

## **ALGUNAS CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS QUE PUEDEN AFECTAR AL FIADOR DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**

**SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 87/2017 de 22 marzo (AC\2017\218)**

*José María Martín Faba*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 20 de abril de 2017*

No solo los prestatarios pretenden la nulidad de condiciones generales dispuestas en las escrituras de los préstamos hipotecarios que formalizaron. Asimismo, los consumidores que garantizaron con su patrimonio personal las obligaciones de pago de los prestatarios pueden ver como un gran número de estas cláusulas contractuales les afectan en caso de incumplimiento del deudor principal, por lo que no es extraño que aquellos también insten la nulidad de las condiciones generales que consideran abusivas. Es el caso de la sentencia objeto de comentario que conoce de la impugnación por una Caja de una sentencia de primera instancia que estimó la pretensión declarativa de nulidad de varias cláusulas contractuales instada por el fiador de un préstamo hipotecario. En lo que aquí interesa en el *iter* del proceso se debatió sobre el posible carácter abusivo de las siguientes cláusulas:

### **1. De la cláusula de imputación de pagos**

La cláusula estipula que “(...) *Los pagos que efectúe la PARTE PRESTATARIA se imputarán por el siguiente orden: gastos, costas judiciales, tributos, intereses de demora, comisiones, intereses ordinarios y principal de la deuda pendiente de pago*”.

El fiador sostuvo en su demanda que la cláusula era abusiva por contravenir normativa imperativa (art. 86 TRLGDCU en relación con los arts. 1171 a 1173 CC). Por su parte, el juez mercantil que conoció de la demanda en primera instancia estimó la pretensión y declaró que la cláusula era abusiva (art. 82 TRLGDCU) porque al no respetar las previsiones legales sobre imputación de pagos causaba un

perjuicio al fiador consistente en que este no podía decidir a qué conceptos imputar el pago.

Posteriormente la Audiencia confirma el pronunciamiento del juzgado pero entendiendo que la citada cláusula es abusiva por vulnerar normativa imperativa<sup>1</sup>. Además, estima que la cláusula resulta perjudicial para la parte fiadora porque (i) no la permite decidir a qué saldo imputar el pago y porque (ii) en el supuesto de que el banco tuviera distintos créditos contra el deudor de diferente naturaleza –por ejemplo, uno garantizado con hipoteca y otro sin garantía– podría imputar el pago al crédito menos gravoso para este –el no garantizado– con el objetivo de que el crédito impagado sea el hipotecario para ejecutarlo y cobrarlo con la venta de la garantía.

**Comentario 1.** Como cuestión previa apuntar que la cláusula litigiosa no es abusiva por contravención de normativa imperativa ya que las reglas sobre imputación de pagos dispuestas en el Código Civil son normas dispositivas, sobre las que cabe pacto en contrario, como ha así ha manifestado la doctrina: científica<sup>2</sup>, de la Dirección General de los Registros y Notariado<sup>3</sup> y del Tribunal Supremo<sup>4</sup>. Con todo, el artículo 86 I TRLGDCU establece que *en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas*. Interpretando el citado precepto cierta doctrina científica<sup>5</sup> ha manifestado que la finalidad de la disposición “*no era convertir todo el Derecho privado en normas cuyo desplazamiento o alteración -en contratos con consumidores- hubiera de reputarse en cualquier caso prohibido; sin perjuicio, naturalmente, de analizar en el caso concreto el eventual abuso a la luz de la norma general del art. 82 TRLGDCU*”. En el mismo sentido se posiciona CARRASCO

---

<sup>1</sup> En sentido contrario, por ejemplo, el AAP de Sevilla (Sección 6ª) Auto núm. 47/2015 de 5 marzo (JUR\2015\130378) que no estima abusiva la cláusula que establece que si no se “ *cubre un recibo completo con sus recargos, el pago se imputará por este orden: intereses de demora y cláusula penal, seguro de vida, intereses ordinarios y amortización el préstamo*”, pues a su juicio, sorprendentemente, la cláusula respeta la previsión legal.

<sup>2</sup> BERCOVITZ, “Comentarios al arts. 1171, 1172 y 1172 del CC”, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, enero de 2009 (BIB 2009\1705).

<sup>3</sup> RRDGRN de 14 mayo 2008 (RJ 2008\8279), de 16 mayo 2008 (RJ 2008\3154) y de 19 mayo 2008 (RJ 2008, 7714), entre otras muchas.

<sup>4</sup> En la STS 2 noviembre 1999 (RJ 1999, 7996) se manifiesta que mediante pacto puede inaplicarse lo dispuesto en el artículo 1174 del CC.

<sup>5</sup> PACANOWSKA, “Comentario al artículo 86 TRLGDCU”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, septiembre de 2009, pp. 2-3 (BIB2009\2171).

PERERA<sup>6</sup> que manifiesta que la circunstancia de que la cláusula desplace la norma dispositiva no puede conllevar directamente la consideración de que aquella es abusiva, pues en tal caso “*sobrarían, serían redundantes o contradictorias, el resto de las cláusulas consideradas en los arts. 82 a 90 TRLGDCU*. A juicio del último autor “*la norma se está refiriendo, y se limita, a los derechos específicos de los consumidores contenidos en normativa sectorial de consumo*”.

En consecuencia, es necesario comprobar si la imputación de pagos en el orden impuesto por la condición general –gastos, costas, tributos, comisiones, intereses de demora, intereses ordinarios y principal– es abusiva en virtud de la cláusula general de abusividad (art. 82 TRLGDCU), es decir, si causa, en contra de las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En primer lugar apuntar que la cláusula de imputación de pagos en liza no causa un perjuicio en el fiador, como dice la Audiencia, en el supuesto de que el banco tuviera distintos créditos contra el prestatario de diferente naturaleza y el acreedor imputara el pago al crédito menos gravoso con la finalidad de que el impagado sea el hipotecario y así ejecutar la garantía, sencillamente, porque en este caso no se imputan pagos a conceptos más o menos gravosos pues todos están garantizados con hipoteca y el impago de cualquiera de ellos puede dar lugar a la ejecución, con independencia de cómo se imputen los mismos. Por tanto, habrá que ver si la cláusula de imputación de pagos controvertida puede causar un perjuicio distinto al consumidor.

Pues bien, si el acreedor imputa los pagos a conceptos como intereses de demora o comisiones antes que a capital e intereses remuneratorios se produciría un perjuicio en el consumidor consistente en un aumento significativo de la deuda total al no poder satisfacer en primer lugar las partidas más cuantiosas cuando el acreedor vence anticipadamente el contrato y que por ello generan mayor cantidad por intereses.

Así pues, la imputación de pagos que siempre beneficiaría al consumidor sería en la que los pagos van destinados en primer lugar a satisfacer capital, después intereses remuneratorios y por último a otros conceptos como intereses moratorios y costas. Sin embargo, si se aplicara esta forma de imputación se produciría un desequilibrio

---

<sup>6</sup> CARRASCO PERERA, “Control de validez de condiciones generales y cláusulas abusivas”, *Nuevos Clásicos y Derecho de contratos*, enero de 2017, pp. 23-25 (BIB 2017\10921).



entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del acreedor pues si el pago va destinado en primer lugar a satisfacer capital la deuda puede dejar de ser rentable para aquel porque dejaría de producir intereses. Nótese, que si la imputación fuera de este modo “*quedaría al arbitrio del deudor convertir en una deuda simple otra que produce intereses*”(véase SAP de Palencia [Sección 1ª] núm. 176/2004 de 26 mayo [JUR 2004\180517]).

En virtud de lo anterior parece que la imputación de pagos que supone un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes es la que se desprende del artículo 1173 CC –que como norma de derecho dispositivo contiene una regla que expresa una *valoración imparcial de los intereses de las partes*<sup>7</sup>– que determina que si la deuda produce intereses deberán satisfacerse estos en primer lugar<sup>8</sup> y cuando estos estén cubiertos el pago se destinará al capital. A mi juicio esta es una forma de imputación ecuánime que no origina un desequilibrio de los derechos de las partes en perjuicio del consumidor pues de este modo el deudor puede imputar el pago a las partidas más importantes y que generan mayores réditos sin que se perjudique al acreedor porque la deuda que produce intereses pueda transformarse en una deuda simple. Además, nótese, que en esta dirección ya caminaba la Ley 1/2013 que modificó el artículo 654 de la LEC para establecer que en las ejecuciones –ordinarias o hipotecarias– en las que con la venta del inmueble no se satisfaga el total por el que se solicita el despacho de ejecución se deberán imputar los pagos destinados a satisfacer dicha cantidad por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas.

Por tanto, una cláusula de imputación de pagos lícita –no abusiva en el sentido del artículo 82 TRLGDCU– es la que determina que el pago debe destinarse en primer lugar a satisfacer los intereses remuneratorios, luego al capital y por último a intereses de demora, costas, comisiones, etc.

