

**ATENTOS FIADORES: NI SU INSUFICIENCIA ECONÓMICA, NI LA
COMPLEMENTARIEDAD DE LA GARANTÍA, NI LA CRISIS ECONÓMICA SON
CAUSAS PARA RESOLVER EL CONTRATO DE AVAL**

SAP de Barcelona (Sección 19ª) núm. 229/2015, de 28 octubre (JUR 2016\20781)

José María Martín Faba
Máster de Acceso la Abogacía
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 17 de febrero de 2016

1. Los hechos

En el presente caso, el litigio trae causa en un conflicto surgido en relación a un contrato de aval (que se rige por la regulación de la fianza del CC), suscrito por la actora, Guadalupe, en relación a un préstamo hipotecario por importe de 1.600.000 euros, concertado entre la demandada, Banco Espirito Santo SA y Adriana y Gavino, que eran los padres de la demandante.

Así, la actora demandó a la entidad de crédito y pretendió la nulidad del contrato de aval ya que entendía que:

- (i) en el momento de perfeccionarse el contrato, carecía de ingresos y bienes suficientes, por lo que no resultaba idónea para la suscripción de este, debido a su ausencia de capacidad financiera y amparándose para ello en el artículo 1828 CC¹;
- (ii) al encontrarse el crédito garantizado ya con una hipoteca, cuyo valor tasación excedía el propio crédito garantizado, no era válida o no podía establecerse una garantía adicional; y
- (iii) la cláusula que regulaba el aval era abusiva por: (i) imponer una indemnización desproporcionada; (ii) ser una cláusula no negociada que la causaba un desequilibrio, al suponer una renuncia a su derecho al beneficio de división,

¹ El cual reza que “(e)l obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del Juez del lugar donde ésta obligación deba cumplirse”.

excusión y orden, coartando consecuentemente a su entender sus posibles acciones judiciales.

Consecuentemente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona dictó sentencia el 6 de febrero de 2015², en la que manifestaba que:

- (i) el hecho de que la actora careciera de ingresos en el momento de suscribir el contrato de aval no impedía la eficacia jurídica de este, ya que en su opinión, la suficiencia económica del fiador solo es exigible en las fianzas legales o judiciales, no así en las de carácter convencional como era el caso, no pudiendo el demandado ampararse en el artículo 1828 CC. Además, para el juzgador de instancia, la fiadora fue propuesta lícitamente por los prestatarios y aceptada por el acreedor demandado con absoluto conocimiento de su capacidad económica en la época de perfección del contrato;
- (ii) a pesar de encontrarse el crédito garantizado con una hipoteca, cuyo valor de tasación excede al de aquel, no es óbice para vetar una garantía adicional, exceptuando lo prevenido en el artículo 140 LH³, lo que para el Juez no acaecería en el presente caso;
- (iii) en relación al supuesto carácter abusivo de la cláusula 11 (relativa al aval) del contrato: (i) la fianza no tiene carácter o naturaleza indemnizatoria sino de garantía de un cumplimiento todavía no efectivo; (ii) no es una cláusula no negociada ya que quedaba acreditada la negociación expresa de dicho contrato, además la información otorgada a la fiadora fue completa y los derechos de división, excusión y orden son renunciables, no siendo aceptable que la fiadora alegue abuso en una decisión de carácter voluntario.

² Recaída en el procedimiento ordinario nº 421 / 2014.

³ Del que puede extraerse que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105 LH, “*podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor (...)*”. En el presente caso, no consta pacto expreso en la escritura de constitución de la hipoteca por el que se fije que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

2. El complejo recurso de apelación por *plusmotivación*

Contra la mencionada sentencia la demandante fiadora, interpuso recurso de apelación fundamentado en un cúmulo de motivos que podemos condensar en:

