como del artículo 86.7 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (condición general de la contratación) en relación con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 por falta de aplicación, al objeto de unificar la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las normas que se consideran infringidas por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales representadas por la contenida en la Sentencia que se recurre y en la Sentencia de esa misma Sala de fecha seis de marzo de dos mil diecisiete dictada en el Rollo núm. 2560/2016 y en las Sentencias núm. 180/2015 de fecha 30 de septiembre de 2015 dictada en el Recurso núm. 2223/2015 y Sentencia núm. 197/2015 de 6 de noviembre de 2015 dictada en el Recurso 2290/2015, ambas de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa".

Los motivos del recurso de recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC por infracción de normas y garantías procesales en relación con el artículo 217.3 de la LEC y los artículos 3.1 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC por infracción de normas y garantías procesales en relación con el 24.1 de la Constitución por infracción del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva por incongruencia infra petita".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de junio de 2019, aclarado por auto de fecha 10 de septiembre de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.-Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

**CUARTO.-** *Presentación de nuevos documentos con posterioridad al escrito de oposición al recurso de casación e infracción procesal.*

1.- El 11 de diciembre de 2019 el procurador de la parte recurrida, D. Argimiro Vázquez Guillen, presenta telemáticamente un escrito en el que termina suplicando lo siguiente:

"[...] tenga por comunicados nuevos hechos relevantes para la resolución de los recursos interpuestos por Dª Delia y D. Ceferino , contra la Sentencia nº 57/2017, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de febrero de 2017".

Los hechos nuevos referidos en el citado escrito son los siguientes:

"[...] En fecha 28 de noviembre de 2017 se llevaron a cabo los siguientes negocios jurídicos:

\* escritura de quita parcial de préstamo hipotecario, dejando la deuda derivada del préstamo en 142.600,53 ? punto

\* escritura de compraventa y subrogación, por la que la mercantil Treamen Invetmentes, SL adquirió las fincas hipotecadas y se subrogó en 126.600,53 euros de la deuda pendiente del préstamo, liberando de dicha cantidad a los prestatarios y fiadores, estableciéndose que los 16.000 ? pendientes se regularían en contrato aparte.

\* póliza de reconocimiento de deuda de 16.000 ? por parte de los prestatarios y fiadores solidarios, estableciéndose una quita condicionada a cumplir puntualmente con el alquiler concedido sobre las fincas hipotecadas a los prestatarios, cuya fecha de finalización es el 28 de noviembre de 2020. Para el caso de llegar a dicha fecha sin incumplimiento, los 16.000 ? quedarían condonados. Para el caso de que se hubiese incumplido, se tendrían que abonar los 16.000 ? en fecha 30 de noviembre del 2020."

Se aporta junto con el citado escrito la póliza de reconocimiento de deuda en cuyos antecedentes quedan reseñados los referidos hechos de forma sustancialmente coincidente con los transcritos.

En el mencionado escrito la entidad recurrida alega que si bien es cierto que estos negocios jurídicos no suponen la extinción total de la fianza solidaria, sí que son hechos de especial relevancia dado que han reducido la responsabilidad de los fiadores considerablemente y se otorgaron en noviembre de 2017, esto es, una vez dictada la sentencia de apelación y, por tanto, estando asistidos de abogado los fiadores, conociendo el alcance de la fianza solidaria y ratificando la misma.

2.- Por diligencia de ordenación del Letrado de la Administración de Justicia, D. José María Llorente García, de fecha 26 de diciembre de 2019, se concedió a la parte recurrente plazo de cinco días, conforme al art. 271.2 LEC, para alegar lo que considerase oportuno.

3.- Mediante escrito de 3 de enero de 2020 la representación procesal de la recurrente se opuso a la admisión de dicha documentación, al no concurrir ninguno de los supuestos previstos por el citado art. 271.2 LEC de excepción a la regla general de la inadmisibilidad de documentos después de la vista o juicio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- El 15 de abril de 2005 D. Jacobo y D.<sup>a</sup> Otilia, como deudores, suscribieron escritura pública de crédito con garantía hipotecaria, hasta el límite de ciento cincuenta y seis mil trescientos euros, con la entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya, en cuyo otorgamiento intervinieron también en concepto de fiadores D.<sup>a</sup> Delia y D. Ceferino, padres de D. Jacobo. En concreto la fianza se convino en los siguientes términos (incorporados en el mismo instrumento público a continuación de las cláusulas relativas al crédito hipotecario):

#### "AFIANZAMIENTO.

En garantía de la operación de crédito que en este instrumento se formaliza, D.<sup>a</sup> Delia y D. Ceferino, aquí comparecientes, afianzan, con carácter solidario, de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden, el cumplimiento de todas las obligaciones y responsabilidades dimanantes de esta escritura, cuyas cláusulas se dan aquí por reproducidas, haciendo extensivas las alusiones que se hacen de la parte acreditada a los garantes; cuyo afianzamiento se registrará por las siguientes normas:

1<sup>a</sup>.- La fianza así prestada estará vigente durante la vida de este contrato.

2<sup>a</sup>.- En la determinación del saldo, que se considerará como cantidad líquida exigible a los efectos del pago y, eventualmente, del despacho de ejecución, se procederá en idénticos términos a los prevenidos respecto de la parte deudora principal.

3<sup>a</sup>.- El afianzamiento prestado por el garante, se entiende efectuado únicamente como garantía personal, sin depósito de capital e importe alguno.

4<sup>a</sup>.- Para la práctica de las notificaciones prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte fiadora designa como domicilio el que figure reseñado como propio en la presente escritura."

2.- Los citados fiadores, Sres. Delia y Ceferino, interpusieron demanda contra la entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya (Catalunya Banc S.A.), interesando la declaración de "la nulidad por abusiva de la cláusula de afianzamiento" antes transcrita, con imposición de las costas a la demanda.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda al entender que no puede entenderse la cláusula de afianzamiento como una condición general de la contratación, sino como un contrato autónomo, con obligaciones propias, lo que hace improcedente la acción ejercitada conforme a los artículos 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC).

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Delia y Ceferino, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación al considerar, de forma sustancialmente coincidente con el Juzgado de lo Mercantil, que la fianza es un contrato autónomo, típico, regulado en el Código civil, y no una mera cláusula contractual, de donde colegía que la acción de nulidad de la fianza no puede sustentarse a través de una acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales, pues no es parte de un contrato sino un contrato en sí, que liga al fiador con el acreedor, y que como tal podrá ser impugnado a través de las normas generales de la nulidad de los contratos.

