Roj: **STS 336/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:336**

Id Cendoj: **28079119912020100003**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **991**
Fecha: **12/02/2020**
Nº de Recurso: **1769/2016**
Nº de Resolución: **101/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 101/2020

Fecha de sentencia: 12/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1769/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/01/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1769/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 101/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, los recursos de casación interpuestos por D. Benedicto , representado por la procuradora del turno de oficio D.ª María Isabel Campillo García, bajo la dirección letrada de D.ª Rosa M.ª Martínez Castro; y por D.ª Carlota , representada por la procuradora del turno de oficio D.ª Sandra Osorio Alonso, bajo la dirección letrada de D. Diego Gómez Fernández; contra la sentencia núm. 185/2016, de 11 de abril, dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 365/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 280/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Vigo. Ha sido parte recurrida NCG Banco S.A., representado el procurador D. Juan José Martínez Cervera y bajo la dirección letrada de Dª Eva Aguilera Chouza.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Rosa de Lis Fernández, en nombre y representación de NCG Banco S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Benedicto y D.ª Carlota , en la que solicitaba se dictara sentencia:

«que condene a D Benedicto y DOÑA Carlota a pagar a mi mandante las cantidades siguientes:

a) La cantidad de DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (18.269,94 €) en concepto de principal, más los intereses que correspondan y que se liquidarán en el momento procesal oportuno;

b) Las costas causadas y que se causen en este procedimiento.»

2.- La demanda fue presentada el 3 de abril de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Vigo, se registró con el núm. 280/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- El procurador del turno de oficio D. Luis Pedro Lanero Taboas, en representación de D.ª Carlota , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

4.- La procuradora del turno de oficio D.ª Susana Boquete Rodríguez, en representación de D. Benedicto , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Vigo dictó sentencia de fecha 17 de marzo de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando íntegramente la demanda interpuesta por "NCG BANCO", frente a D. Benedicto y DÑA. Carlota , DEBO CONDENAR Y CONDENO a éstos a abonar a la actora de forma solidaria, la cantidad de 18.269,94 € más los intereses pactados y costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Benedicto y de D.ª Carlota .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 365/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 11 de abril de 2016, cuya parte dispositiva establece:

«Estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Doña Susana Boquete Rodríguez, en nombre y representación de Don Benedicto , y el interpuesto por el procurador Don Pedro Lanero Táboas, en nombre y representación de Doña Carlota , frente a la sentencia dictada en fecha 17 de marzo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Vigo, en Procedimiento Ordinario núm. 280/2014, en consecuencia revocamos parcialmente la misma, estimando solo en parte la demanda formulada por NCG BANCO, S.A. contra los demandados Don Benedicto y Doña Carlota , por lo que declaramos la nulidad de

la cláusula referida al año comercial, de manera que el cálculo se efectuara de acuerdo con el año natural, la relativa a la reclamación de gastos extrajudiciales y judiciales, así como la nulidad de la cláusula que fija el interés de demora, a la que se priva de todo valor sin que pueda producir efecto alguno, sin perjuicio de que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado, en lo demás se mantiene el pronunciamiento condenatorio de la sentencia de instancia, con las correcciones cuantitativas que se derivan de la presente resolución, a fijar en ejecución de sentencia una vez concretada la correspondiente liquidación, salvo el relativo a las costas, respecto de las que no se hace condena alguna en ambas instancias».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Susana Boquete Rodríguez, en representación de D. Benedicto , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Único.- Al amparo del artículo 477.2.3 LEC, vulneración de los preceptos legales del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre:

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a voluntad del empresario.»

2.- El procurador D. Luis Pedro Lanero Taboas, en representación de D.ª Carlota , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso fueron:

«Primero.- Infracción por aplicación indebida de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 7/1998, de 7 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), del at. 82.2 párrafo 2º 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 y otras leyes complementarias (TRLGCU) y del art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE; al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC, el recurso presenta interés casacional [...].

»Segundo.- Infracción por aplicación indebida de los artículos 5.5, 6, 7, 8 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 7 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y de los arts. 80 y 82 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 y otras leyes complementarias (TRLGCU); al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC, el recurso presenta interés casacional [...].

»Tercero.- Infracción, por aplicación indebida del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 7 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y de los arts. 80, 82, 86 y 87 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 y otras leyes complementarias (TRLGCU); al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC, el recurso presenta interés casacional [...].

»Cuarto.- Infracción, por aplicación indebida de los artículos 82 y 85 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 y otras leyes complementarias; al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC, el recurso presenta interés casacional [...].»

3.- 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 11 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D. Benedicto y Dª Carlota contra la sentencia dictada, el día 11 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 365/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 280/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Vigo».

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

5.- Por providencia de 7 de octubre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de noviembre de 2019, si bien por providencia de esa misma fecha se avocó el conocimiento del recurso al Pleno de la Sala, señalándose a tal fin el día 22 de enero de 2020. Por licencia de estudios de los Magistrados D. Ignacio Sancho Gargallo y D. Rafael Sarazá Jimena, se suspendió el anterior señalamiento señalándose nuevamente para su conocimiento

el día 29 de enero de 2020, en que ha tenido lugar. No ha asistido el Magistrado D. Eduardo Baena Ruiz, por tener licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 7 de mayo de 2009, D. Benedicto suscribió como prestatario un contrato de préstamo personal, a interés fijo del 11,25%, con NCG Banco S.A. (hoy Abanca Corporación Bancaria S.A.), por importe de 18.000 €, a devolver en doce años, mediante ciento cuarenta y cinco cuotas mensuales de 228,31 €.

Dña. Carlota intervino como fiadora solidaria.

2.- Entre otras, figuraban en el contrato las siguientes cláusulas:

1. Cláusula 4ª y 3ª c), que consideran el año comercial de 360 días para el cálculo de intereses.

2. Cláusula 6ª, que atribuye al prestatario todos los gastos derivados de la reclamación judicial o extrajudicial de la deuda.

3. Cláusula 10ª, que permite que el acreedor pueda dar por vencido el préstamo «por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo».

4. Cláusula 4ª, intereses de demora del 18%.

3.- Cuando el préstamo presentaba un descubierto de más de trece cuotas, la entidad prestamista lo dio por vencido y presentó una solicitud de juicio monitorio contra el prestatario y la fiadora, en reclamación de la totalidad debida por capital e intereses.

4.- