



Roj: **STS 3946/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3946**

Id Cendoj: **28079110012022100725**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/10/2022**

Nº de Recurso: **2292/2019**

Nº de Resolución: **685/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 685/2022

Fecha de sentencia: 21/10/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2292/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 15

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 2292/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 685/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 21 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 189/2019, de 7 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 349/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, sobre condiciones generales de contratación.



Es parte recurrente D.^a Zulima , D.^a Marí Luz y D. Juan Manuel , representados por el procurador D. Jaime Castell Nadal y bajo la dirección letrada de D. José Luis Feu Fontañá.

Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por el procurador D. Ignacio López Chocarro y bajo la dirección letrada de D. Xavier Claver Espax.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Jaime Castell Nadal, en nombre y representación de D.^a Zulima , D.^a Marí Luz y D. Juan Manuel , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en la que solicitaba se dicte sentencia:

"[...] por la que, previo el pronunciamiento acerca de las cláusulas abusivas que se denuncian por alegación de parte interesada en este escrito de demanda y, aquellas otras que *ex officio*, pudieran ser apreciadas por el juzgador, se declare la NULIDAD de los contratos de préstamo, hipotecas y afianzamiento personal, otorgados en escritura de fecha 29 de julio de 2005 ante el notario don Francisco-Javier Hernández Alonso, bajo el número de su protocolo 2.430, así como de todas las liquidaciones consecuentes del mismo, sus pagos, intereses y comisiones devengados a su consecuencia, con efectos retroactivos ("*ex nunc*"); Devolución de todas las prestaciones derivadas del contrato. Condenando a la demandada, a su cargo, a publicar el fallo de la sentencia que recaiga junto con el texto de las cláusulas que sean declaradas abusivas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor circulación de la provincia de Barcelona en un plazo de quince días desde la firmeza de la sentencia. Expediéndose el oportuno mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo. Y, con expresa condena en costas a la demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., además de por así ser preceptivo, por su temeridad y mala fe".

2.- La demanda fue presentada el 16 de mayo de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, fue registrada con el n.º 349/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez sustituto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona dictó sentencia de 28 de abril de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta D.^a. Zulima , D.^a. Marí Luz y D. Juan Manuel representados por el PROCURADOR D. D. JAUME CASTELL NADAL contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. debo declarar y declaro:

"1) la nulidad de la condición general de la contratación por la que se constituye hipoteca ilimitada por D.^a Marí Luz y D. Juan Manuel sobre la finca n.º NUM000 ;

"2) la nulidad de la condición general de la contratación incluida como condición 16ª en lo relativo a la fianza de forma parcial en el sentido que lo será exclusivamente a las renunciaciones del beneficio de orden, excusión y división;

"declarando la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en vigor; sin expresa condena en costas".

El 24 de mayo de 2017, el juzgado dictó auto de aclaración de sentencia en el sentido de:

"aclarar el fallo, en su apartado b) en el sentido que la nulidad de la condición general de la contratación incluida como condición 16ª en lo relativo a la fianza de forma parcial en el sentido que lo será exclusivamente a las renunciaciones del beneficio de orden, excusión y división, así como a su condición de solidaria de la fianza que conste en dicha condición o en cualquier otra de la escritura de otorgamiento de hipoteca objeto de autos".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. La representación de D.^a Zulima , D.^a Marí Luz y D. Juan Manuel se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1209/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 189/2019, de 7 de febrero, cuyo fallo dispone:



"Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia de 28 de abril de 2017 y su auto de aclaración de 24 de mayo de 2017, que revocamos. En su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por Zulima, Marí Luz y Juan Manuel con imposición de las costas procesales a la parte demandante.

"No se imponen las costas del recurso ni de la impugnación, ordenándose la devolución del depósito".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Jaime Castell Nadal, en representación de D.^a Zulima, D.^a Marí Luz y D. Juan Manuel, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

" I.- MOTIVO. Infracción del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" (TRLGDCU). En relación con los artículos 119 y 120 de la Ley Hipotecaria y la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (caso Aziz). Doble garantía hipotecaria. Garantía desproporcionada al riesgo asumido.

" II.- MOTIVO. Infracción del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" (TRLGDCU). En relación con la renuncia expresa a los beneficios de orden o exclusión y división con arreglo a los artículos 439 y ss. del Código de comercio y 1830 y ss. del Código Civil. Imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor"

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de enero de 2022, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de octubre de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) El 29 de julio de 2005, D.^a Zulima celebró con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) un contrato de préstamo hipotecario de 299.000 euros de capital, destinado a financiar la adquisición de una vivienda (finca registral n.º NUM001 del Registro de la Propiedad de L'Hospitalet de Llobregat n.º1).

El valor de tasación de esa vivienda se fijó 250.000 euros, conforme al Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

ii) En la medida en que la cuantía del préstamo superaba el valor de tasación de la finca que pretendía adquirir, el banco requirió garantías adicionales, en concreto, la hipoteca sobre una finca de los padres de la prestataria - finca registral n.º NUM000 del citado registro - (cláusula 9.ª) y afianzamiento solidario (cláusula 16.ª).

iii) En la cláusula 9.ª del contrato se pactó la constitución de sendas hipotecas sobre la finca adquirida por la prestataria y sobre otra finca de sus padres (constituyéndose estos últimos en hipotecantes no deudores), para garantizar la devolución del capital del préstamo y, además, el pago de los intereses ordinarios y de demora convenidos, así como el pago de las costas procesales y de los gastos por tributos, gastos de comunidad y primas de seguros correspondientes a las fincas hipotecadas, hasta un total de responsabilidad hipotecaria de 502.320 euros.

iv) En la misma cláusula 9.ª se contenía un pacto de distribución de hipoteca del siguiente tenor:

"El importe del capital del préstamo correspondiente a cada una de las fincas y, por ello, sus respectivas responsabilidades hipotecarias por este concepto, así como por intereses ordinarios, intereses de demora y costas, figuran en un cuadro que me entregan, firmado por los otorgantes, al cual se remiten y tienen por reproducidos en este lugar, consintiéndolo. Este cuadro está compuesto por una hoja que reintegro, sello y rubrico y dejo unida a esta matriz para ser reproducida en sus traslados".