5.- Presentada por el BBVA (antes Catalunya Banc S.A.) documentación relativa a nuevos hechos posteriores a la fecha de la sentencia objeto del recurso, los recurrentes se oponen a su admisión por no concurrir ninguno de los supuestos previstos en el art. 271 LEC.

### SEGUNDO.- *Presentación sobrevenida de nueva documentación. Inadmisibilidad por extemporánea.*

Dispone el art. 271. LEC que "No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo

435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario". De esta regla, congruente con la regla general de preclusión de alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos (vid. art. 136 LEC), se exceptúan, conforme al art. 271.2 LEC, "las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso", resoluciones que "se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia [...]".

El mismo precepto dispone que, tras conceder plazo de cinco días a las otras partes para alegar cuanto estimen conveniente, "El Tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia".

Pues bien, en el presente caso la documentación presentada está integrada por documentos relativos a determinados negocios jurídicos que, por tanto, no están amparados en las excepciones previstas en el reiterado art. 271.2 LEC, referidas exclusivamente a resoluciones judiciales o administrativas, por lo que debe aplicarse la regla general reflejada en el apartado 1 del mismo precepto y, en consecuencia, inadmitir dichos documentos.

Tampoco puede admitirse en este procedimiento la referida documentación al amparo del art. 286 LEC pues, sin necesidad de entrar a analizar su relevancia o irrelevancia para la resolución del recurso, su admisión está sujeta a la carga procesal de su alegación "de inmediato", según exige el apartado 1 del referido artículo, siendo así que en el presente caso esta alegación se formula con un notable retraso, según se reconoce en el propio escrito de presentación, pues los documentos aportados datan del 28 de noviembre de 2017 y se han presentado el 11 de diciembre de 2019, es decir, más de dos años después.

En consecuencia, se inadmiten los referidos documentos por extemporaneidad.

**TERCERO.- Recurso extraordinario por infracción procesal. Formulación del primer motivo del recurso.**

1.- El primer motivo se formula al amparo del art. 469.1.3 de la LEC, por infracción de las normas y garantías procesales en relación con el art. 217.3 de la LEC, y los arts. 3.1 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

2.- En el desarrollo del primer motivo aduce el recurrente que se le ocasiona una indefensión material por cuanto tratándose de procedimientos en los que se ventilan derechos de los consumidores y usuarios en contratos de préstamos suscritos con entidades bancarias corresponde a quien niega que dichas condiciones generales lo sean o, en su caso, a quienes señalan que han sido objeto de negociación probar que ha existido dicha negociación y, en su caso que han otorgado al consumidor y usuario toda la información pertinente para que pueda comprender el alcance de la responsabilidad económica que contrae cuando firma dicho contrato. Añade el recurrente que al omitir la sentencia recurrida todo pronunciamiento sobre esta cuestión (omisión que intentó subsanar mediante escrito solicitando el complemento de la sentencia, que fue denegado) se está negando toda respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas, inaplicándose la ley e invirtiendo la carga de la prueba en contra del recurrente, al cual se ve de esta manera imposibilitado de impugnar pronunciamientos que desconoce por inexistentes, siendo ésta la concreta indefensión material denunciada.

3.- *Decisión de la Sala. Desestimación.*

El motivo debe ser desestimado. Hay que recordar la reiterada doctrina de esta Sala (vid por todas la Sentencia 484/2018, de 11 de septiembre) conforme a la cual la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril).

Pero no es éste el caso de la sentencia recurrida, que no basa su decisión en estimar probada la existencia de una negociación de los términos en que se convino la fianza, sino que la *ratio decidendi* se apoya en el



hecho de constituir la fianza un contrato autónomo, bien que accesorio de otro principal (el crédito asegurado) como contrato de garantía que es, y no una mera cláusula contractual que pueda ser reducida a la categoría de condición general de la contratación, cuya *ratio* en nada se ve afectada ni desvirtuada por el hecho de que las concretas estipulaciones de dicho contrato hayan sido objeto o no de una negociación entre las partes, pues hayan sido fruto de una negociación o de una mera adhesión por parte de los fiadores no por ello pierde la fianza su naturaleza de contrato autónomo y distinto del crédito garantizado.

En consecuencia decae el reproche formulado en su doble vertiente de infracción de las normas sobre carga de la prueba y sobre incongruencia omisiva, incongruencia cuya denuncia reitera el recurrente en el segundo motivo, y que ninguna indefensión puede ocasionar al no guardar relación el supuesto pronunciamiento omitido con las razones en que se funda la decisión resolutoria de la sentencia recurrida.

#### **CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso.*

1.- El segundo motivo se formula al amparo del mismo art. 469.1.3 de la LEC, por infracción de las normas y garantías procesales en relación con el art. 24.1 de la Constitución por infracción del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva por incongruencia *infra petita*.

2.- En el desarrollo de este motivo alega el recurrente que la sentencia de la Audiencia provincial no se pronuncia respecto de los motivos expuestos en el recurso de apelación incurriendo en incongruencia omisiva *infra petita*, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Entienden los recurrentes que la sentencia de la Audiencia señala parcialmente los motivos de apelación expuestos para luego obviarlos sin dar respuesta a los mismos prescindiendo del propio recurso y omitiendo además aspectos importantes como son la consideración de los recurrentes como consumidores y usuarios, la constatación de que la cláusula de fianza era una más del contrato de préstamo hipotecario y que la misma, como las restantes, no había sido negociada con los recurrentes (era un contrato de adhesión), ni a los mismos se les había informado en modo alguno de las repercusiones que tenía su suscripción y la renuncia a los derechos de excusión, división y orden.

Entre los motivos o alegaciones de la parte cuya contestación omite la sentencia figura el de la pretendida infracción de los arts. 8, 9 y 86.7 de la LCGC en relación con los arts. 1830, 1831 y 1837 del Código Civil, los arts. 3.1 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y la Disposición Adicional 1. 14ª y 18ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), en relación con la existencia de una "sobregarantía" o exceso de garantía, respecto del capital prestado, y en relación a la renuncia a los beneficios de división, excusión y orden que el Código Civil concede al fiador. Los recurrentes afirman que intentaron subsanar dicha pretendida infracción omisiva por medio de solicitud de complemento de sentencia, solicitud que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Valencia mediante auto de 2 de marzo de 2017 en el que señalaba que "al no ser la fianza una condición general del contrato no resulta necesario resolver sobre el resto de motivos...".