- i) El requerimiento a la Audiencia Provincial para que sometiera al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el planteamiento de una cuestión prejudicial relativa a:
 - a) la supuesta limitación por falta de protección que el consumidor garante tiene en un proceso de ejecución sobre títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que no es parte;
 - b) las posibles limitaciones que resultan del contenido del Real Decreto Ley 6/2012⁴ a los consumidores no incorporados en el umbral de exclusión como consecuencia del elevado valor del inmueble hipotecado;
 - c) la desproporción indemnizatoria que podría suponer la inclusión de una avalista sin patrimonio en garantía de un préstamo hipotecario de sus familiares.
- ii) Prácticamente los mismos motivos jurídico materiales que alegó en su demanda, estos son:
 - a) la ausencia de requisitos esenciales del contrato de aval, por entender que carecía de solvencia económica en el momento de suscribir el contrato, que no ha recibido contraprestación ni beneficio de dicha operación y que se trata de un contrato suscrito con consumidores, calificando además la fianza como convencional y a título gratuito por lo que a su entender son de aplicación los requisitos de solvencia del artículo 1828 CC;
 - b) que el valor de tasación de la hipoteca excede del crédito garantizado, por lo que a su parecer es innecesaria la suscripción de una garantía adicional y;
 - c) la presunta abusividad de la cláusula 11 del contrato por: (i) suponer la fianza una indemnización desproporcionada al haberse financiado solo el 80% del valor del inmueble; (ii) faltar la presentación de información

⁴ De 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE 10 marzo 2012, núm. 60, (RCL 2012\315).

adecuada sobre el contenido y condiciones del contrato, además de no constar información precontractual suficiente; (iii) hacer alusión a una cláusula no negociada individualmente; y (iv) suponer una renuncia de la avalista a sus derechos como consumidora al haber renunciado la fiadora al beneficio de división, excusión y orden, acotando las correspondientes acciones judiciales.

iii) Finalmente, alega un desequilibrio patrimonial infligido por la alteración de las circunstancias contractualmente consideradas, pretendiendo así la ineficacia sobrevinida del aval.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial⁵

3.1. La impertinencia de la cuestión prejudicial

Como dijimos, la recurrente propone a la AP el planteamiento de una cuestión prejudicial con base en: (i) la supuesta limitación de protección que el consumidor garante tiene en un proceso de ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que no es parte; (ii) que del contenido del Real Decreto Ley 6/2012 resultan limitaciones para los consumidores no incorporados en el umbral de exclusión por el valor del inmueble; y (iii) la desproporción indemnizatoria que podría suponer la inclusión de una avalista sin patrimonio en garantía de un préstamo hipotecario de sus familiares.

Así, la AP trayendo a colación la jurisprudencia relativa a la pertinencia de las cuestiones que pudieren plantearse al Tribunal de Justicia⁶ (que declara que no son pertinentes las que no tengan relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando se plantee el problema de forma hipotética), rechaza la primera de estas cuestiones al no tener a su parecer relación con el proceso que nos ocupa.

Respecto al contenido del Real Decreto Ley 6/2012 y las limitaciones que para los consumidores supone su no incorporación al umbral de exclusión en consideración al valor del inmueble, considera la AP, que dicha cuestión denunciada, se refiere a la situación que el Legislador ha querido otorgar a los

⁵ SAP de Barcelona (Sección 19ª) Sentencia núm. 229/2015 de 28 octubre (JUR\2016\20781).

⁶ Contenida en la STJUE de 14 de marzo de 2013, Caso Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), TJCE 2013\89.

deudores hipotecarios que ostentan mayor capacidad económica, no pudiendo apreciarse que exista colisión alguna entre la interpretación del Derecho Comunitario y el contenido de la citada Norma.

En relación a la última de estas cuestiones, es decir, la pretendida desproporción indemnizatoria que podría suponer la inclusión de una avalista sin patrimonio en garantía de un préstamo hipotecario de sus familiares, afirma la AP, que teniendo en cuenta que la función del Tribunal de Justicia a través del planteamiento de la cuestión no es otro sino proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado⁷. Por lo que, teniendo en cuenta que la interpretación del concepto de desproporción ya ha sido adecuadamente expresada tanto por la Jurisprudencia comunitaria como por la nacional, considera que es inútil la reiteración de dicha consulta, ya que a su parecer, dispone de instrumentos precisos para la apreciación de la mencionada desproporción y para estimarla, si se dieran las circunstancias que lo permiten.

En definitiva, la AP considera innecesario plantear la cuestión prejudicial con fundamento en los alegatos de la recurrente.

3.2. La insuficiencia económica del fiador no es motivo de nulidad contractual

Como advertimos, aduce la recurrente avalista como uno de los motivos de fondo, la falta de los elementos esenciales del contrato de aval, por entender que la actora carecía de solvencia económica en el momento de suscribir el contrato, considerando de aplicación el artículo 1828 CC.