En este cuadro se hace constar que el valor de tasación de la finca de la prestataria es de 250.500 euros y el de la finca de sus padres de 202.000 euros, en total 452.500 euros. La suma de las responsabilidades hipotecarias de ambas fincas asciende a un total de 502.320 euros, con la siguiente distribución: (i) la finca de la prestataria responde de 163.000 euros de capital, 19.560 euros de intereses ordinarios, 58.680 euros de intereses moratorios y 4.890 euros de costas procesales; y (ii) la finca de los hipotecantes no deudores, padres de la prestataria, responde de 136.000 euros de capital, 16.320 euros de intereses ordinarios, 48.320 euros de intereses moratorios y 23.120 euros de costas procesales.

El cuadro aparece firmado por los tres demandantes.

v) La cláusula 16.ª de la escritura, bajo el epígrafe "AFIANZAMIENTO" contiene la siguiente regulación:

"DON Juan Manuel Y DOÑA Marí Luz , garantiza las obligaciones contraídas por la parte prestataria en esta escritura, en los mismos términos y condiciones en ella expresados, constituyéndose en fiador obligado al pago solidariamente entre sí y con el deudor principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden o exclusión y división, con arreglo a los artículos 439 y siguientes del Código de comercio y 1144, 1822, 1831 y concordantes del Código civil, mientras no queden totalmente canceladas las obligaciones que se garantizan. [...]".

2.- Los actores (prestataria y fiadores e hipotecantes no deudores) presentaron una demanda en la que solicitaron la declaración de nulidad de "los contratos de préstamo, hipotecas y afianzamiento personal, otorgados en escritura de fecha 29 de julio de 2005 (...) así como de todas las liquidaciones consecuentes del mismo, sus pagos, intereses y comisiones devengados a su consecuencia, con efectos retroactivos ("ex nunc")", y la condena a "la devolución de todas las prestaciones derivadas del contrato".

3.- Mediante auto de 7 de julio de 2014 se apreció la existencia de prejudicialidad civil entre el presente procedimiento y el proceso de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Hospitalet de Llobregat (n.º 858/13), y se acordó la suspensión hasta que se resolviera el recurso de apelación interpuesto contra el auto del juzgado de 11 de marzo de 2014 dictado en el proceso de ejecución. Mediante providencia de 4 de julio de 2014 se acordó reanudar el curso de este procedimiento tras haberse resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona la cuestión prejudicial. Como consecuencia de lo resuelto en el trámite de oposición del citado procedimiento de ejecución, los actores limitaron el *petitum* de la demanda rectora de este procedimiento a la declaración de nulidad de dos cláusulas del contrato: la 9.ª sobre la garantía hipotecaria y la 16.ª sobre el afianzamiento solidario.

4.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula 9.ª en lo relativo a la hipoteca constituida como garantía adicional sobre la finca de los padres de la prestataria (fiadores), por su carácter abusivo por falta de transparencia; y la nulidad de la cláusula 16.ª en lo relativo a la renuncia a los beneficios de exclusión, orden y división, así como a la condición de solidaria de la fianza, también por falta de transparencia.

5.- La demandada apeló la sentencia de primera instancia. La Audiencia estimó el recurso y desestimó íntegramente la demanda. Considera que ambas cláusulas son transparentes y, en cuanto a la doble garantía hipotecaria, declara que la misma es proporcionada ya que el valor de la finca adquirida por la prestataria no cubría el importe del préstamo. El tribunal de apelación argumenta así sus conclusiones:

(i) En cuanto a doble garantía hipotecaria:

"11. La hipoteca que grava la finca de los padres de la prestataria constituye una garantía adicional a la hipoteca de la finca adquirida por la deudora. Se aplica correctamente el principio de especialidad que prevén los artículos 119 y 120 LH, según los cuales:

""Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder" (art. 119 LH).

"12. La constitución de dicha segunda hipoteca responde a la necesidad de una mayor garantía de la devolución del préstamo con sus intereses para el banco, habida cuenta de que el valor de tasación de la finca adquirida por la prestataria no cubría el importe del préstamo. Se trata de una garantía proporcionada y legal que fue conocida y aceptada por los padres de la prestataria para que su hija pudiera conseguir la pretendida financiación, deviniendo por propia voluntad hipotecantes no deudores. La distribución de la responsabilidad de cada finca hipotecaria es clara y transparente al aparecer en un simple cuadro firmado por todos los demandantes que no podían desconocer".

(ii) Respecto de la fianza solidaria:

"17. Resulta difícil de sostener que la cláusula 16 del contrato de préstamo hipotecario no fuera el producto de un proceso de negociación entablado entre las partes y que ese acuerdo no se extendiera al régimen de la



fianza, cuando éste es uno de los previstos en el Código Civil y cuando es notorio que la fianza solidaria sin beneficio de excusión y división es la modalidad más habitual en este tipo de contratos.