Finalmente, el recurrente identifica la concreta indefensión material denunciada afirmando que solo cuando la elección de una solución por parte de la sentencia supone la desestimación del resto, puede entenderse que ha existido una desestimación tacita de la misma, pero cuando esto no es así se ha de dar respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pues - entiende - de no hacerlo se vulnera su derecho a obtener la tutela judicial efectiva con proscripción de indefensión, concluyendo que "en modo alguno puede entenderse que la sentencia recurrida (cuya solución se da en apenas dos líneas), sea suficiente para entender cumplido el deber de motivación de las resoluciones judiciales ni mucho menos que dicha resolución sea congruente con las peticiones oportunamente deducidas por las partes".

#### **3.-** *Decisión de la Sala. Desestimación.*

Por los motivos que se exponen a continuación el motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar, hay que destacar que el art. 469.1.3º de la LEC invocado por los recurrentes no es el cauce apropiado para denunciar un supuesto de incongruencia, siendo el cauce adecuado para ello el del apartado 2º del mismo precepto, relativo a la "Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia", normas entre las que se incluye el art. 218 LEC, cuyo apartado 1 impone el citado deber de congruencia al establecer que "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito".

En segundo lugar, el recurso mezcla con ocasión de este segundo motivo de infracción procesal cuestiones distintas como lo son las relativas a los conceptos de congruencia, motivación y exhaustividad de las sentencias. Por lo que se refiere a la pretendida incongruencia en su modalidad *infra petita*, baste recordar aquí la doctrina jurisprudencial relativa a la imposibilidad de que las sentencias absolutorias, como lo es la recurrida, incurran en vicio de incongruencia "pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación

de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" (sentencia 365/2013, de 6 de junio), excepciones que no concurren en el presente supuesto.

Se ha de insistir en el hecho, como afirmamos en la Sentencia núm. 176/2010, de 25 de marzo, de que la relación que exige al congruencia debe darse entre las pretensiones y el fallo, no necesariamente respecto de los argumentos empleados en la sentencia u otros extremos del debate, cuya preterición podría dar lugar a falta de motivación pero no a incongruencia (sentencias de 2 de marzo de 2000, 10 de abril de 2002, 11 de marzo de 2003, y 19 de junio de 2007), y que, como recuerda la sentencia de 30 de enero de 2007, esta relación no tiene que ser absoluta, sino que, por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial.

Pero tampoco puede tacharse en este caso la sentencia recurrida de inmotivada. Como declaramos en la reciente Sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, que la motivación de la Sala de apelación no guste a la parte recurrente no quiere decir que no exista. La motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (SSTS 294/2012, de 18 de mayo, y 774/2014, de 12 de enero de 2015).

En el presente caso la sentencia da repuesta a la pretensión de la demandante concretada en la petición de declaración de nulidad de la fianza, sin abordar las cuestiones relativas a la condición de consumidores de los fiadores, a la transparencia y/o desequilibrio de las prestaciones del contrato, o sobre su negociación o falta de negociación, pues adaptándose al planteamiento hecho por la demanda, como escrito rector del proceso, las sentencias de primera y segunda instancia ajustan su respuesta a dicho planteamiento, para lo cual, sin necesidad de entrar en tales extremos, parten como premisas previas, que entienden suficientes para alcanzar su conclusión, de la naturaleza de la fianza como contrato distinto al del préstamo garantizado, sin perjuicio de su carácter accesorio por su función asegurativa de la obligación principal, y de la inviabilidad de anular totalmente el contrato de fianza mediante una acción individual de las previstas en los arts. 8 y 9 LCGC, que es la concreta acción ejercitada. Todo ello con independencia del acierto o desacierto del razonamiento jurídico-lógico integrado por tales premisas y conclusión, que como cuestión jurídica sustantiva no puede ser traída al terreno propio del recurso extraordinario de infracción procesal, al ser propias las cuestiones de tal naturaleza de los recursos de casación.

#### **QUINTO.- Recurso de casación. Formulación del primer motivo del recurso.**

1.- El primer motivo se formula al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 8 y 9 y Disposición Adicional 1. 18ª de la LGCU, y del art. 1 y 2 b) de la Directiva 93/13 en relación con la aplicación al contrato de fianza de la protección específica de la misma referida a aquellas personas que aparezcan como avalistas o fiadores en contratos de préstamo con garantía inmobiliaria de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente si bien reconoce que la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial de esta Sala al considerar que, conforme a lo preceptuado por el art. 1822 del Código civil, la fianza se configura como un contrato autónomo e independiente y no como una cláusula más del contrato al que sirve de garantía (sentencias del Tribunal Supremo núm. 770/2002, de 22 de julio, y de 10 de junio de 1999 - rec. 3123/94 -), sin embargo considera que dicha doctrina jurisprudencial habría quedado afectada por la jurisprudencia del TJUE.

En concreto se refiere a la jurisprudencia contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14, Costea), así como en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 Dumitru Tarcău) y otros, en los que se plantea si los artículos 1, apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que esta Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. Concluye el Tribunal de Justicia en sentido afirmativo siempre que dicha persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad. Entendiendo los recurrentes que tal doctrina es aplicable al caso del presente litigio en el que los fiadores son padres del prestatario y carecen de relación funcional o de participación en la actividad profesional de su hijo, habiendo asumido a título gratuito todas las obligaciones derivadas de dicho contrato de crédito hipotecario, por lo que consideran que deben disfrutar de la misma protección en cuanto usuarios y consumidores.

En base a tales razonamientos entienden los recurrentes que concurre en el presente caso "interés casacional" pues no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que analice la situación descrita anteriormente.

### 3.- Admisibilidad del recurso.

Debemos comenzar dando respuesta a los óbices de inadmisibilidad planteados por la parte recurrida, para rechazarlos. La representación procesal del BBVA alega, en primer lugar, que el recurso debe ser inadmitido porque no se ha cumplido el deber de invocar jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se considere infringida (en concreto dos o más sentencias o una sentencia del pleno). En segundo lugar afirma que las sentencias del TJUE invocadas por el recurrente nada tienen que ver con el caso enjuiciado y que, en todo caso, la sentencia recurrida no las contradice.

