

PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El beneficio de excusión no constituye un elemento esencial del contrato de fianza a efectos de nulidad por error

[STS, Sala de lo Civil, núm 745/2021, de 2 de noviembre de 2021, recurso: 3299/2018. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.](#)

Antecedentes – Esencialidad del error en el consentimiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Andrea Goncé)

Antecedentes: “[...] El 7 de febrero de 2008, D. Hilario y Dña. Verónica suscribieron como prestatarios un contrato de préstamo hipotecario con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente Kutxabank S.A.), por importe de 114.000 €. D. Arcadio y Dña. Gema intervinieron como fiadores solidarios del préstamo. La cláusula 14ª de la escritura pública, establecía al efecto: "Los esposos D. Arcadio y Dña. Gema garantizan la obligación contraída por los prestatarios en la presente escritura con las condiciones expresadas, constituyéndose en fiadores obligados solidariamente con los deudores principales, al pago, con renuncia expresa a los beneficios de división, orden y excusión con arreglo a los artículos 439 y siguientes del Código de Comercio, relativos a los afianzamientos mercantiles y 1144, 1822 y 1831 y concordantes del Código Civil, hasta que el principal del préstamo pendiente de amortizar sea inferior a la suma de sesenta y cinco cientos diez euros (€ 65.310)". Los fiadores presentaron una demanda contra la entidad prestamista en la que, entre otras pretensiones, ejercitaron una acción de nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula de fianza antes transcrita. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad por error vicio del consentimiento de la cláusula de afianzamiento. En lo que ahora importa, consideró que los fiadores habían prestado su consentimiento por error, al no haber sido informados sobre la diferencia entre la fianza simple y la solidaria y no haber sido conscientes de las implicaciones que conllevaba su renuncia a los beneficios que comporta la fianza simple. Ni recibieron ningún documento que explicara tales circunstancias, ni en la escritura siquiera se le daba un título a la cláusula, que se limitaba a recoger las correspondientes renunciaciones. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista. [...] La entidad prestamista formuló un recurso extraordinario por infracción procesal, que resultó inadmitido, y un recurso de casación que ha sido admitido. [...]”

Esencialidad del error en el consentimiento: “[...] Como resume la sentencia 88/2020, de 6 de febrero: “[l]a esencialidad se refiere a la gravedad o trascendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento. Ha de evitarse cualquier planteamiento meramente subjetivista que tienda a hacer recaer la esencialidad del error en la percepción íntima y personal del que lo sufre. Es preciso tomar en consideración la importancia que hay que atribuir al error en función de ciertos elementos objetivamente mensurables. Esta interpretación objetivadora, que vincula la esencialidad al hecho de que las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar estén presentes

en el contrato, no exige necesariamente que se expresen materialmente en el mismo cuando de las circunstancias de toda índole que concurran en el negocio deba entenderse que fueron tenidas en cuenta como determinantes en la formación de la voluntad que da lugar al consentimiento. Así, la sentencia núm. 726/2000, de 17 julio, hace referencia al "carácter de cualidad relevante, de importancia decisiva, auténtica base y finalidad del negocio", mientras que otras se refieren a la circunstancia "que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" (entre otras muchas, las sentencias núm. 745/2002, de 12 julio, y 43/2003, de 24 enero)". Conforme al art. 1266 CC, para que el error en el consentimiento tenga efecto invalidante "deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Es decir, debe recaer sobre elementos del negocio considerados básicos por los contratantes. Desde ese punto de vista, **el beneficio de excusión no constituye un elemento esencial del contrato de fianza, en tanto que puede ser excluido, sin merma de la validez de la garantía, en los supuestos que prevé el art. 1831 CC, entre los que se encuentran expresamente la renuncia a este beneficio y que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor.** [...] Como consecuencia de lo expuesto, **al no concurrir el requisito de esencialidad, el primer motivo de casación debe ser estimado y, con ello, el recurso de casación, puesto que al faltar uno de los elementos para estimar la existencia de error vicio del consentimiento -la esencialidad del error- es innecesario examinar si además concurría el elemento de la excusabilidad.** [...] [Énfasis añadido]

[Texto completo de la sentencia](#)