"Ahora bien, aun aceptando que la cláusula sea una auténtica condición general de la contratación, entendemos que su redacción es clara y comprensible. El carácter solidario de la fianza se reitera hasta en cinco ocasiones en el texto de la cláusula y es el Código Civil el que dota de contenido jurídico a los beneficios de orden, excusión y división a los que se refiere la cláusula. Si bien es cierto que tal renuncia es la excepción en el Código Civil, no es menos cierto que dicha excepción se ha convertido en la regla general, hasta el punto que el consumidor medio sabe qué significa ser fiador de alguien, en el sentido de tener que responder por otro en caso de impago; es decir, está interiorizado que en la mayor parte de los casos no habrá esa excusión previa de bienes del deudor principal para poder dirigirse contra el fiador.

"18. Si, además de las dos garantías hipotecarias, la entidad financiera requirió el aval personal de los padres de la prestataria es evidente que estimaba que la capacidad de pago de la deudora no era suficiente.

"Es patente también que la fianza se prestó por razón de los vínculos familiares existentes, pues los avalistas son los padres de la deudora, lo que implica que los fiadores debían conocer por razón de este parentesco las condiciones del préstamo hipotecario.

"19. En definitiva, debemos concluir, en contra del criterio de la sentencia, que los demandantes conocieron perfectamente las condiciones del afianzamiento, tanto en cuanto a su extensión como en relación con la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división. [...]".

6.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación, fundado en dos motivos, que han sido admitidos. Por razones de ordenación sistemática, resulta conveniente resolver primero el segundo motivo del recurso y después el primero.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Segundo motivo. Planteamiento y admisibilidad.*

1.- El motivo se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Infracción del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" (TRLGDCU). En relación con la renuncia expresa a los beneficios de orden o exclusión y división con arreglo a los artículos 439 y ss. del Código de comercio y 1830 y ss. del Código Civil. Imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor".

2.- En su desarrollo se alega como interés casacional la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión controvertida, y se argumenta que: (i) la sentencia impugnada desplaza indebidamente la carga de la prueba a los demandantes en cuanto a la información sobre el alcance y carácter solidario de la fianza; (ii) que a un consumidor medio le resulta difícil de entender en qué consiste la renuncia a los beneficios de orden o excusión y división; (iii) que el carácter solidario de la fianza supone situar al fiador en una situación semejante a la del deudor principal, situación que es improbable que hubiera querido; (iv) la existencia de la garantía personal del art. 1911 CC y la garantía hipotecaria constituida por la prestataria convierte en desproporcionada la renuncia a aquellos beneficios de los fiadores; (v) que los fiadores quedan con la renuncia en una situación menos favorable que la que tendrían sin la renuncia; puede entenderse la fianza sin tal renuncia por el vínculo familiar con la prestataria, su hija, pero no que sin recibir a cambio el préstamo, la fiadora esté dispuesta a devolver todo su importe; (vi) se trata de una renuncia abusiva de las previstas en la disposición adicional 1.º.14 LGDCU; (vii) conforme al principio de conservación del negocio jurídico y la jurisprudencia del TJUE, el préstamo debe subsistir sin las cláusulas litigiosas.

3.- Al oponerse al motivo, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad por no haberse acreditado el interés casacional, por falta de oposición de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de esta Sala Primera, objeción que valoraremos al resolver el recurso por afectar sustancialmente a su prosperabilidad.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Pacto de solidaridad en la fianza.*

1.- *Contratos de garantía en que el garante es un consumidor. La jurisprudencia del TJUE y de esta Sala.*

1.1. La cuestión que subyace a este motivo (control de transparencia y abusividad de los pactos de solidaridad de la fianza y de renuncia a los beneficios de orden o excusión y división) ha sido ya tratada por esta sala en sus sentencias 56/2020, de 27 de enero, 101/2020, de 12 de febrero, y 820/2021, de 29 de noviembre. En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, el motivo debe ser desestimado, según resulta de los siguientes fundamentos.

1.2. Tanto la jurisprudencia del TJUE (ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C- 74/15, *Tarcău*, y STJCE de 17 de marzo de 1998, *Dietzinger*), como la jurisprudencia de esta sala, parten de la consideración de que el contrato de garantía o de fianza, aun siendo un contrato accesorio por razón de su objeto respecto del contrato



de crédito principal garantizado, es un contrato diferente de éste, que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador (sentencia 770/2002, de 22 de julio). Como se ha afirmado en la doctrina, aunque el contrato de fianza extiende sus efectos sobre el acreedor, el deudor y el fiador, sólo son parte del mismo el acreedor y el fiador.

1.3. En consecuencia, como declaramos en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 820/2021, de 29 de noviembre, si el contrato que da origen a la fianza y a la obligación principal (préstamo en este caso) es distinto, sin que el hecho de formalizarse en un mismo instrumento público los funja o integre, si la regulación contractual y legal de ambos vínculos es igualmente diferente, y lo son también las personas de los contratantes (la prestataria es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimite el riesgo que asume el fiador como garante), y finalmente es o puede ser también distinto el contenido de los deberes y facultades de las partes (vgr. arts. 1824, 1825 y 1826 CC), y sus causas de extinción (con el pago por el fiador se extingue su obligación y paralelamente nacen sus facultades de reintegro e indemnización y de subrogación frente al deudor ex arts. 1838 y 1839 CC); no cabe duda de que se trata de contratos distintos, sin que pueda afirmarse, desde una perspectiva dogmática y conceptual, que la fianza es una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito.