En concreto, sostiene que si se analiza la *ratio* de las sentencias referidas en el recurso, se puede constatar que la sentencia recurrida en modo alguno infringe la doctrina de dichas sentencias. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en ningún momento señala que la fianza no caiga dentro del ámbito objetivo de la regulación de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios y de las condiciones generales de la contratación. Y en ningún momento niega la condición de consumidores a los actores, ahora recurrentes. Lo que señala es que si bien con el control de abusividad se puede cuestionar las cláusulas no negociadas de los contratos celebrados con consumidores (también los contratos de fianza), lo que no se puede es anular los contratos en sí y por entero, que es lo que ha pretendido el recurrente. Ninguna de las sentencias del TJUE citadas en el recurso - afirma la entidad recurrida - declara que la fianza sea una condición general o cláusula contractual. Por el contrario, tales sentencias siempre hablan que "contratos de garantía" o "contratos de fianza".

Sin embargo, sin prejuzgar en este momento liminar del análisis de admisibilidad la corrección de estas consideraciones, y sin perjuicio de reconocer que la formulación del motivo no responde a una depurada técnica casacional toda vez que invoca en su amparo el apartado 1 del art. 477 LEC pero sin especificar cuál de los supuestos recogidos en el apartado 2 del citado precepto es el que permite cobijar el concreto motivo formulado, no obstante no constituye ello razón de entidad suficiente para justificar la inadmisión ya que ninguna duda hay de que el precepto que permite su amparo es el ordinal 3º del referido art. 477.2 LEC, pues en el desarrollo del motivo se invoca y trata de justificar el "interés casacional" que presenta la resolución del recurso en base a la ausencia de jurisprudencia de este Tribunal y la existencia de otra del TJUE que, a juicio del recurrente, sería favorable a su tesis impugnativa. Que ello sea así o no requiere un análisis jurídico que desborda el enjuiciamiento provisorio propio del trámite o decisión sobre la admisión.

Es cierto que el "interés casacional" por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal requiere, en principio, como se ha dicho, la cita en el escrito de interposición de dos o más sentencias de la Sala, que no hayan sido contradichas por otras posteriores que hubieran dado lugar a una variación de doctrina, y que se razone por qué y en qué forma la sentencia recurrida ha vulnerado la jurisprudencia que se fija en las mismas (bastando la cita de una sola sentencia cuando haya sido dictada por el pleno de la Sala o se trate de sentencias que fijen expresamente doctrina por interés casacional, salvo que exista otra posterior que modifique el criterio seguido).

Pero es igualmente cierto que excepcionalmente cabe también la posibilidad de que se admita un recurso por "interés casacional" cuando lo pretendido con el recurso sea que el Tribunal modifique su propia jurisprudencia anterior (vid Acuerdo no jurisdiccional sobre criterios de admisión de los recursos de casación del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017), y se razone los especiales motivos por los que dicha modificación pueda estar justificada, como sería, por ejemplo, la necesidad de la adecuación de la jurisprudencia de esta Sala en relación con alguna norma del Derecho de la Unión Europea o a la jurisprudencia propia del TJUE, por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y la obligada observancia en su aplicación de la interpretación fijada por el TJUE (vid. art. 4 bis LOPJ). Planteamiento que está en la base de este primer motivo del recurso de casación y que hace posible su admisión, sin perjuicio de que tal admisión no prejuzga por sí la necesidad o no de tal adecuación o modificación jurisprudencial, lo que requiere un análisis de contraste entre ambos grupos jurisprudenciales (el de esta Sala y el del TJUE) en esta materia, análisis que, superado el trámite de admisión, abordamos a continuación.

### 4.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

El motivo debe ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

#### 4.1. Planteamiento preliminar.

Como hemos visto, el recurrente no imputa a la sentencia recurrida desviación alguna respecto de la jurisprudencia de esta Sala, aceptando su conformidad en concreto con las Sentencias 770/2002, de 22 de julio, y 3123/94, de 10 de junio de 1999, citadas en la misma. Lo que sostiene el recurrente no es pues una



infracción jurisprudencial por parte de la resolución recurrida, sino una inadecuación de las citadas Sentencias de esta Sala respecto de las resoluciones del TJUE que se invocan en el recurso, en concreto la Sentencia de 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14 (caso Costea), y en el Auto (sala sexta) de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C-74/15 (caso Dumitru Tarcău). Lo que pasamos a analizar.

#### 4.2.- Naturaleza y caracteres de la fianza.

El artículo 1822 del Código civil dispone que "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este". Añade en su segundo párrafo que "Si el fiador se obligará solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección Cuarta, capítulo 3º del título 1º de este libro".

Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como ha destacado la doctrina, mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador).

De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesorio respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que si bien no provoca que dichos vínculos obligacionales nazcan y subsistan sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de ésta respecto de aquella.

Dentro de ese esquema la subsidiariedad mencionada es elemento típico de la fianza, en el sentido de que el fiador, en principio, solo debe cumplir su obligación en caso de que el deudor incumpla la suya. Al servicio de dicha subsidiariedad está el denominado beneficio de excusión y orden, en virtud del cual el acreedor no puede compeler al fiador al pago "sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor" (cfr. art. 1830 CC). Pero siendo de esencia en la fianza dicha subsidiariedad (como resulta con claridad del propio art. 1820 CC, pues el fiador se obliga "a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este"), de forma que el incumplimiento del deudor es presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de reclamación del acreedor frente al fiador, por el contrario el citado beneficio de excusión es renunciable por el fiador. Así lo prevé expresamente el art. 1831 CC cuando establece que "La excusión no tiene lugar: 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella [...]".

Por otra parte, la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal. En este último caso, esto es, si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, el párrafo segundo del art. 1822 CC establece que se observarán las reglas propias de las obligaciones solidarias, las cuales resultan incompatibles con el mismo derecho o beneficio de excusión, pues en virtud de la citada remisión resulta aplicable el artículo 1.144 que dispone:

"El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo".

Por tanto, el beneficio de excusión es propio únicamente de las fianzas simples, no de las solidarias (y únicamente para el caso de que no haya sido objeto de renuncia). Así resulta explícitamente previsto por el art. 1831.2.º CC conforme al cual tampoco tiene lugar la excusión, incluso en ausencia de renuncia de este beneficio, "Cuando [el fiador] se haya obligado solidariamente con el deudor" (cfr. art. 1831.2.º CC).

