

LA CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO TAMBIÉN ES OBJETO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA CUALIFICADO*

SAP de Alicante (Sección 8ª) núm. 124/2016, de 12 de mayo (JUR 2016\154381)

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICA de Toledo

Fecha de publicación: 20 de septiembre del 2016

1. Los hechos

El pleito surge a raíz de la formalización de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca sobre una vivienda habitual por un importe de 121.000 euros, novado posteriormente y elevado a público mediante escritura de división de préstamo hipotecario. En ambos contratos intervinieron dos sujetos como fiadores solidarios.

Ante este panorama contractual los fiadores interpusieron demanda de juicio ordinario que tenía como objeto una pretensión declarativa de nulidad por abusiva de la cláusula rubricada “AFIANZAMIENTO” en el contrato primigenio y “AFIANZAMIENTO PERSONAL” en la escritura de división, en la que los actores, en su condición de fiadores, renunciaron a los beneficios de orden, división y excusión.

Luego, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante dictó Sentencia estimando la demanda y declarando abusivas las meritadas cláusulas, de manera que la entidad prestamista interpuso recurso de apelación contra la resolución de instancia por: i) infracción del artículo 1.822 del CC sobre la validez y legalidad de la figura del fiador solidario y ii) vulneración del artículo 1.256 del CC, de la doctrina de los actos propios y del principio *pacta sunt servanda*.

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

2. La fundamentación jurídica y el fallo

La primera escritura de préstamo hipotecario incluía una cláusula contractual con el siguiente tenor: "*AFIANZAMIENTO. Doña Adelaida y Don Cesáreo GARANTIZAN SOLIDARIAMENTE entre sí y con la parte prestataria el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta en la presente escritura de forma que la Caja si se da el caso, podrá dirigirse indistintamente contra la parte prestataria contra todos los fiadores o contra cualquiera de ellos o contra unos y otros a la vez. A estos efectos los fiadores renuncian a los beneficios de excusión u orden, división y cuantos otros pudieran corresponderles y se constituyen garantes, por todo el tiempo que dure el préstamo, así como por las prórrogas expresas o tácitas, sin necesidad de intervenciones ulteriores o ratificaciones por parte de los propios fiadores (...). El presente afianzamiento dejará de surtir efecto en el momento en que el saldo total de la deuda pendiente de pago derivada del presente contrato se vea reducida en un 30% del mismo*".

La escritura de división disponía una cláusula prácticamente idéntica: "*AFIANZAMIENTO PERSONAL. Sin perjuicio de la responsabilidad personal, limitada y solidaria, en su caso, de la parte deudora ni de la garantía real constituida, las obligaciones derivadas de este contrato de préstamo son garantizadas además por Doña Adelaida y Don Cesáreo de forma indistinta y solidaria entre sí y respecto de la parte deudora principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división, de tal modo que la Caja puede acudir indistintamente a la acción personal contra la parte deudora, a la acción real sobre los bienes hipotecados y a la derivada de este afianzamiento, dirigiéndose contra cualquiera de los fiadores (...). El presente afianzamiento dejará de surtir efecto en el momento en que el saldo total de la deuda pendiente de pago derivada del presente contrato se vea reducida en un 30% del mismo.*"

En su resolución la AP manifiesta que es perfectamente válida la cláusula en la que se pacta una fianza solidaria con renuncia de los beneficios de orden, excusión y división. Empero, al ser los fiadores consumidores por actuar en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional considera procedente analizar si las cláusulas controvertidas donde se acuerda el afianzamiento de los actores son nulas por abusivas al amparo de la normativa consumerista.

En primer lugar, la AP examina si las cláusulas objeto de enjuiciamiento revisten los caracteres de condiciones generales de la contratación *ex* artículo 1 LCGC. Así, la AP amparándose en la STS de 9 de mayo de 2013 declara que las cláusulas de

afianzamiento son condiciones generales ya que ostentan los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Por otra parte, la AP estima necesario someter a las cláusulas de afianzamiento al control de inclusión o de transparencia formal y al control de transparencia real o cualificada, en base a la doctrina jurisprudencial de la STS de 9 de mayo de 2013. Aunque la célebre STS trata sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo el juzgador entiende que muchas de sus consideraciones son extensibles al presente caso.

Respecto al primero de estos controles la AP asevera que las cláusulas de afianzamiento forman parte de la escritura y que su contenido pudo ser conocido fácilmente por todas las partes intervinientes en el contrato. Además, a juicio de la AP el significado de los términos empleados en las cláusulas son claros y sencillos, permitiendo una factible comprensión por parte de los fiadores.

En relación al control de transparencia real o cualificado afirma la AP que aunque el contrato de fianza sea accesorio del contrato de préstamo hipotecario, ello no significa que aquél no contenga una obligación principal para los fiadores, esto es, constituirse en garantes con su patrimonio personal en el caso de incumplimiento de los deudores principales (art. 1.822 I CC). Por tanto, según la AP al ser la cláusula de afianzamiento un elemento esencial del contrato –de fianza– no cabe el control de abusividad si la cláusula enjuiciada supera el llamado control de transparencia real o cualificada que tiene como base el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE.

La AP reproduciendo la STS de 9 de mayo de 2013 manifiesta que el segundo control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, a saber, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Por ello, según la AP es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato, de forma que se garantice que el consumidor está en condiciones de obtener antes de la conclusión del contrato la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

Finalmente y descendiendo ya al caso litigioso, a juicio de la AP la cláusula de afianzamiento supera el control de transparencia cualificado porque: i) se regula en una sola cláusula dentro del contrato, es decir, no aparece dispersa u oculta entre varias cláusulas; ii) en ambos casos se encabeza con la expresión en mayúsculas "AFIANZAMIENTO" con el objeto de destacar esta concreta garantía personal; y iii) no se limita a la simple renuncia de los beneficios de orden, excusión y división sino que explica suficientemente los efectos jurídicos y económicos que implica esa renuncia al señalar que la entidad financiera, en su calidad de acreedora, podrá "*dirigirse indistintamente contra la parte prestataria, contra todos los fiadores o contra cualquiera de ellos o contra unos y otros a la vez*" y que los fiadores garantizan "*de forma indistinta y solidaria entre sí y respecto de la parte deudora principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división, de tal modo que la Caja puede acudir indistintamente a la acción personal contra la parte deudora, a la acción real sobre los bienes hipotecados y a la derivada de este afianzamiento, dirigiéndose contra cualquiera de los fiadores.*"

En definitiva, entiende la AP que al haber superado la cláusula de afianzamiento el control de transparencia cualificado no cabe entrar a valorar su posible carácter abusivo, por lo que estima el recurso de apelación y revoca la resolución recurrida en el sentido de desestimar la demanda.

3. Alguna Audiencia Provincial considera que la cláusula de afianzamiento no es transparente y la declara finalmente abusiva

Es el caso de las SSAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 197/2015 de 6 noviembre (JUR\2016\38610) y núm. 180/2015 de 30 septiembre (JUR\2015\244535). En estas resoluciones la AP concluye que la cláusula que establece la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división por la fiadora adolece de falta de transparencia porque ni siquiera indica que su responsabilidad será solidaria con el deudor principal y se limita únicamente a expresar la renuncia de los beneficios sin dar ninguna explicación sobre la significación jurídica y económica que ello comporta. Consecuentemente, la AP declara esta parte de la cláusula de afianzamiento abusiva ya que a su juicio "*es claro que la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción por parte de la fiadora perjudica de manera no equitativa a la misma gravando su situación sin causa que lo justifique.*"

Como dije, la AP declara la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, pero no la cláusula de afianzamiento en sí, fundamentándolo en que "*la declaración de abusividad de la*

renuncia a los beneficios (...) no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento, y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes”.

