

## **LAS FIANZAS PERSONALES DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS SE ESCAPAN DEL CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS\***

*Ángel Carrasco Perera\*\**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 06 de marzo de 2020*

La **STS 56/2020, de 27 de enero**, sustancialmente se singulariza por poner fin a los escauceos de algunos tribunales españoles con la nulidad de una fianza, prestada por consumidores, cuando esta garantía se suma a la hipoteca pactada para la concesión del préstamo y el fiador (consumidor) renuncia a los beneficios de excusión o división. La sentencia también afirma que la fianza, como contrato y como cláusula, es transparente en el supuesto particular, aunque el asunto de la transparencia no está específicamente tratado en la resolución. La estructura argumental de esta compleja y desarrollada sentencia no siempre tiene unidad interna y diversos esfuerzos argumentativos extensos no conducen siempre a resultados diferenciados, y pueden crear confusión.

Expongo a continuación los fundamentos decisivos de la resolución.

**Primero.** Una fianza es siempre un contrato de fianza, aunque se contenga en UNA cláusula del contrato (préstamo hipotecario) en el que se contiene la obligación afianzada.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Provisional de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2019.

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



Es decir, una fianza (un contrato de fianza) no puede ser una cláusula (no transparente, abusiva, etc) en el sentido de la Directiva de cláusulas abusivas y los arts. 82 y sigts del TRLCU.

**Segundo.** No sería posible anular por abusividad todo el contrato de fianza, aunque todo el contrato en cuestión se contuviera en una sola cláusula del contrato subyacente. La jurisprudencia del TJUE ha sostenido, y ella se refleja en el art. 83 I TRLCU, que – en beneficio del consumidor, que de esta forma conserva el contrato *mejorado*- la nulidad de una cláusula no puede importar la nulidad de todo el contrato. En consecuencia, no podría ser nula la cláusula de afianzamiento porque entonces la nulidad se extendería a todo el contrato de fianza. En el fondo esto vendría a significar que, salvo el caso que luego se dirá, el afianzamiento de una obligación no puede ser eliminado de ninguna manera por el control verdadero o espurio derivados de las exigencias de transparencia y no abusividad de cláusulas, que es lo que hasta hoy han venido haciendo algunos fundamentalistas tribunales de instancia. Incluso si existieran cláusulas abusivas *en el contrato de fianza*, éste siempre subsistiría, porque valdría con la subsistencia de la cláusula de objeto (la prestación de afianzamiento) que, porque no puede ser eliminado, requiere luego la aplicación del Derecho supletorio que regula la fianza en el CC.

Repárese en la sutileza de la argumentación, que, con todo, el TS no desarrolla hasta sus límites naturales. La tesis del Tribunal sólo tendría valor regulatorio si se concluyera que la cláusula de afianzamiento como tal (o el contenido esencial del contrato de fianza) nunca puede ser nulo por abusivo, sin perjuicio de que puedan serlo determinadas cláusulas de la fianza y de que el contrato como tal se pudiera impugnar unitariamente por vicio de consentimiento (cfr. SAP Valencia, 9ª, 67/2017).

**Tercero.** Ni la anterior doctrina ni la precedente del TS, que califica a la fianza como contrato independiente (aunque accesorio de la obligación principal), están en contrariedad con la jurisprudencia del TJUE, según la cual la fianza como tal puede estar sujeta a la Directiva de cláusulas abusivas, siempre que el fiador sea un consumidor, aunque no lo sea el deudor principal, y el fiador no tenga conexión funcional con aquél. En consecuencia, el propio contrato de fianza estará sujeto al control de abusividad de la Directiva. Por tanto, las cláusulas de un contrato de fianza podrán ser declaradas no transparente ni abusivas como las de cualquier otro contrato. Repárese nuevamente en que esta argumentación nos vuelve a dejar descolocados si resulta que el contrato de fianza, que es una cláusula del contrato de préstamo hipotecario, contiene, por ese mismo hecho UNA sola cláusula.

**Cuarto.** Según la sentencia, una fianza como contrato, y no una simple cláusula de garantía, puede ser una “cláusula” nula por abusiva en el sentido del art. 88.1 TR LCU.



En otras palabras, no sólo las cláusulas que impongan una sobregarantía, sino los mismos contratos de garantía como unidad pueden ser sobregarantías prohibidas por aquel precepto, “como si de una cláusula más se tratase”. Una extensión tal del concepto de “cláusula” viene exigida, según la sentencia, por la necesidad de dar cabida a los principios expuestos por el ATJUE 19 noviembre 2015 (*Tarcau*).

**Quinto.** La desproporción de la garantía fideusoria podría ser determinada tomando en consideración diversos factores. 1) el importe de la cantidad garantizada por todos los conceptos mediante la hipoteca; 2) la tasación de los inmuebles considerados; 3) las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad hipotecaria (por ejemplo, en cuanto a intereses, art. 114 LH); 4) la limitación que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción entre tasación de los inmuebles y capital prestado; 5) la solvencia personal del deudor; 6) la correlación entre mayor garantía y menor tipo de interés remuneratorio en función de la deducción del riesgo. En el caso presente, añade el Tribunal, no hay sobregarantía, porque no costa la improbabilidad de la insolvencia del deudor ni de la pérdida de valor futuro de valor del inmueble gravado.

Claro, que con estas limitaciones es difícil que una fianza personal anexa a una hipoteca pueda calificarse de sobregarantía. En una hipoteca a largo plazo, y con préstamos que se acercan al 100% del valor de tasación, nunca se puede desdeñar la posibilidad de que el valor del activo caiga por debajo del montante de la deuda en cada caso subsistente. Tampoco se puede excluir a priori la insolvencia sobrevenida de ninguna persona. La mácula de “sobregarantía” admitiría sólo una ponderación *ex post*, y en ese momento, cuando se actúe la fianza por el acreedor, ya se estaría acreditando que por ello mismo la fianza era necesaria para preservar el crédito.

**Sexto.** Según el art. 86.7 TR LCU, son abusivas las cláusulas por las que el consumidor renuncia a los derechos que la normativa le reconoce. Pero esto no equivale a que la renuncia a los beneficios de excusión o división sea por parte del fiador consumidor una renuncia de este tipo. Para calibrar la incidencia de la renuncia es preciso determinar cuál es el modelo de contraste típico de la regulación legal. En el caso de la fianza, no hay un modelo típico de fianza con beneficio de excusión, porque la fianza solidaria no goza de ese beneficio, y se encuentra en el mismo orden de tipicidad ordinaria normativa que la fianza subsidiaria. En otros términos “tan derecho dispositivo es la regulación del CC en relación con la fianza simple como respecto de la fianza solidaria”.

Estamos de acuerdo. Pero por una razón más básica: las cláusulas que el art. 86.7 condena son las que contienen renunciaciones a derechos específicos *de la normativa de consumidores*, no de derechos contractuales comprendidos en la regulación civil general. Estas últimas



renuncias podrán ser abusivas, pero por razones distintas del mero hecho de la renuncia del derecho.

**Séptimo.** La fianza (como contrato) o la cláusula de afianzamiento son transparentes en sentido material, dado que no se hace una exposición farragosa, se encabeza con el epígrafe de “afianzamiento” y contiene una explicación somera de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula de renuncia (“afianzan con carácter solidario, de suerte que la Caja puede dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos”).