Ahora bien, incluso en el supuesto de la impropia denominada "fianza solidaria" no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesorio), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal la fianza no queda desnaturalizada (sentencia del Tribunal Supremo 2 de octubre de 1990). Por ello advierte la sentencia de 29 de diciembre de 1987 de "las necesarias cautelas" con las que se ha de tomar la remisión del artículo 1822 apartado 2º del Código Civil".

#### 4.3.- La consideración contractual de la fianza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta autonomía, dentro de la interdependencia y accesoriedad señaladas, entre ambos vínculos contractuales, principal y accesorio o de garantía (en este caso crédito y fianza) aparece reflejada también en las Sentencias de esta Sala cuya doctrina jurisprudencial ha aplicado la sentencia recurrida. Así afirma la Sentencia núm. 770/2002, de 22 julio:

"el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal [...]. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil [...], aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal ( STS 10-4-1995, en recurso 551/1992 )".

Igualmente declara la Sentencia núm. 770/2002:

"el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor ( STS 16-6-1999 en recurso 3123/1994)".

Se confirma pues, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, el carácter diferenciado de una y otra obligación, de uno y otro contrato, el que da nacimiento a la obligación principal y el que constituye la obligación fideiusoria, con independencia de que ambos se formalicen o exterioricen en un mismo documento, como sucede en el caso del crédito hipotecario y el afianzamiento objeto de esta Litis.

#### 4.4.- Contratos de garantía. Distinto tratamiento según el garante sea o no consumidor (aunque garantice una operación empresarial). La jurisprudencia del TJUE y de esta Sala.

Como ha declarado reiteradamente esta Sala, el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, en tanto que los controles de transparencia material y abusividad están reservados a los contratos celebrados con consumidores ( sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; y 314/2018, de 28 de mayo). Conforme a esta jurisprudencia, el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

Respecto de los supuestos de préstamos con garantía se había suscitado la duda de cuál habría de ser la consideración del garante cuando el contrato de préstamo no entre en la calificación de relación de consumo, por ejemplo porque la prestataria sea una sociedad mercantil que, *per se* tiene ánimo de lucro ( art. 116 CCom), planteándose la cuestión de si la accesoriedad de la garantía respecto de una relación que no puede ser calificada de consumo arrastra la consecuencia o no de imposibilitar la calificación como consumidor del garante, incluso en el caso de que éste sea una persona física que actúe fuera del ámbito de su actividad profesional.

Contestar a este interrogante requería un pronunciamiento previo sobre el carácter autónomo o diferenciado del vínculo contractual del que nace la garantía. Este fue precisamente el caso resuelto por la Sentencia de esta Sala 314/2018, de 28 de mayo, referido en concreto a un contrato de fianza, en la que expresamente se invoca la misma jurisprudencia del TJUE a que acude el recurrente de esta casación, por referirse también a un supuesto similar. Decíamos entonces lo siguiente:

"En un supuesto como este, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, *Tarcău*), estableció que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señala el TJUE que dicha "protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar" (apartado 25).

"A continuación, el TJUE explica, con cita de la sentencia *Dietzinger* (STJCE de 17 de marzo de 1998), que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente "ya que se celebra entre personas

distintas de las partes en el contrato principal". En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza (apartado 26)".

Es decir, tanto el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 como la STJCE de 17 de marzo de 1998 citados, parten de la consideración de que el contrato de garantía o de fianza, aun siendo un contrato accesorio por razón de su objeto respecto del contrato de crédito principal garantizado, es un contrato diferente de éste, que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Como decía la Sentencia 770/2002:

"El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador". Como se ha afirmado en la doctrina, aunque el contrato de fianza extiende sus efectos sobre el acreedor, el deudor y el fiador, sólo son parte del mismo el acreedor y el fiador. Por ello reafirmábamos en la citada Sentencia 314/2018, que "En este caso no puede hacerse una afirmación unívoca sobre si el contrato se celebró o no con consumidores, porque hay dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) y porque hay pluralidad de contratantes, lo que impone un análisis diferenciado".

El contrato podrá ser unilateral, si se conviene como gratuito, o bilateral, cuando se constituya con carácter oneroso, por fijarse obligaciones para ambas partes contratantes. La existencia de las acciones de regreso o reembolso y subrogatoria a favor del fiador que paga no suponen por sí mismas la bilateralidad de la fianza, como tampoco deviene la fianza en bilateral por el hecho de que, como contrato consensual, se perfeccione mediante la aceptación del acreedor.

Cualquier acuerdo paralelo entre el fiador y el deudor permanecerá al margen de la propia fianza, sin perjuicio de su posible consideración, según defienden algunos autores, como causa de la fianza. En consecuencia, si el contrato que da origen a la fianza y a la obligación principal (crédito en este caso) es distinto, sin que el hecho de formalizarse en un mismo instrumento público los funja o integre, si la regulación contractual y legal de ambos vínculos es igualmente diferente, y lo son también las personas de los contratantes (el acreditado es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimite el riesgo que asume el fiador como garante), y finalmente es o puede ser también distinto el contenido de los deberes y facultades de las partes (vgr. arts. 1824, 1825 y 1826 CC), y sus causas de extinción (con el pago por el fiador se extingue su obligación y paralelamente nace sus facultades de reintegro e indemnización y de subrogación frente al deudor ex arts. 1838 y 1839 CC); no cabe duda de que se trata de contratos distintos, sin que pueda afirmarse, desde una perspectiva dogmática y conceptual, que la fianza es una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario. En este punto no hay pues en rigor ninguna contradicción entre la reseñada jurisprudencia de esta Sala y la del TJUE igualmente expuesta.

Precisamente sobre la base de esa clara delimitación entre los contratos de préstamo y de fianza, concluye el citado ATJUE:

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

Doctrina que fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dumitras*), en un supuesto de garantía inmobiliaria (hipoteca), al decir en su fallo:

"Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente".

Y ello es así porque, una vez deslindado, por razón de su autonomía propia, el contrato de fianza del contrato de crédito del que surge la obligación asegurada, ningún inconveniente hay para aplicar al fiador que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial y que carece de vínculos funcionales con la sociedad mercantil prestataria o acreditada el régimen jurídico de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aunque no tenga tal carácter el deudor fiado, pues las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados, sean del tipo que sean, entre un profesional y un consumidor, pues, sin perjuicio de las posibles excepciones, el objeto del contrato carece de pertinencia para definir el ámbito de aplicación de la

Directiva 93/13/CEE, al contrario que otras Directivas cuyo ámbito de aplicación es más específico (apartados 21 y 22 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015).