## 2. De la cláusula de valor de tasación a efectos de subasta

La cláusula reza que “*Se señala como valor de las fincas hipotecadas, para caso de subasta, el de CIENTO COHENTA MIL EUROS (180.000 ) para la finca registral*”

---

<sup>7</sup> CARRASCO PERERA, *op. cit.* p. 25.

<sup>8</sup> Debe apuntarse que no entran dentro del concepto de intereses del artículo 1172 CC los de demora, que no tienen la naturaleza de intereses reales si no de cláusula penal por el incumplimiento de obligaciones del prestatario.



*número NUM000 Registro de la Propiedad número cinco de Pamplona, el de SESENTA MIL EUROS (60.000) para la finca registral número NUM001 del Registro de la Propiedad número cinco de Pamplona, y el de DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL EUROS (245.000 ) para la finca registral número NUM002 del Registro de la Propiedad número uno de San Sebastián"* Por otra parte, de las tasaciones encargadas por los prestatarios en la fecha de suscripción del préstamo hipotecario, en 2009, se desprende que las dos primeras fincas fueron tasadas en su conjunto en 298.000 euros y la tercera en 311.000 euros.

Para el juez Mercantil la cláusula es abusiva, en esencia, por ser contraria a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, pues a su juicio la cláusula dispone de un tipo para subasta inferior al valor de tasación, propiciándose así que en un procedimiento de ejecución hipotecaria el valor de adjudicación esté muy por debajo del real en perjuicio del prestatario o fiador, facilitando que la deuda principal no se cubra con ese importe si se producen adjudicaciones por debajo del valor de tasación.

Sin embargo, la Audiencia revoca este pronunciamiento pues el tipo para subasta es acorde con el artículo 682.2 LEC vigente, es decir, porque es superior al 75% del valor de tasación del inmueble en el momento de constitución del préstamo.

**Comentario 2.** Como ya señalamos en otro trabajo<sup>9</sup> el tipo del inmueble a efectos de subasta ha sido recurrentemente objeto de controversia en ejecuciones hipotecarias. Así, en algunas ocasiones, Audiencias Provinciales<sup>10</sup> han declarado abusivas cláusulas de escrituras que fijan el valor del inmueble a efectos de subasta por ser este muy inferior al valor de tasación, por ejemplo, por ser el tipo del 40% o 50% del valor de tasación realizada en el momento de formalización del préstamo.

Pues bien, lo importante en este punto es determinar si una cláusula que establece un tipo del inmueble para subasta que respeta el artículo 682.2 LEC, es decir, igual o superior al 75% del valor de tasación en el momento de constitución del préstamo, puede considerarse abusiva en virtud de la cláusula general de abusividad del artículo

---

<sup>9</sup> MARTIN FABÁ, J.M., "Sobre la limitación del valor del inmueble hipotecado a efectos de subasta", Centro de Estudios de Consumo, Enero de 2017 [Consulta: Abril 2017]

<sup>10</sup> Por todas: AP de Islas Baleares (Sección 5ª) Auto núm. 59/2014 de 21 marzo (JUR\2015\39566) y AP de Barcelona (Sección 1ª) Auto núm. 252/2014 de 26 septiembre (JUR\2015\10698)

82 TRLGDCU, es decir, porque en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato

Como cuestión previa cabe decir que en virtud del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 no pueden ser objeto del control de abusividad las cláusulas que reflejen disposiciones imperativas. Con todo, el artículo 682.2 LEC es solo una norma de carácter procesal que obliga al acreedor que pretenda ejecutar una hipoteca por el procedimiento sumario a fijar en la escritura un precio del inmueble para subasta no inferior al 75% de valor de tasación. Esto no quiere decir que la cláusula que fija el valor del inmueble a efectos de subasta respetando el artículo 693.2 LEC no pueda ser objeto del control de abusividad pues es doctrina jurisprudencial consolidada que, por ejemplo, la cláusula de intereses de demora que respeta el artículo 114 LH o la cláusula de vencimiento anticipado acorde con el artículo 693 LEC pueden ser objeto de este examen.

Pues bien, es probable, como dice el juez mercantil, que si el tipo para subasta del inmueble es inferior al valor de tasación la deuda principal no se cubra con la venta de la vivienda pues en teoría el préstamo fue concedido por un importe similar al valor del inmueble. Pero es que si aceptáramos que el precio del inmueble para subasta debe ser igual al valor de tasación (art. 8 RD 716/2009) para que no se cause un perjuicio al consumidor, se produciría, a su vez, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del acreedor debido a la bajada de precios generalizada de los inmuebles y a la propia depreciación de la vivienda hipotecada. Nótese, que en este caso, y en a inmensa mayoría, el tipo para subasta se determinó en la fecha de constitución del préstamo hipotecario, momento en el que el valor del inmueble era muy superior en comparación al valor de aquel en el instante en el que se verifica la venta debido a la bajada continuada del precio de mercado de los inmuebles. Por esto, en la práctica, si el acreedor no pudiera beneficiarse del tope del artículo 682.2 LEC (y del 670 LEC) tendría que adjudicarse la vivienda por un precio mayor al del mercado, de ahí que los límite del citado precepto (y del 670 LEC) también sirva, aparte de para proteger al deudor contra tipos del inmueble para subasta muy inferiores al valor real de este, para mitigar este problema. Además, el hecho de que el precio del inmueble para subasta sea inferior al valor de tasación tiene su lógica pues la venta judicial o extrajudicial se produce una vez que el inmueble se ha depreciado por el transcurso del tiempo.

Por todo ello consideramos que, a falta de un criterio preciso que permita determinar el carácter abusivo de las cláusulas que establecen el precio del inmueble para subasta, el límite del artículo 682.2 LEC proporciona un equilibrio de los derechos y obligaciones de de las partes ya que: (i) no perjudica al consumidor pues es coherente que el tipo del inmueble para subasta sea algo inferior (hasta un 25%) al valor de tasación del inmueble en el momento de constitución del préstamo debido a la depreciación de la vivienda por el transcurso del tiempo y; (ii) no perjudica al acreedor pues el límite le permite reducir la pérdida patrimonial que le originaría adjudicarse la vivienda a un precio tasado en el momento de constitución del préstamo. En definitiva, creemos que una cláusula que fija un valor del inmueble a efectos de subasta igual o superior al 75% del valor de tasación de aquel en la fecha de constitución del préstamo no es abusiva en virtud del artículo 82 TRLGDCU.

### 3. De la cláusula de fianza

La cláusula dispone que *“Las personas integrantes de la parte FIADORA garantizan solidariamente entre sí, y frente a la CAJA RURAL DE NAVARRA el pago de todas las obligaciones asumidas en esta escritura por la PARTE PRESTATARIA, constituyéndose en fiadores solidarios de ésta, con renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (...)”*

El juez de lo Mercantil determinó que la cláusula que fija la fianza solidaria o con renuncia de beneficios era abusiva porque: (i) impone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor (art. 87 TRLGDCU); (ii) impone garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 89 TRLGDCU) y; (iii) con base en STJUEAziz la cláusula de fianza solidaria o con renuncia de los beneficios deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la que establece el derecho nacional en ausencia de pacto. Con todo, el juzgado también afirma –aunque entendió que la fianza no era un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario– que la cláusula adolece de transparencia material pues un consumidor medio razonablemente bien informado entendería, que si otorga fianza solidaria a un prestatario cuya deuda está garantizada por hipoteca, que sólo en caso de incumplimiento del deudor principal, de insuficiencia de su patrimonio y de falta de valor suficiente de la garantía real habría de responder.

Este pronunciamiento fue revocado por la Audiencia que juzga que la cláusula no adolece de falta de transparencia material ni que tampoco es abusiva. Como cuestión

previa la Audiencia determina que *"la fianza es una relación jurídica contractual y no una cláusula contractual reguladora del contrato de préstamo"*. Con todo, estima que la solidaridad de la fianza o la renuncia a los beneficios está configurada como una condición general y es un elemento definitorio del contrato de fianza, por lo que entra a realizar el examen de transparencia cualificada de la misma. Según el criterio de la Audiencia la cláusula supera el control de transparencia porque la fianza solidaria o con renuncia de beneficios es la modalidad contractual más utilizada en la práctica en préstamos hipotecarios y porque no puede apreciarse que la cláusula sea compleja u oscura en su redacción, ni que sea ilegible por el tamaño de la letra, o que no sea clara en cuanto a su contenido, teniendo en cuenta que en ella se reseña con el encabezamiento "FIANZA". Aunque la Audiencia considera la cláusula transparente entra a valorar si esta causa un desequilibrio de los derechos de las partes en perjuicio del consumidor. Así, para la Audiencia no cabe hablar de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del fiador-acreedor porque del contrato de fianza no derivan derechos y obligaciones para ambas partes, sino que solo genera obligaciones para el fiador sin prestación a cargo del acreedor principal. Por último, realizando la Audiencia el juicio de "voluntad virtual" declara que el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual ya que la fianza solidaria con exclusión de los beneficios es una figura de uso absolutamente generalizada, siendo además notorio las obligaciones que de la misma se derivan.