En primer lugar, es interesante destacar la exposición que efectúa la AP sobre los distintos tipos de fianza que fija el artículo 1823 CC⁸, que las divide entre las convencionales, legales y judiciales por un lado, y entre onerosas o gratuitas, por otro, además de las que se constituyen a favor del deudor principal o de otro fiador y las que resultan conocidas y consentidas de las que pueden ser aun contradictorias con la voluntad del afianzado.

⁷ Doctrina reiterada en STJCE de 28 de noviembre de 2000, caso Roquette Frères SA contra de-Calais (TJCE 2000\300) y STJUE de 11 de marzo de 2010, caso Attanasio Group Srl contra Comune di Carbognano (TJCE 2010\73).

⁸ Así, *(l)a fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso. Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste*”.

Para la resolución de este motivo la AP aclara, que no resulta controvertido que la participación de la fiadora lo era a título gratuito y por razones de parentesco con los obligados, calificándose por tanto la fianza de convencional. Asimismo, para la AP quedaría probado que la designación de la actora en la negociación operada entre la entidad bancaria y los prestatarios, así como la situación económico-financiera de aquella, fueron en todo momento conocidas por ambas partes.

Sin embargo, como acertadamente expone la AP, la valoración de la capacidad económica a que se refiere el artículo 1828 del CC debe realizarla el propio acreedor, ya que es con él con quien se pacta el contenido del afianzamiento⁹. Así, señala la AP que una vez constatada la situación económica, solo es posible reclamarla o novarla a instancia del acreedor, a través de la sustitución que prevé el artículo 1829 CC¹⁰ en caso de insolvencia sobrevenida. En definitiva, no comprende la AP que sea posible que la propia fiadora cuestione la virtualidad de su obligación con base en un requisito cuya valoración y aceptación ya fue efectuada en el momento de suscribir el contrato, sin que se haya planteado en ningún momento, ni su idoneidad ni su sustitución por parte del acreedor.

Concluye por tanto la sentencia, que no cabe atribuir al presente supuesto las exigencias que el artículo 1854 CC¹¹ reserva al fiador determinado por ley o judicialmente, en cuyo caso, la apreciación de los requisitos de idoneidad económica que establecen los artículos 1828 y demás concordantes del CC se reserva al Juez que conociera del asunto. Por todo lo anterior, la AP desestima el presente motivo.

3.3. Que el valor de tasación de la garantía sea superior al crédito garantizado no es impedimento para constituir una garantía complementaria

A la alegación relativa a que crédito se encuentra garantizado con una hipoteca cuyo valor de tasación excede el crédito garantizado por lo que sería innecesario la suscripción de una garantía adicional, responde la AP aludiendo al artículo 105

⁹ Manifestación realizada en STS de 27 noviembre de 1986 (RJ 1986\6616).

¹⁰ Cuyo tenor literal es el siguiente: “(s)i el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúese el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada”.

¹¹ El cual declara que “el fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el artículo 1.828”. Es decir, ha de ostentar suficiencia económica para responder de la obligación garantizada.

LH¹², el cual reza que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 CC. Así, cita la AP la STS de 25 de septiembre de 2008¹³, la cual ha subrayado esta doble responsabilidad, de manera que la existencia de una hipoteca permite ir contra otros bienes distintos de los hipotecados hasta la completa satisfacción del crédito, sin perjuicio de la excepción contemplada en el artículo 140 LH (que limita la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados si ambos lo pactan). En definitiva, establece la AP que no resulta vedado para las partes establecer una garantía adicional a la hipoteca suscrita, ni mucho menos que esta circunstancia por sí sola permita sustentar la acción de nulidad del contrato de garantía. Por consiguiente, la AP también desestima este motivo.

3.4. La cláusula reguladora de la fianza no es abusiva (es lícita la renuncia expresa de derechos del fiador)

Como hicimos alusión *supra*, la recurrente denuncia la supuesta abusividad de la cláusula 11 del contrato en base a: (a) la indemnización desproporcionada al haberse financiado solo el 80% del valor del inmueble; b) no haberse dado la adecuada información a la actora sobre el contenido y condiciones del contrato, además de no constar información precontractual suficiente; c) por referirse a una cláusula no negociada individualmente; y d) por suponer una renuncia de la avalista a sus derechos como consumidora de división, excusión y orden, limitando a su parecer las acciones judiciales correspondientes.

