



Roj: **STS 3960/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3960**

Id Cendoj: **28079110012021100722**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2021**

Nº de Recurso: **3299/2018**

Nº de Resolución: **745/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 368/2018,**  
**STS 3960/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 745/2021**

Fecha de sentencia: 02/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3299/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3299/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 745/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 2 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Kutxabank S.A., representada por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz, bajo la dirección letrada de D. David Fernández de Retana Gorostizagoiza, contra la sentencia núm. 245/2018, de 23 de mayo, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 135/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 467/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz. Ha sido parte recurrida D. Arcadio y D.ª Gema, representados por la procuradora D.ª Francisca Amores Zambrano y bajo la dirección letrada de D. José María Erausquin Vázquez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Soraya Martínez de Lizarduy Portillo, en nombre y representación de D. Arcadio y de D.ª Gema, interpuso demanda de juicio ordinario contra Kutxabank S.A. en la que solicitaba:

"1.º- [...], y se tenga por abusiva, y en consecuencia nula, la Cláusula 9ª, en lo referido al valor de tasación de la finca hipotecada por mis mandantes.

2.º- [...], y declare nulo por vicio en el consentimiento el contrato de fianza insertado como Cláusula 14ª en el contrato de préstamo que constituye el documento n.º 2."

2.- La demanda fue presentada el 5 de junio de 2017 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz se registró con el núm. 467/2017. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jesús María de las Heras Miguel, en representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de las pretensiones de la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria dictó sentencia n.º 407/2017, de 28 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO la demanda de juicio ordinario, interpuesta para declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación con acción acumulada de reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado, al que por turno de reparto corresponden, a instancia de la Procuradora Sra. Martínez de Lizarduy, en representación de DON Arcadio Y DOÑA Gema asistida por el Letrado don José María Erausquin Vázquez, contra KUTXABANK S.A. representada por el Procurador Sr. De las Heras por la asistencia letrada de don Carlos Losada Pereda en consecuencia, de conformidad con los anteriores fundamentos:

"1.- DECLARO NULAS la Cláusula Novena de Ejecución Judicial en la parte señalada en el Fundamento Tercero de esta resolución y la Cláusula Decimocuarta referente al contrato de Fianza ambas insertas en la escritura de 7 de febrero de 2008 otorgada ante el notario don Fernando Ramos Alcázar n.º de Protocolo 520, y de conformidad con lo expuesto se tengan por no puestas.

"2.-Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 135/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor De las Heras Miguel, en nombre y representación de la mercantil Kutxabank SA, contra la sentencia dictada el 28 de noviembre del 2017 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de esta Ciudad en los autos de proceso ordinario 467/2017, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con expresa imposición de las costas procesales de esta segunda instancia a la parte recurrente.

Dése el destino legal al depósito constituido para recurrir".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Jesús María de las Heras Miguel, en representación de Kutxabank S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1. 2º de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. En particular, por infracción de las reglas de distribución de la carga de la prueba previstas en el artículo 217 de la LEC. La sentencia recurrida, vulnerando las normas de distribución de la carga de la prueba, traslada a KUTXABANK las consecuencias derivadas de las dudas que aprecia el tribunal sobre el conocimiento que los actores podían tener sobre las consecuencias de la solidaridad."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción del artículo 1.266 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. La sentencia atribuye eficacia invalidante a un error de derecho que no superaría el juicio de esencialidad conforme a los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial de esta Excm. Sala, entre otras, en las sentencias nº 327/1962 de 6 de abril de 1962, nº 757/1990 de 4 de diciembre de 1990 y nº 896/1996 de 6 de noviembre de 1996.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción del artículo 1.266 en relación con el artículo 6.1 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta. La sentencia atribuye eficacia invalidante a un error de derecho que no superaría el juicio de excusabilidad conforme a los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial de esta Excm. Sala, entre otras, en las sentencias nº 327/1962, de 6 de abril de 1962, nº 757/1990, de 4 de diciembre de 1990, nº 413/1991, de 30 de mayo de 1991, nº 896/1996, de 6 de noviembre de 1996, nº 434/1998, de 11 de mayo de 1998 y nº 461/2011, de 16 de junio de 2011."

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de abril de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada, el día 23 de mayo de 2018 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 135/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 467/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria, con imposición de las costas y pérdida del depósito constituido del referido recurso.

"2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto frente a la referida sentencia".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 27 de octubre de 2021, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- 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 €.