**Comentario 3.** A estas alturas se ha escrito en abundancia y de forma laudable sobre el problema de las cláusulas de afianzamiento dispuestas en préstamos garantizados con hipoteca<sup>11</sup>. En primer lugar debe apuntarse que estimamos correcta la postura que considera que la fianza es un contrato autónomo respecto del contrato de préstamo hipotecario. También creemos que al formalizar un negocio de fianza, entendido en su integridad, existe negociación individual, pero no así sobre los elementos que definen su carácter solidario o la renuncia de beneficios que quedan configurados como una auténtica condición general de la contratación. Además, debe decirse que la nulidad que pretenden los fiadores es la imposición de la fianza como solidaria o con renuncia de beneficios, pues es lo que no comprenden en virtud de sus alegatos, no del negocio de fianza en su integridad. Asimismo, entendemos que la solidaridad de la fianza o renuncia de beneficios es un elemento esencial del

---

<sup>11</sup> BASTANTE GRANELL, V., "La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3/2017 (BIB 2017\784).

contrato de fianza por lo que la cláusula solo podrá ser objeto del control de contenido si no es transparente.

Pues bien, hace tiempo estimé en una nota que una cláusula de afianzamiento superaba el examen de transparencia cualificada<sup>12</sup> pues por aquel entonces este control estaba configurado como un examen meramente documental o abstracto<sup>13</sup>, sin que los Juzgados y Audiencias realizaran un examen del caso concreto y de todas las circunstancias con la finalidad de determinar si el consumidor comprendía el alcance la cláusula. En aquella nota entendí que por la claridad y falta de oscuridad de la cláusula el consumidor podía cerciorarse de los efectos de la fianza solidaria o con renuncia de beneficios. Sin embargo, el control de transparencia sobre cláusulas esenciales del contrato ha ido evolucionando, consolidándose finalmente su mutación en la STS núm. 171/2017 de 9 de marzo de 2017 (cláusula suelo de Caja Rural de Teruel), pasando a ser un control de todas las circunstancias del caso que puedan llegar a evidenciar, acreditadas en su conjunto, la transparencia o no de una cláusula definitoria del objeto del contrato. Por tanto, la transparencia, o ausencia de ella, de una cláusula de afianzamiento solidaria o con renuncia de beneficios va a depender de que se prueben en juicio una serie de circunstancias que acreditadas conjuntamente puedan determinar que el consumidor comprendía el alcance de una cláusula de este tipo. Consecuentemente, si el banco acredita una serie de circunstancias: (i) que dio explicaciones e informaciones adecuadas que evidencian – a través de la información precontractual necesaria en virtud de la Orden EHA 2899/2011 y de la Circular 5/2012– que el fiador comprendió el efecto de la solidaridad de la fianza o de la renuncia de beneficios; (ii) que el cliente bancario es un consumidor con conocimientos jurídicos (abogado, economista, etc); (iii) que el notario advirtió de los riesgos de la solidaridad de la fianza o de la renuncia de beneficios; o (iv) que los conceptos solidaridad o renuncia de beneficios están redactados en negritas o/y en mayúsculas, etc; puede llegarse a la conclusión de que la cláusula es transparente, o viceversa.

Si la cláusula no es transparente habría que evaluar si, en contra de las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio en perjuicio del fiador. Pero prácticamente no hay

---

<sup>12</sup> MARTIN FABÁ, J.M., “La cláusula de afianzamiento también es objeto del control de transparencia”, Centro de Estudios de Consumo, septiembre de 2016 [Consulta: abril de 2017].

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, STS núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013 [RJ\2013\3088], SAP de Pontevedra [Sección 1ª] núm. 168/2016 de 31 marzo [AC 2016\509] y SJPI núm. 7 de Vitoria núm. 147/2016 de 30 mayo [AC 2016\1489].



discusión en la jurisprudencia menor<sup>14</sup>: la cláusula de afianzamiento solidaria o con renuncia de beneficios no transparente causa un desequilibrio para el fiador porque le coloca en una situación menos favorable que si se aplicaran las normas dispositivas del Código Civil en virtud de las cuales el acreedor tendría que hacer excusión de los bienes del prestatario antes de atacar el patrimonio del fiador.

---

<sup>14</sup> Por todas: SAP de Guipúzcoa (Sección 2.ª), n.º 180/2015, de 30 de septiembre de 2015 (PROV 2015, 269085).