En consecuencia: a) los contratos de fianza también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE; b) el fiador puede disfrutar de la protección propia de la citada Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor, en los términos antes vistos (incluida la ausencia de vínculos funcionales con la sociedad avalada); y c) dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza), ni convierte en consumidor al fiador que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional o empresarial y que carece de los citados vínculos funcionales.

**4.5.-** Consecuencias de la aplicación de la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de consumidores y usuarios al contrato de fianza.

Consecuencia lógica de lo anterior es que las acciones individuales de no incorporación o nulidad por abusividad de las condiciones generales de la contratación incluidas en un contrato con consumidores podrán ejercitarse, al amparo de los arts. 8 y 9 de la LCGC, en relación con el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente al tiempo de la celebración del contrato objeto de este recurso) y dirigirse también frente a las incluidas en un contrato de fianza en que el fiador sea un consumidor (con independencia de que el obligado principal lo sea o no). Y ello con las eventuales consecuencias previstas en los arts. 9.2 y 10.1 de la LCGC. Según este último:

"La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia", lo cual podrá tener lugar, según el art. 9.2, cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación "afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".

Preceptos que concuerdan con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, al disponer:

"no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."

De ello obviamente no se deriva que los contratos de fianza suscritos por personas consumidoras en relación con operaciones de préstamo con garantía hipotecaria sean nulos *per se*, ni que dichos contratos tengan el carácter de meras cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación. Pero sí podrán estimarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo, como por ejemplo el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal ( art. 1826 CC), el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniere al estado de insolvencia ( art. 1829 CC), el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causa de exclusión de la excusión ( arts. 1831 y 1833 CC), el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo ( artículo 1852 del Código Civil), o el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda ( art. 1853 CC), etc.

Igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario o personal) que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (como fue el caso de la cláusula suelo a que se refería la Sentencia número 314/2018, de 28 de mayo). En definitiva, como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2019, con cita de la jurisprudencia de esta Sala, "en los contratos de fianza o de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores".

En todos los supuestos citados de impugnación de determinadas cláusulas del contrato de fianza cabe la posibilidad de que, en caso de declaración de la nulidad de la estipulación o estipulaciones impugnadas, eventualmente llegue a producirse y declararse también la nulidad de todo el contrato; ello será así en los casos en que aquella nulidad parcial derive en la inviabilidad de la subsistencia del propio contrato de fianza en su totalidad en los términos previstos en el art. 10.1 LCGC, antes visto (en el mismo sentido, entre otras, vid. STJUE de 26 de marzo de 2019 asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, Abanca).



Por tanto, con carácter general y desde un punto de vista dogmático, todo lo anterior vendría a avalar la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que no cabría pretender que el contrato de fianza en su totalidad (incluyendo por tanto las estipulaciones que definen sus elementos esenciales u objeto principal), con independencia de su mayor o menor extensión, tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo o crédito hipotecario, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público, y en base a dicha pretendida naturaleza de mera cláusula contractual declarar su íntegra nulidad por abusiva, sobre la base de unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas.

#### 4.6.- El caso singular de la imposición de garantías desproporcionadas.

Ahora bien, de esta conclusión, que como tesis general y en vía de principios es correcta, ha de hacerse salvedad en relación con los supuestos en que resulte de aplicación la previsión legal contenida en el apartado 18 de la disposición adicional primera de la LGDCU de 1984 (aplicable *ratione temporis* a la presente Litis; actualmente art. 88.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), conforme al cual se declara abusiva, por ministerio de la ley:

"La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica".

A juicio de esta Sala esta previsión es aplicable no sólo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual.

Es cierto que la citada Disposición adicional primera tacha de abusiva la "imposición de garantías desproporcionadas" al incluir dicha previsión en el apartado 18 de la enumeración que contiene, y que ello lo hace imputando dicha abusividad a las "cláusulas o estipulaciones" que incurran en los supuestos enumerados, como resulta de la frase con la que se encabeza dicha disposición adicional ("A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...]"). Por tanto, en vía de principios, la tacha de abusividad se predica en este caso respecto de las "cláusulas o estipulaciones" que constituyan imposición de garantías desproporcionadas, y no del íntegro contrato de garantía que las contenga (salvo que se dé el supuesto previsto de inviabilidad del contrato, conforme al art. 9.2 LCGC, por afectar la nulidad de la cláusula a uno de los elementos esenciales del contrato "en los términos del artículo 1261 del Código Civil").

Este fue el caso, por ejemplo, resuelto por la sentencia 466/2014, de 12 de septiembre, en la que se declaró abusiva, y por tanto nula, la cláusula en la que se preveía la firma por el prestatario y por el fiador de un pagaré en garantía del préstamo, en que el importe reclamado en la demanda del juicio cambiario era determinado por el prestamista en base a la liquidación de la deuda hecha unilateralmente por el mismo. Y también el de la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, en que se consideró incurso en la causa de abusividad derivada de la imposición de garantía desproporcionadas la cláusula relativa al vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por arrendamiento de la vivienda porque no se limitaba su aplicación "a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa ( artículo 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concrete en el baremo - coeficiente - que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticia pueda ocasionar."

La razón fundamental que lleva a esta Sala a adoptar la interpretación extensiva apuntada, conforme al principio *pro consumatore* que inspira la moderna legislación sobre las relaciones de consumo, principio que en nuestro Ordenamiento tiene arraigo constitucional ( art. 51 CE), estriba en la necesidad de atender a la finalidad tuitiva que subyace en esta concreta materia en la jurisprudencia del TJUE antes reseñada, en relación a un contrato (fianza) que expone eventualmente al fiador a un riesgo elevado, y que se refleja en particular de forma destacada en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, *Tarcáu*), en el que con referencia al sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE, señala que dicha "protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones



onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar" (apartado 25).

A ello se suma la estrecha dependencia del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada, dependencia que se traduce en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia.

Esta estrecha vinculación entre préstamo y fianza, en la tipología negocial ahora considerada, ha sido igualmente destacada por la sentencia TJCE de 17 de marzo de 1998 (*Dietzinger*), al afirmar:

"Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza en garantía de su ejecución, así como el hecho de que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador, no puede negarse que la fianza está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva."

Como dijimos "supra", existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante sí determina su participación o integración en una relación negocial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incurso en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas.