1.4. Precisamente sobre la base de esa clara delimitación entre los contratos de préstamo y de fianza, concluye el citado ATJUE de 19 de noviembre de 2015:

"los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad".

Doctrina que fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dumitras*), en un supuesto de garantía inmobiliaria (hipoteca).

Y ello es así porque, una vez deslindado, por razón de su autonomía propia, el contrato de fianza del contrato de crédito del que surge la obligación asegurada, ningún inconveniente hay para aplicar al fiador que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial (y que carece de vínculos funcionales con la sociedad mercantil en caso de tener esta condición la prestataria o acreditada) el régimen jurídico de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aunque no tenga tal carácter el deudor fiado, ya que las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados, sean del tipo que sean, entre un profesional y un consumidor, pues, sin perjuicio de las posibles excepciones, el objeto del contrato carece de pertinencia para definir el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, al contrario que otras Directivas cuyo ámbito de aplicación es más específico (apartados 21 y 22 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015).

En consecuencia, como declaramos en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 820/2021, de 29 de noviembre:

"a) los contratos de fianza también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE; b) el fiador puede disfrutar de la protección propia de la citada Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor, en los términos antes vistos (incluida la ausencia de vínculos funcionales con la sociedad avalada); y c) dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza), ni hace perder la condición de consumidor al fiador que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional o empresarial y que carece de los citados vínculos funcionales".

2.- Consecuencias de la aplicación de la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de consumidores y usuarios al contrato de fianza

2.1. De lo anterior obviamente no se deriva que los contratos de fianza suscritos por personas consumidoras en relación con operaciones de préstamo (con o sin otra garantía real o personal) sean nulos *per se*, ni que tengan el carácter de meras cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación. Pero sí podrán estimarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo (por ejemplo, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal - art. 1826 CC -, el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniere al estado de insolvencia - art. 1829 CC -, el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda - art. 1853 CC -, etc).



Igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario o personal) que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (como fue el caso de la cláusula suelo a que se refería la sentencia núm. 314/2018, de 28 de mayo).

2.2. Por tanto, con carácter general y desde un punto de vista dogmático, todo lo anterior vendría a avalar la tesis de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia, en el sentido de que no cabría pretender que el contrato de fianza en su totalidad (incluyendo por tanto las estipulaciones que definen sus elementos esenciales u objeto principal), con independencia de su mayor o menor extensión, tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público, y en base a dicha pretendida naturaleza de mera cláusula contractual declarar su íntegra nulidad por abusiva, sobre la base de unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas. Así lo declaramos también en la sentencia 56/2020, de 27 de enero, sin perjuicio de que, como entonces advertimos pueda apreciarse la abusividad de la garantía fideiusoria en su totalidad cuando incurra en la interdicción de las garantías desproporcionadas:

"existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante sí determina su participación o integración en una relación negocial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incurso en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas".

Cuestión (garantía desproporcionada) sobre la que volveremos al resolver el segundo motivo del recurso en relación con la hipoteca constituida en garantía del préstamo por los padres de la prestataria, pues en el marco del presente motivo no se combate la no declaración de nulidad total de la fianza, sino más limitadamente la del pacto de renuncia de los beneficios de división, orden y exclusión.

3.- El pacto de solidaridad en la fianza y la renuncia a los derechos de división, orden y excusión

3.1. En el caso que ahora enjuiciamos, una vez la sentencia de primera instancia limitó la declaración de nulidad solicitada en los términos señalados, la Audiencia analiza la tacha de falta de transparencia y abusividad que los demandantes atribuyen al pacto de solidaridad de la fianza y a las renunciaciones a los derechos de excusión, orden y división. Respecto de estos pactos hemos declarado reiteradamente (sentencias 56/2020, de 27 de enero, 101/2020, de 12 de febrero, y 820/2021, de 29 de noviembre) que:

"dada la subsunción de los contratos de fianza en que el fiador actúe como consumidor en el ámbito de la Directiva 13/93/CEE, cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto de los garantes, en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción, y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (cfr. STS 314/2018, de 28 de mayo), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas - pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación corresponsiva a cargo del acreedor -, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido".

3.2. Es decir, lo determinante para la transparencia de una cláusula (pacto) de esta naturaleza es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, es decir, que sea consciente de que, si el deudor principal no paga, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente.

3.3. Desde esa perspectiva, la sentencia de apelación ha considerado que la cláusula controvertida supera el control de transparencia material, con base en estos argumentos:

"aun aceptando que la cláusula sea una auténtica condición general de la contratación, entendemos que su redacción es clara y comprensible. El carácter solidario de la fianza se reitera hasta en cinco ocasiones en el texto de la cláusula y es el Código Civil el que dota de contenido jurídico a los beneficios de orden, excusión y división a los que se refiere la cláusula. Si bien es cierto que tal renuncia es la excepción en el Código Civil, no es



menos cierto que dicha excepción se ha convertido en la regla general, hasta el punto que el consumidor medio sabe qué significa ser fiador de alguien, en el sentido de tener que responder por otro en caso de impago".

Criterio que ahora procede confirmar pues: (i) la cláusula se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco ("Afianzamiento"), que aparece destacado en mayúsculas y negrita; (ii) la redacción de los términos de la fianza son claros, no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura (los fiadores "garantiza[n] las obligaciones contraídas por la parte prestataria en esta escritura, en los mismos términos y condiciones en ella expresados, constituyéndose en fiador obligado al pago solidariamente entre sí y con el deudor principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden o exclusión y división"); (iii) el convenio de fianza litigioso no es complejo, de forma que para su comprensión no son necesarios conocimientos financieros o económicos especiales; (iv) en cuanto a su regulación contractual se trata de una cláusula única, con la debida separación y resalte; y (v) la intervención en el contrato de los fiadores se limita a suscribir el contrato de fianza (es decir esa cláusula).