2.- 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 trescientos diez euros (€ 65.310)".

3.- 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.

4.- 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.

**5.-** La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista, con los siguientes y resumidos argumentos: (i) una cláusula que reproduce una institución prevista expresamente en el Código Civil -la fianza solidaria- no puede ser ilícita *per se*; (ii) la cuestión estriba, pues, en determinar si los fiadores prestaron su consentimiento a dicha cláusula de manera consciente o viciada y la prueba permite concluir que hubo error porque: la cláusula no explica que los fiadores responderán en las mismas condiciones que los prestatarios, se limita a mencionar unos preceptos del Código de Comercio y del Código Civil que los fiadores no tenían por qué conocer y no consta que se les hubiera explicado mínimamente en que consistían las renunciaciones que realizaban en el documento y qué implicaciones tenían; (iii) a los fiadores no se les podía exigir un plus de comprobación e interpretación de las normas aplicables a la solidaridad, por lo que su error resultó excusable.

**6.-** La entidad prestamista formuló un recurso extraordinario por infracción procesal, que resultó inadmitido, y un recurso de casación que ha sido admitido.

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de casación. Esencialidad del error en el consentimiento*

*Planteamiento:*

**1.-** El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1266 CC y la jurisprudencia sobre la esencialidad del error plasmada en las sentencias 337/1962, de 6 de abril; 757/1990, de 4 de diciembre; y 896/1996, de 6 de noviembre.

**2.-** En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que un supuesto error sobre la solidaridad en la fianza no resulta esencial para viciar el consentimiento, en cuanto que los fiadores querían otorgar la fianza y responder en caso de incumplimiento de los deudores principales. Y, en todo caso, la fianza subsistiría como subsidiaria, aunque no pudiera ser solidaria. Por ello, la anulación de la fianza se opone al carácter excepcional y restrictivo del error de derecho y al principio de conservación de los negocios jurídicos.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** Como resume la sentencia 88/2020, de 6 de febrero:

"[I]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)".

**2.-** 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.

**3.-** Es decir, si la propia ley permite que el derecho de excusión no forme parte del negocio jurídico de fianza, a lo sumo el error se proyectaría sobre su consecuencia: la solidaridad, pero no sobre la fianza en sí. La solidaridad elimina la subsidiariedad de la fianza, de la que el beneficio de excusión constituye tan solo su manifestación más destacada, por lo que una cláusula que, al mismo tiempo, establece la solidaridad de la fianza y la renuncia al beneficio de excusión es, cuando menos, redundante.



Como declaramos en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 101/2020, de 12 de febrero, 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).

4.- 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.

#### **TERCERO.- Consecuencias de la estimación del recurso de casación**

1.- La estimación del recurso de casación conlleva la anulación de la sentencia recurrida y, por los mismos fundamentos, la estimación en parte del recurso de apelación (en lo referente a la cláusula de fianza).

2.- La estimación en parte del recurso de apelación conlleva la estimación en parte de la demanda, al desestimar la pretensión relativa a la nulidad por error vicio del consentimiento de la cláusula de fianza.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

1.- De conformidad con lo previsto en art. 398.2 LEC, al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas por él causadas.

2.- La estimación en parte del recurso de apelación implica que tampoco proceda la imposición de las costas por él causadas, a tenor del art. 398.2 LEC.

3.- La estimación del recurso de apelación supone la estimación en parte de la demanda, por lo que, en aplicación de la regla general del art. 394.2 LEC, tampoco procedería hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia.

Sin embargo, en atención a que en la demanda se habían acumulado dos acciones, una basada en la legislación de consumidores -que ha prosperado al quedar firmes los pronunciamientos estimatorios de instancia- y otra basada en las acciones por vicios del consentimiento del Código Civil -que ha quedado desestimada como consecuencia de la estimación del recurso de casación-, debe mantenerse la imposición de costas en primera instancia respecto de la acción de consumo, en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

4.- Procede acordar igualmente la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

### **FALLO**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 254/2018, de 23 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 135/2018, que anulamos parcialmente.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 407/2017, de 28 de noviembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria, en el juicio ordinario núm. 280/2014, que revocamos y dejamos sin efecto en el particular relativo a la declaración de nulidad de la cláusula decimocuarta del contrato litigioso, referida a la fianza.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación.

4.º- Mantener la condena en costas de la primera instancia sólo en cuanto a la acción basada en el Derecho de consumidores (apartado primero del suplico de la demanda).

5.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.