Ahora bien, esta interpretación extensiva del concepto de "garantías" en el sentido expresado requiere necesariamente - tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica - para quedar afectado por la grave ineficacia de la nulidad del contrato en que se haya constituido, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor.

En concreto, en el presente caso de un crédito hipotecario con pacto de afianzamiento, esta valoración sobre la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto respecto de la fianza) y el riesgo asumido por la entidad acreditante, ha de realizarse teniendo en cuenta diversos factores, como los siguientes: a) el importe de la totalidad de las cantidades garantizadas por todos los conceptos mediante la hipoteca (capital, intereses y costas), b) la tasación de los inmuebles hipotecados, c) las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad por la hipoteca (vid. v.gr. las limitaciones que respecto de los intereses de demora impone el art. 114 LH), d) las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado, e) la solvencia personal de los deudores ( arts. 1911 CC y 105 LH), f) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (vid. art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que permite tener en cuenta no solo todas las cláusulas del contrato sino también las de "otro contrato del que dependa", incluyendo las relativas al precio, pues como señala uno de los considerandos de la Directiva, si bien "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", sin embargo "en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio"), g) su ajuste o no a su normativa específica ( disposición adicional 1.18ª LGDCU: "[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica"), h) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado (por razón de daños materiales, limitaciones urbanísticas u otras), etc.

En el caso de la Litis se observa que la hipoteca constituida no cubría la totalidad de las responsabilidades derivadas del crédito por todos los conceptos, tanto por la limitación derivada del art. 114 LH, como por las impuestas por la legislación del mercado hipotecario secundario (vid. art. quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario), ni hay datos que permitan concluir que, atendida la solvencia personal de los deudores, o la alta improbabilidad de insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda, o la ausencia de disminución del tipo de interés pactado correlativa a la mayor garantía que representa la fianza (u otras ventajas reconocidas al deudor, como el largo plazo de amortización, o el derecho a realizar nuevas disposiciones de la parte del capital ya amortizado durante la vida del crédito, etc), exista una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe.

Téngase en cuenta que, como ha señalado la doctrina científica, la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone *per se* incurrir en la situación de sobregarantía proscrita por la disposición adicional 1ª.18 LGCU, pues el art. 1844 CC admite la existencia de dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, y del art. 1860 CC se deduce la admisión de que para el aseguramiento de un mismo crédito se den varias cosas en prenda o hipoteca, y que la posibilidad de la concurrencia cumulativa de garantías personales y reales deriva del art. 105 LH al prescribir que la hipoteca "no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil".

**SEXTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso.*

1.- El segundo motivo se formula al amparo del mismo art. 477.2.3º LEC, con arreglo al siguiente tenor literal:

"por infracción de los arts. 1830 del Código civil (beneficio de excusión) y artículo 1837 del Código Civil (beneficio de división) por falta de aplicación así como del artículo 86.7 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (condición general de la contratación) en relación con el art. 3.1 de la Directiva 93/13 por falta de aplicación, al objeto de unificar la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las normas que se consideran infringidas por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales representadas por la contenida en la Sentencia que se recurre y en la Sentencia de esa misma Sala de fecha seis de marzo de dos mil diecisiete dictada en el rollo núm. 2560/2016 y en las Sentencias núm 180/2015 de fecha 30 de septiembre de 2015 dictada en el Recurso núm 2223/2015 y Sentencia núm 197/2015 de 6 de noviembre de 2015 dictada en el Recurso 2290/2015, ambas de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa".

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente delimita el problema jurídico sobre el que se concreta la aludida contradicción en el hecho de que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida consiste en la afirmación nuclear de que "de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1822 del Código civil la fianza se configura como un contrato autónomo e independiente y no es una cláusula más del contrato no siendo posible su impugnación como cláusula abusiva sino promoviendo la nulidad del contrato de fianza", y que al hacerlo así, no distingue, diversamente al planteamiento al que responden las citadas Sentencias de la Audiencia provincial de Guipúzcoa, entre la cláusula (contrato de fianza) y la renuncia a los beneficios de extinción, división y orden contenidos en los arts. 1830, 1831 y 1837 del Código civil.

El problema jurídico sobre el que surge la contradicción, a juicio de la recurrente, estriba en determinar si la cláusula de afianzamiento es una condición general de la contratación y si puede mantenerse la validez de la cláusula de afianzamiento (contrato de fianza) y declarar a su vez la nulidad de la renuncia a los beneficios de extinción, división excusión y orden, por considerarse dicha renuncia abusiva en los términos contenidos en el art 3.1 de la Directiva 93/13 CEE, o si por el contrario se trata de dos elementos inescindibles (validez de la cláusula de afianzamiento y renuncia a los beneficios citados). Dicha contradicción se produce desde el mismo momento en que la sentencia recurrida considera que la cláusula de afianzamiento no es una condición general de la contratación y estima que no puede pedirse la declaración de nulidad por abusividad, sin entrar a valorar la renuncia a los beneficios indicados, en contradicción con las sentencias citadas de contraste.

**3.-** *Admisibilidad del recurso.*

También respecto de este segundo motivo la parte recurrida suscita en su escrito de oposición óbices de inadmisibilidad, a los que ha de darse inmediata respuesta, nuevamente para rechazarlos.

Dos son las razones que alega la representación procesal del BBVA para oponerse a la admisión de este motivo del recurso. Entiende por un lado que el motivo hace supuesto de la cuestión y estima, por otro lado, que el recurrente plantea una cuestión nueva en la medida en que imputa a la sentencia recurrida no haber enjuiciado la abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, siendo así que el planteamiento de la demanda fue el de la pretendida nulidad completa de la fianza y no la de la citada renuncia.

Es cierto, cómo recuerda la sentencia de 230/2014, de 31 de enero, que "los hechos y la causa de pedir quedan fijados inexorablemente en la primera instancia y no pueden ser objeto de variación posterior (*lite pendente, nihil innovetur*), como esta Sala ha declarado reiteradamente (por todas las sentencias número 662/2010, de 27 de octubre, coma 672/2009, de 3 de noviembre, 17 de febrero de 2011, recurso 1503 de 2007)". En el mismo sentido se ha reiterado este principio en la sentencia 657/2016, de 9 de febrero.