Por tanto, el alcance del compromiso obligacional del fiador, en cuanto a su contenido esencial de garantía, sobre el que ha de proyectarse específicamente su atención, está delimitado de forma concreta, sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o lo farragoso de su contenido, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos. Por todo ello, no puede censurarse la fundamentación ni la conclusión de la Audiencia de que "los demandantes conocieron perfectamente las condiciones del afianzamiento, tanto en cuanto a su extensión como en relación con la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división".

3.4. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por la alegación de la falta de oferta vinculante a los fiadores. Como ya destacamos en la sentencia 56/2020, de 27 de enero, la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no contiene obligaciones específicas a cargo del prestamista en cuanto a la información precontractual respecto del fiador. Por ello mismo carece de fundamento el reproche de que el prestamista no entregó la oferta vinculante al fiador, pues respecto de este no contenía tal previsión la citada Orden, vigente al tiempo de suscripción del contrato. Este tratamiento respecto del fiador ha cambiado sustancialmente en nuestro Derecho con la Ley 5/2015, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Pero como se afirma en su exposición de motivos "es importante señalar que, al igual que como sucedió con las modificaciones introducidas en su momento por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo a lo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos".

4.- Desde el punto de vista del control de abusividad, entre los factores que deben tomarse en consideración para valorar la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto respecto de la fianza) y la obligación afianzada, figuran, además de la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC) y la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), su ajuste o no a su normativa específica. En concreto, la disposición adicional 1.18ª LGDCU prescribía:

"[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica".

Extremo este último que resulta también relevante en este caso en el que la regulación contractual de la fianza no se aparta de la regulación que respecto de la modalidad de fianza solidaria pactada se contiene en el Código civil. Como declaró la sentencia 56/2020, de 27 de enero:

"la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal. En este último caso, esto es, si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, el párrafo segundo del art. 1822 CC establece que se observarán las reglas propias de las obligaciones solidarias, las cuales resultan incompatibles con el mismo derecho o beneficio de excusión, pues en virtud de la citada remisión resulta aplicable el artículo 1.144 que dispone:

""El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo".



"Por tanto, el beneficio de excusión es propio únicamente de las fianzas simples, no de las solidarias (y únicamente para el caso de que no haya sido objeto de renuncia). Así resulta explícitamente previsto por el art. 1831.2.º CC conforme al cual tampoco tiene lugar la excusión, incluso en ausencia de renuncia de este beneficio, "Cuando [el fiador] se haya obligado solidariamente con el deudor" (cfr. art. 1831.2.º CC)".

Todo ello partiendo de que se haya producido el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la prestataria, pues como declaró la sentencia 361/2014, de 8 de julio, "en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que, para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal".

5.- Finalmente, no puede obviarse que tanto la renuncia a la excusión como el pacto de solidaridad están expresamente previstas y autorizadas por el Código civil y que, como también hemos resaltado en las citadas sentencias 56/2020 y 101/2020, tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822.2), y que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837.1 CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones a los beneficios de división, orden y excusión, por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código (art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE).

6.- Como consecuencia de lo cual este motivo segundo del recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- *Primer motivo del recurso. Planteamiento y admisibilidad.*

1.- El motivo se introduce con el siguiente epígrafe:

"Infracción del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" (TRLGDCU). En relación con los artículos 119 y 120 de la Ley Hipotecaria y la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (caso *Aziz*). Doble garantía hipotecaria. Garantía desproporcionada al riesgo asumido".

2.- En su desarrollo, se alega que: (i) la distribución de la responsabilidad hipotecaria no consta como cláusula general o particular, sino como una referencia a un documento adjunto a la escritura, con un cuadro numérico que "se grapa a la contraportada de la escritura a modo de protocolización" (sic); (ii) se establece de forma "unilateral y al capricho de las prestataria (sic) que, ambas fincas hipotecadas responderán de un total de 502.320 euros", con la distribución antes reseñada; (iii) el art. 88 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, y la segunda hipoteca sobre la finca de los padres resulta desproporcionada no solo por la distribución fijada, sino también por la imposición de su constitución; (iv) era legítimo el convencimiento de los hipotecantes no deudores de que garantizaban en grado de subsidiariedad por el 16,38% de diferencia entre el valor de tasación y el importe del préstamo concedido a la hija, y que su patrimonio solo sería ejecutado después de hacer efectiva la deuda frente a la deudora principal; (v) el pacto de distribución de responsabilidad no supera el doble control de transparencia: se remite a otro documento, "grapado a la contraportada de la escritura" (sic), de forma que "pasaría inadvertido al adherente medio"; no consta una oferta vinculante a los fiadores e hipotecantes no deudores; (vi) en conjunto, ambas hipotecas elevan de modo exagerado y desproporcionado la responsabilidad hipotecaria a 502.320 euros por un préstamo de 299.000 euros; (vii) no se informó a los padres de la prestataria de su doble condición de hipotecantes y fiadores solidarios y de que su posición era de peor condición que la de la propia prestataria ni de los efectos de la hipoteca sobre su vivienda; (viii) conforme al principio de conservación de los negocios y la jurisprudencia del TJUE, el préstamo debe subsistir sin otra modificación que la supresión de las cláusulas abusivas.