No comparto en absoluto la decisión de la Audiencia relativa a considerar la parte de la cláusula de afianzamiento que contempla la pérdida de los derechos de excusión, división y orden no transparente y susceptible del control de abusividad, sencillamente, porque la cláusula enjuiciada permite al fiador-consumidor comprender tanto la carga económica como jurídica del contrato. Así, en estos litigios la cláusula de afianzamiento objeto de impugnación reza: *“AFIANZAMIENTO. Los fiadores o garantizadores de la presente operación, por sí y por sus herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por la parte prestataria en virtud de este contrato y de las consecuencias de aquellas y de este, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por la falta de pago de la parte prestataria y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1851 CC que legalmente les pudieran asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado está sujeto a las mismas estipulaciones de la obligación principal, en tanto en cuanto sean de aplicación (...)”*

La cláusula es lo bastante clara como para que los fiadores comprendan que en caso de incumplimiento del prestatario responderán de las obligaciones contraídas por este y que al “firmar” como garantes renunciarán a los beneficios que les proporciona el CC. Que la cláusula omita la explicación de lo que supone la pérdida de los beneficios de orden, excusión y división no provoca un déficit informativo que perjudique al fiador-consumidor, ni que la redacción de la cláusula sea confusa, al igual que no lo hace por ejemplo la falta de determinación del concepto de solidaridad. Existen en abundancia cláusulas contractuales en escrituras de préstamos hipotecarios en las que no se definen todos los conceptos jurídicos que disponen y no por ello denotan una falta de transparencia. Los consumidores no deben interponer sin rigor demandas con pretensiones declarativas de nulidad de cláusulas de afianzamiento dispuestas en contratos de financiación por una supuesta falta de transparencia informativa, ni por supuesto, los jueces deben estimar estas pretensiones infundadas. La situación es diferente que la producida en pleitos en los que los consumidores alegaron asimetría informativa en relación a productos financieros complejos como las preferentes o a cláusulas contractuales desconocidas hasta hace pocos años y reguladas extramuros del CC, como las suelo y multidivisa. Sin embargo, la cláusula de afianzamiento es bien distinta. La fianza viene regulada en el CC y lleva presente en las escrituras de préstamo garantizados con hipoteca desde tiempos inmemoriales. Cualquier consumidor sabe que

si “fia” la obligación de pago contraída por un tercero responde frente al prestamista “*comprometiéndose a cumplirla si no lo hace quien la contrajo*” (DRAE), y esta intelección no desaparece por el hecho de que la cláusula de afianzamiento no refleje expresamente el efecto de la pérdida de estos beneficios de excusión, división y orden. Los consumidores saben perfectamente a lo que se atienen cuando garantizan obligaciones de terceros y no pueden alegar déficits de información cuando intuyen una afección de sus patrimonios.

Garantizar obligaciones no es baladí y fallos como el de la AP de Guipúzcoa pueden originar indeseables consecuencias en el mercado de crédito hipotecario. Si estas condiciones generales fueran declaradas no transparentes y abusivas en masa debido a que muchas de las escrituras de prestamos de nuestro mercado hipotecario contienen cláusulas de afianzamiento que no definen exhaustivamente las consecuencias para el fiador de la pérdida de los citados beneficios, pueden producirse los siguiente efectos perversos para el consumidor:

- (i) Una restricción en el flujo del crédito hipotecario ya que las entidades prestamistas tendrán menos garantías de cobro en casos de impagos de los prestatarios, no pudiendo dirigirse contra el patrimonio del fiador sin antes hacer excusión de los bienes del deudor principal y;
- (ii) Un incremento del precio del préstamo hipotecario al suponer para las entidades de crédito un coste de gestión hacer excusión de los bienes del deudor principal antes de dirigirse contra el patrimonio del fiador.