Igualmente, tiene declarada la sentencia 1355/2014, de 31 de marzo, que:

"en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se precisa, en cuanto al principio dispositivo, que es a quienes creen necesitar tutela a quienes se atribuyen las cargas de pedirla y de determinarla con suficiente precisión - además de alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela -, dado que el Tribunal no está gravado con el deber y la responsabilidad de decidir cuál, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponda en el caso. Ese principio aparece

reflejado en el artículo 216 de la Ley, invocado en el motivo, en cuanto impone a los Tribunales civiles decidir los asuntos en virtud de las pretensiones de las partes.

"Se refleja dicho principio en varias exigencias procesales: (...)

(b) En el rechazo, en los recursos de apelación y casación, de las llamadas cuestiones nuevas, en el sentido de ajenas al debate en las instancias, en beneficio del derecho de defensa y de los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia - sentencias 388/2012, de 26 de junio, 703/2012, de 14 de noviembre, 147/2013, de 20 de marzo, 737/2015, de 11 de diciembre, entre otras muchas".

Pero estos óbices procesales no pueden acogerse favorablemente, pues si se analizan en toda su amplitud los términos del debate planteado en ambas instancias, y traído de nuevo a la casación, se observará que, con independencia de que la pretensión máxima del demandante fue desde un primer momento la obtención de una declaración judicial de nulidad de toda la fianza, sin embargo, también desde el primer momento suscitó en su demanda la cuestión relativa a la eventual nulidad de la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, cuestión que, por tanto, ni es nueva ni ha sido ajena al desenvolvimiento del derecho de defensa de la parte demandada, al haberse proyectado sobre la misma los principios de audiencia y contradicción, a lo largo de todo el procedimiento. Procede por tanto dar respuesta al motivo.

#### 4.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

Por las razones que siguen procede desestimar el motivo.

La parte apelante sostiene en su escrito de recurso que la Sentencia recurrida infringe los artículos 1830 y 1837 del Código civil, así como la existencia de contradicción entre la citada Sentencia y otra de la misma Audiencia y Sección y otras dos de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, y ello por estimar estas la nulidad por abusividad de la concreta cláusula de la fianza relativa a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión y división.

Sin embargo, no puede compartirse la afirmación sobre la existencia de contradicción entre la jurisprudencia menor de las Audiencias que se denuncia, pues es precisamente la diversidad de enfoques en los respectivos escritos rectores de los procedimientos lo que explica la distinta respuesta que dan las sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia y de Guipúzcoa que se aportan como contradictorias, pues en las de esta última lo específicamente solicitado por los respectivos demandantes era la nulidad de la renuncia de los beneficios de excusión, orden y división, y no la nulidad completa de la fianza, sin que el análisis de la eventual nulidad de las correlativas cláusulas de renuncia en los casos examinados por la Audiencia de Valencia quede comprometido *prima facie* por la tesis que dicha Audiencia ha venido sosteniendo en las sentencias en relación con este tema, pues sobre lo que se pronunció fue sobre sendas peticiones de nulidad total de los contratos de fianzas y no de una o varias de sus concretas cláusulas o estipulaciones. No obstante, por razón de la función nomofiláctica que corresponde a este Tribunal a través de la casación no conviene concluir aquí la respuesta a este recurso.

Como resulta de lo que hemos dicho anteriormente, dada la subsunción de los contratos de fianza en que el fiador actúe como consumidor en el ámbito de la Directiva 13/93/CEE, cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto de los garantes, en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción, y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (cfr. STS 314/2018, de 28 de mayo), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas - pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación correspondiente a cargo del acreedor -, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido.

En el presente caso, se observa que la redacción de los términos de la fianza son claros, pues no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura; se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco ("Afianzamiento") que aparece destacado en mayúsculas y negrita; y su contenido no se limita a referirse a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión, orden y división, sino que incorpora una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas al afirmar que "[...] afianzan, con carácter solidario, de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos, [...]".

Por tanto el alcance del compromiso obligacional del fiador, en cuanto a su contenido esencial de garantía, sobre el que se ha de proyectar específicamente la atención del fiador, está delimitado de forma concreta, sin

que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o farragosidad de su contenido, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos.

Es cierto que la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no contiene obligaciones específicas a cargo del prestamista en cuanto a la información precontractual respecto del fiador. Por ello mismo carece de fundamento el reproche de que el prestamista no entregó la oferta vinculante al fiador, pues respecto de éste no contenía tal previsión la citada Orden, vigente al tiempo de suscripción del contrato. Este tratamiento respecto del fiador ha cambiado sustancialmente en nuestro Derecho con la Ley 5/2015, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Pero como se afirma en su exposición de motivos "es importante señalar que, al igual que como sucedió con las modificaciones introducidas en su momento por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo a lo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos".

Tampoco cabe excluir *a radice* el control de contenido o abusividad respecto de dichas cláusulas, en función de las particulares circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, analizadas en su totalidad, y en relación con las demás cláusulas del contrato (vid. art. 10 bis nº1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo de la constitución de la fianza debatida, y art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), en concreto respecto del supuesto previsto en el apartado 14º de dicha disposición adicional ("La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor").

Sin embargo, no se puede obviar la dificultad inicial que supone el hecho de que se trate de estipulaciones (renuncia a la excusión y pacto de solidaridad) expresamente previstas y autorizadas por el Código civil, así como el hecho de que en los casos en que la fianza tenga carácter gratuito el criterio (que exonera junto con la buena fe de la abusividad) del "justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes" (vid. art. 80.1, c) del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) resulta de difícil aplicación.

Tema cuya complejidad no cabe soslayar pues está también vinculada a la difícil cuestión de la causa de la fianza, en particular cuando no se ha pactado una contraprestación mediante una atribución patrimonial directa a favor del fiador, sin perjuicio de que la propia garantía, junto con la promesa de pago del deudor, constituyen el correspondiente del crédito concedido por el acreedor. Como señaló esta Sala en su sentencia núm. 100/2014, de 30 de abril (FJ sexto, 5 *in fine*), y reiteró en la núm. 295/2015, de 3 de junio de 2015 :

"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".

Finalmente, no puede olvidarse que tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil en relación con la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822, párrafo segundo, del CC), y que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión ( art. 1831.2º CC), como el de división ( art. 1837, párrafo primero, del CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código (vid. art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE).

#### **SEPTIMO.- Costas y depósitos**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º-** Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por D.<sup>a</sup> Delia y D. Ceferino contra la sentencia núm. 67/2017, de 9 de febrero, dictada por la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 2323/2016.

**2.º-** Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