3.- BBVA ha opuesto que este motivo del recurso debe ser inadmitido por alterar la base fáctica del proceso. Este óbice no puede ser atendido pues lo que se combate en el recurso no es la fijación de los hechos ni la valoración probatoria realizada en la instancia, sino la valoración jurídica de ese *factum*, que en esta sede casacional permanece incólume.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Doble garantía hipotecaria. Supuestos de abusividad por imposición de garantías desproporcionadas. Desestimación.*

1.- *Objeto de la cláusula controvertida y decisión de los tribunales de instancia.*

1.1. La cláusula 9.ª de la escritura del préstamo hipotecario contiene tanto el pacto de constitución de la hipoteca sobre las fincas de la prestataria y de los fiadores, estos como hipotecantes por deuda ajena, como el pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria. En cuanto al pacto de constitución, su objeto es



"asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del préstamo, en los casos, forma y plazos convenidos, y además [el pago de los intereses ordinarios y de demora, las costas procesales y los gastos por tributos, gastos de comunidad y primas del seguro]". Todo ello hasta los importes máximos de responsabilidad que se indican expresamente para cada uno de esos conceptos. Después, se incluye el pacto de distribución de todas estas cantidades entre las dos fincas hipotecadas, cuyo tenor literal y cuyas concretas cuantías por cada uno de los citados conceptos y para cada una de las dos fincas hipotecadas es el que se ha hecho constar en los antecedentes de hecho de esta resolución.

1.2. El juzgado de primera instancia declaró la nulidad "de la condición general de la contratación por la que se constituye hipoteca ilimitada por [los hipotecantes no deudores] sobre la finca nº NUM000 ". La Audiencia revocó este fallo. Consideró que la hipoteca que grava la finca de los padres de la prestataria constituye una garantía adicional a la hipoteca sobre la finca adquirida por su hija y que el pacto de distribución de responsabilidad aplica el principio de especialidad que prevén los arts. 119 y 120 LH; que la constitución de la segunda hipoteca responde a la necesidad de una mayor garantía dado que el valor de tasación de la finca de la prestataria no cubría el importe del capital del préstamo; que era una garantía proporcionada y legal; que fue conocida y aceptada por los padres para que su hija pudiese conseguir la financiación pretendida; y que la distribución es clara y transparente al aparecer en un simple cuadro firmado por los demandantes que no podían desconocer.

El recurso de los demandantes contra la sentencia de apelación debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

2.- Los contratos de garantía. El caso singular de la imposición de garantías desproporcionadas.

2.1. Como resulta de la jurisprudencia reseñada *supra*, con carácter general y desde un punto de vista dogmático, no cabe pretender que el contrato de fianza o de garantía (en este caso hipoteca) en su totalidad, incluyendo por tanto las estipulaciones que definen sus elementos esenciales u objeto principal, con independencia de su mayor o menor extensión, tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo o crédito hipotecario, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público, y en base a dicha pretendida naturaleza de mera cláusula contractual declarar su íntegra nulidad por abusiva, sobre la base de unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas.

2.2. Ahora bien, como declaramos en la sentencia 56/2020, de 27 de enero, de esta conclusión, que como tesis general y en vía de principios es correcta, ha de hacerse salvedad en relación con los supuestos en que resulte de aplicación la previsión legal contenida en el apartado 18 de la disposición adicional primera de la LGDCU de 1984 (aplicable *ratione temporis* a la presente litis; actualmente art. 88.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, citado en el recurso), conforme al cual se declara abusiva, por ministerio de la ley:

"La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica".

Conforme a la doctrina fijada en aquella sentencia 56/2020, esta previsión es aplicable no sólo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (fianza, prenda o, en este caso, hipoteca) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual.

2.3. Es cierto que la citada disposición adicional primera tacha de abusiva la "imposición de garantías desproporcionadas" al incluir dicha previsión en el apartado 18 de la enumeración que contiene, y que ello lo hace imputando dicha abusividad a las "cláusulas o estipulaciones" que incurran en los supuestos enumerados, como resulta de la frase con la que se encabeza dicha disposición adicional ("A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...]"). Por tanto, en vía de principios, la tacha de abusividad se predica en este caso respecto de las "cláusulas o estipulaciones" que constituyan imposición de garantías desproporcionadas, y no del íntegro contrato de garantía que las contenga (salvo que se dé el supuesto previsto de inviabilidad del contrato, conforme al art. 9.2 LCGC, por afectar la nulidad de la cláusula a uno de los elementos esenciales del contrato "en los términos del artículo 1261 del Código Civil").



Este fue el caso, por ejemplo, resuelto por la sentencia 466/2014, de 12 de septiembre, en la que se declaró abusiva, y por tanto nula, la cláusula en la que se preveía la firma por el prestatario y por el fiador de un pagaré en garantía del préstamo, en que el importe reclamado en la demanda del juicio cambiario era determinado por el prestamista en base a la liquidación de la deuda hecha unilateralmente por el mismo. Y también el de la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, en que se consideró incurso en la causa de abusividad derivada de la imposición de garantía desproporcionadas la cláusula relativa al vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por arrendamiento de la vivienda porque no se limitaba su aplicación "a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (artículo 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concrete en el baremo - coeficiente - que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticia pueda ocasionar".

2.4. Una de las razones fundamentales que condujo a esta sala a adoptar la interpretación extensiva apuntada, conforme al principio *pro consumatore* que inspira la moderna legislación sobre las relaciones de consumo, radica en la estrecha dependencia del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada, dependencia que se traduce en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia.

