

LA ABUSIVA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE FIANZA SOLIDARIA EN UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Dra. Karolina Lyczkowska

Investigadora CESCO

Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain

Fecha de publicación: 7 de noviembre de 2014

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 30 septiembre 2014 (AC 2014\1672) declara abusiva una cláusula de afianzamiento en un préstamo. El préstamo, destinado a adquirir una vivienda, estaba garantizado con hipoteca y adicionalmente, incluía una fianza prestada por los familiares de los prestatarios. Los fiadores solicitan que se declare la nulidad de la cláusula de afianzamiento, argumentando que no ha sido negociada individualmente y que tiene carácter abusivo, dado que impone la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.

El juez primero entra a valorar la posibilidad del control judicial de la cláusula desde el punto de vista de su abusividad, dado que el banco demandado alega que se trata de una disposición relacionada con el objeto del contrato y por tanto, sustraída al control judicial. No obstante, la sentencia llega a la conclusión de que un aval a un contrato de préstamo hipotecario en absoluto puede incardinarse en la definición del objeto principal del contrato, pues el préstamo podría subsistir sin dichas garantías. En relación con el argumento de la abusividad de la imposición de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, la sentencia señala que la fianza que se otorga en virtud de la cláusula es solidaria, por lo que no responde a lo que "un consumidor medio razonablemente bien informado" esperaría de su condición de fiador. Dicho consumidor medio, siempre según la sentencia, confiaría en que respondiesen primero los deudores principales con su patrimonio y con la garantía real y que sólo en caso de insuficiencia de estos recursos el prestamista se dirigiría contra el fiador. Por tanto, los derechos que amparan a todo fiador son renunciados sin explicación y la existencia de la hipoteca convierte en desproporcionada la renuncia. En opinión del juez que firma la sentencia, si se hubiera negociado de forma leal y equitativa la cláusula, "no es fácil presumir que se hubieran aceptado dichas renunciaciones, que colocan al avalista en idéntica situación que el deudor solidario, pero sin percibir contraprestación alguna". En conclusión, se declara abusiva la cláusula en cuestión, por suponer renuncia injustificada a los derechos del consumidor (art. 86.7 TR LGDCU).

El fallo es criticable por diversas razones. Primero, no podemos estar de acuerdo con que se

trata de una renuncia a derechos, cuando lo que ocurre en realidad es que las partes no renuncian a nada sino que configuran la fianza como solidaria. Por tanto, no se excluye ningún contenido esencial del aval, sino que se recurre a un subtipo de esta figura, reconocido en el Código Civil como fianza solidaria y habitualmente empleado en el tráfico jurídico-económico¹. Desde este punto de vista, los derechos en cuestión forman parte del Derecho dispositivo y por tanto, su exclusión no puede ser calificada como ilícita.

En segundo lugar, aunque supusiéramos que se trata de renuncia a derechos, lo que prohíbe el art. 86.7 TR LGDCU son las renunciaciones a los derechos específicos de los consumidores y usuarios, y no a los derechos del régimen común. La normativa protectora de los consumidores surge como una excepción a la libertad de la voluntad negociadora de las partes del contrato, consagrada en el art. 1255 CC, pero ello no significa que la protección a los consumidores imponga que el principio de la autonomía de la voluntad deje de operar por completo cuando una de las partes contratantes es consumidor.

En tercer lugar, dudamos que una negociación individual de la cláusula de fianza en cuestión hubiese llevado a un resultado diferente, dado que es muy probable que el préstamo por tan elevada cantidad (410.000 euros) no se hubiese concedido sin una fianza solidaria, por lo que la alternativa más realista era la no concesión del préstamo y no su "reconfiguración" a una fianza tradicional, como parece sugerir la sentencia. Llama la atención también el detalle de que el préstamo se remonta al año 2007, mientras que la demanda no se impuso hasta siete años más tarde, lo que podría indicar cierto oportunismo de los actores en el sentido de querer liberarse de su responsabilidad al ver deteriorada la situación del deudor principal. Puede que un fallo como el comentado beneficie a estos dos concretos consumidores-demandantes, pero a medio y largo plazo es probable que perjudique a los demás, convirtiendo el acceso al crédito en todavía más complicado, si cabe. Sería muy ingenuo esperar que después de una sentencia como ésta las entidades financieras se conformarán con una fianza tradicional, cuando lo más fácil para ellas será no conceder el crédito directamente y quitarse de encima el problema de un eventual juicio de impugnación.

¹ En el mismo sentido, véase la SAP Guipúzcoa de 8 marzo 2004 que enjuicia la validez de la renuncia a los beneficios de excusión y división en un aval prestado en el marco de un contrato de arrendamiento de inmueble, llegando a la conclusión de que se trata de una cláusula válida.