Respecto al primero de estos submotivos, la AP manifiesta (como hizo el juzgador de instancia), que resulta inapropiado considerar que la fianza tenga una naturaleza jurídica indemnizatoria, ya que la vinculación contractual de la recurrente lo es como garante del cumplimiento de la obligación originaria, respecto a lo que la AP no constata desproporción de ninguna clase.

Además, respecto a las circunstancias contractuales y precontractuales, queda probado para la AP que no sólo se aportó suficientemente la información precontractual y contractual, sino que fue una contratación personalizada en relación con las circunstancias específicas tanto de prestatarios como de fiadora,

¹² Entonces, “(l)a hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC”.

¹³ Núm. 829/2008 de 25 septiembre (RJ 2008\5570).

por lo que no puede entenderse que la fianza no fuera negociada individualmente.

Por último, y en relación a la renuncia de la avalista al beneficio de división, excusión y orden, señala la AP que la fianza con renuncia expresa al beneficio de estos derechos resulta una opción contractual expresamente contemplada en los artículos 1831 y 1832 CC¹⁴. En definitiva, destaca la AP la claridad y fácil comprensión del redactado de la cláusula, no pudiendo considerar ni que fuera desconocido ni incompendido el alcance y condición de la fianza por la recurrente. En el mismo sentido, atestigua la AP, que es generalmente conocido que la fianza solidaria sin beneficio de excusión y división es la modalidad más habitual en este ámbito de contratación. Por todo lo cual, la AP desestima asimismo el presente motivo.

3.5. Inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*

En referencia a la solicitud de la recurrente de ineficacia sobrevenida del aval debido al desequilibrio patrimonial provocado por la alteración de las circunstancias contractualmente consideradas (advenimiento de la crisis financiera), manifiesta la AP (con base en la doctrina jurisprudencial del TS sobre las características de la cláusula *rebus sic stantibus* y su régimen jurídico)¹⁵, que la alteración causal del contrato debe apreciarse en concordancia con los dos criterios que concretan la aplicabilidad de dicha *regla*, estos son:

- a. la doctrina de la base del negocio, que fija el alcance de dicha mutación respecto del sentido o finalidad del contrato y que determina la desaparición de la base del negocio cuando:
 - (i) se impide la finalidad económica capital del contrato o se torna inalcanzable;
 - (ii) la conmutatividad del contrato (entendida como la equivalencia o proporción entre las prestaciones) desaparece prácticamente o se

¹⁴ Así, dispone el artículo 1831 CC que “(l)a excusión no tiene lugar: cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella (y) cuando se haya obligado solidariamente con el deudor”, entre otras circunstancias.

¹⁵ Por todas, SSTs núm. 64/2015 de 24 febrero (RJ 2015\1409) y núm. 333/2014 de 30 junio (RJ 2014\3526).

destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

- b. “riesgo normal del contrato”: el segundo criterio viene definido por el aleas derivado del negocio. Así, para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato.

Por tanto, como afirma la AP, no cualquier cambio de circunstancias o condiciones determina la apreciación de dicha cláusula, sino que es necesario que el cambio indicado altere el estado de las cosas de un modo relevante, además de tener consecuencias para las partes implicadas.

Finalmente la AP, citando de nuevo la doctrina jurisprudencial del TS, manifiesta que la actual crisis económica es capaz de engendrar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales se asientan las relaciones contractuales previamente establecidas, empero, esto no es causa para su aplicación universalizada e inmediata, no pudiendo constituir la crisis económica por sí sola el motivo de aplicación de la mencionada regla.

En el presente caso, para la AP, no se ha producido una variación sustancial en las circunstancias contractuales consideradas, permaneciendo la garantía hipotecaria y la personal de la fiadora, en posición equivalente a la contemplada en el momento de perfección del contrato. Y así, afirma la resolución de apelación, que a pesar de la alteración de los valores generales del mercado inmobiliario, en este supuesto, ni se anula la finalidad económica básica del contrato por estar sometida a una evolución incierta, ni se rompe la conmutatividad del contrato, en cuanto prestación y contraprestación se ven sometidas a idéntico juego de mercado, embebiéndose por tanto la pretensión de la recurrente en los riesgos propios de todo contrato de financiación de un inmueble, sin que la AP constate un desequilibrio interprestacional. Por todo lo cual, este motivo y todo el recurso son desestimados por la AP.