Aunque en el caso de la hipoteca en garantía de deuda ajena el hipotecante no asume en puridad la deuda, ni se convierte en deudor de la obligación garantizada, la finca hipotecada queda sujeta a la responsabilidad derivada de dicha deuda (arts. 1857 *in fine* y 1876 CC), por lo que las razones antes apuntadas también resultan predicables, en lo sustancial, a esas hipotecas.

2.5. Esta estrecha vinculación entre préstamo y fianza (o hipoteca, en la tipología comercial ahora considerada), ha sido igualmente destacada por la sentencia TJCE de 17 de marzo de 1998 (*Dietzinger*).

Como dijimos en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 101/2020, de 12 de febrero

"existe una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella, que si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, no obstante sí determina su participación o integración en una relación comercial compleja y unitaria por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria. Lo que permite analizar esta última, desde la perspectiva de su eventual falta de transparencia o abusividad, en su totalidad, cuando pueda estar incurso en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas".

2.6. Ahora bien, como también señalamos en esos precedentes, esta interpretación extensiva del concepto de "garantías" en el sentido expresado requiere necesariamente - tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica - para quedar afectado por la grave ineficacia de la nulidad del contrato en que se haya constituido, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor.

En concreto, en el presente caso de un préstamo garantizado por una hipoteca constituida por la prestataria sobre la finca de su propiedad y otra hipoteca constituida sobre otra finca propiedad de los padres de la prestataria, con afianzamiento de estos, esta valoración sobre la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto respecto de la hipoteca de los no deudores) y el riesgo asumido por la entidad acreditante, ha de realizarse teniendo en cuenta diversos factores, como los siguientes: a) el importe de la totalidad de las cantidades garantizadas por todos los conceptos mediante las dos hipotecas (capital, intereses y costas), b) la tasación de los inmuebles hipotecados, c) las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad por la hipoteca (vid. v.gr. las limitaciones que respecto de los intereses impone el art. 114 LH), d) las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado, e) la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC y 105 LH), f) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (vid. art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que permite tener en cuenta no solo todas las cláusulas del contrato sino también las de "otro contrato del que dependa", incluyendo las relativas al precio, pues como señala uno de los considerandos de la Directiva, si bien "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", sin embargo "en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio"), g) su ajuste o no a su normativa específica (disposición adicional 1.18ª LGDCU :



"[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica"), h) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado (por razón de daños materiales, limitaciones urbanísticas u otras), etc.

2.7. En el caso de la litis se observa que la hipoteca constituida sobre la finca de la prestataria no cubría la totalidad de las responsabilidades derivadas del préstamo por todos los conceptos. Por un lado, la hipoteca constituida por la prestataria únicamente cubría respecto de los intereses ordinarios hasta un máximo de 35.880 euros, conforme al art. 114 LH, que no permite pactar "que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años". Por otro lado, el artículo quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en su redacción aplicable al caso, como regla general limita el importe del préstamo garantizado con hipoteca, en el caso de que se financie la adquisición de viviendas, al 80 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado.

Además, el valor de tasación de la finca hipotecada por la prestataria era incluso inferior a la cifra de capital del préstamo. Si a ello le sumamos el hecho de que la hipoteca está destinada a garantizar no solo la obligación de devolución del capital, sino también la obligación de pago de sus intereses, no solo ordinarios sino también moratorios, y los gastos que afectan a la conservación de la garantía y se imputan al prestatario (tributos sobre la finca, seguros, etc), se comprende que la hipoteca sobre la finca de la prestataria resultaba manifiestamente insuficiente para asegurar todas las obligaciones derivadas del préstamo. El valor de tasación de dicha finca era 250.000 euros, el capital del préstamo de 299.000 euros, y el total de las responsabilidades hipotecarias, por todos los conceptos, ascendía a 502.320 euros.

En esas condiciones, no hay datos que permitan concluir que, atendida la solvencia personal de la deudora, la manifiesta insuficiencia del valor de la finca hipotecada por la prestataria para cubrir la deuda, o la disminución del tipo de interés pactado correlativa a la mayor garantía que representa la existencia de una segunda hipoteca, que permite aplicar un tipo de interés propio de los préstamos hipotecarios a la parte no cubierta del capital - muy inferior a los tipos de interés medios de los préstamos personales - (u otras ventajas reconocidas al deudor, como el largo plazo de amortización), exista una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe.

2.8. Finalmente, téngase en cuenta que, como ha señalado la doctrina científica y la jurisprudencia de esta sala (sentencia 56/2020, de 27 de enero), la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone *per se* incurrir en la situación de sobregarantía proscrita por la disposición adicional 1ª.18 LGCU, pues el art. 1844 CC admite la existencia de dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, y del art. 1860 CC se deduce la admisión de que para el aseguramiento de un mismo crédito se den varias cosas en prenda o hipoteca, y que la posibilidad de la concurrencia cumulativa de garantías personales y reales deriva del art. 105 LH al prescribir que la hipoteca "no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil".

En consecuencia, debemos concluir que no se ha incurrido en una situación de sobregarantía en los términos en que está proscrita por el art. 88 TRLGDCU.

3.- El pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

3.1. El art. 119 LH dispone que:

"Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder".

A continuación, el art. 120 LH establece la consecuencia legal de esa distribución:

"Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los anteriores artículos".

3.2. Se trata de una regulación claramente imperativa, de *ius cogens*, lo que impide aplicar respecto de las cláusulas que sean expresión de su cumplimiento los controles de abusividad previstos en la Directiva 93/13/CEE, pues su art. 1.2 dispone que "las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Y, en los considerandos de dicha norma comunitaria se explican las razones de la exclusión, en los términos siguientes:

"[...] Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores



no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...]"

Como señala la STJUE de 20 de septiembre de 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*, C-51/17, en sus apartados 53 y 54, la exclusión del art. 1.2 de la Directiva 93/13: "[...] se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartado 28)", sin perjuicio de su interpretación estricta (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc* y otros, C-186/16, apartado 31 y jurisprudencia citada).

3.3. En todo caso, se trata de una regulación legal (arts. 119 y 120 LH) y de un pacto (de distribución de responsabilidad hipotecaria) que lejos de perjudicar, beneficia a los hipotecantes no deudores, pues, a diferencia de lo que sucede en el caso de la fianza solidaria, que permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los fiadores solidarios (art. 1822-II y 1144 CC), por el importe total de la deuda (art. 1837- I, *in fine* CC), sin perjuicio de sus derechos de reembolso y subrogación (arts. 1838 y 1839 CC), por el contrario, el efecto propio de la distribución de la responsabilidad hipotecaria es la exclusión de la solidaridad entre ambas hipotecas, de forma que, una vez inscrita la distribución ("la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados"), "no se podrá repetir contra ellos [los bienes hipotecados] con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos".

Se trata de preceptos que reflejan el principio de especialidad o determinación hipotecario y la prohibición de las hipotecas solidarias, introducida ya por la Ley Hipotecaria de 1861, en beneficio del crédito territorial, de los terceros y también del deudor o hipotecante no deudor. Con ello se evita que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, todas queden sujetas a una carga real por el importe total de lo debido y sobre todas se extienda por igual el derecho del acreedor hipotecario. Inconveniente que, como explicaba la luminosa Exposición de Motivos de aquella Ley, aplicando la regla de la determinación de la cantidad o parte de gravamen de que cada finca tiene que responder, "la carga real no se extiende a todo el valor de la finca, sino solamente a una cifra que puede ser muy inferior a su verdadero valor, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada ...".

Precisamente porque el hipotecante por deuda ajena es garante pero no deudor, no procede aplicar respecto del mismo la previsión del párrafo segundo del art. 692.1 LEC, conforme al cual "[...] cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra".

3.4. Finalmente, a fin de agotar la respuesta casacional respecto de este motivo, cabe apreciar también el acierto del criterio de la Audiencia cuando señala que la cláusula de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas "es clara y transparente al aparecer en un simple cuadro firmado por todos los demandantes que no podían desconocer". Los recurrentes no cuestionan tanto la claridad de la redacción de la cláusula (transcrita *supra*) como el hecho de que la concreción numérica de las cantidades asignadas a cada finca por cada uno de los conceptos garantizados (capital, intereses ordinarios, intereses de demora, y costas y gastos) figuren en un cuadro en documento separado, al que la cláusula se remite. Ese documento no se incorpora al contrato "grapado a la contraportada de la escritura", como erradamente se afirma en el recurso, sino que, como afirma el notario autorizante, dicho documento (con el cuadro completo de las cifras de la distribución) se le entrega "firmado por los otorgantes, al cual se remiten y tienen por reproducidos en este lugar, consintiéndolo". Y respecto de este cuadro, compuesto por una hoja, el notario realiza las actuaciones de reintegro, sellado, y rúbrica, y a continuación lo deja "unida a esta matriz para ser reproducida en sus traslados" (arts. 221-I y 263 Reglamento Notarial).

No cabe duda, por tanto, de su correcta incorporación al contrato. El hecho de que ese documento se firmase aparte, y después se uniese a la matriz, lejos de abonar la tesis de facilitar que su contenido pase inadvertido a los otorgantes, milita en la tesis contraria, al tratarse de una garantía adicional de aceptación expresa y separada, al modo de las cláusulas limitativas de derechos de los contratos de seguro, que requieren una aceptación específica (art. 3 LCS).

Tampoco hay duda en cuanto a la claridad del contenido. En ese cuadro se hace constar, sin que se aprecie la menor duda, ambigüedad o anfibología respecto de su contenido, que la suma de las responsabilidades hipotecarias de ambas fincas asciende a un total de 502.320 euros, con la siguiente distribución: (i) la finca de la prestataria responde de 163.000 euros de capital, 19.560 euros de intereses ordinarios, 58.680 euros de intereses moratorios y 4.890 euros de costas procesales; y (ii) la finca de los hipotecantes no deudores, padres



de la prestataria, responde de 136.000 euros de capital, 16.320 euros de intereses ordinarios, 48.320 euros de intereses moratorios y 23.120 euros de costas procesales. Esta es la distribución que de forma inequívoca resulta acreditada documentalmente.

Aunque no existe ninguna regla que imponga un criterio de proporcionalidad entre el valor de las fincas y las cifras de responsabilidad asignada a cada una para hacer la distribución, ese es un parámetro lógico y ponderado, que ha sido precisamente el aplicado *in casu*, como se aprecia al observar la correlación aritmética y porcentual entre los valores de tasación y las cifras de responsabilidad de ambas fincas.

4.- La consecuencia de todo lo argumentado, es la desestimación también de este motivo del recurso.

SEXTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Zulima , D.ª Marí Luz y D. Juan Manuel contra la sentencia n.º 189/2019, de 7 de febrero, dictada por la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 1209/2017.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.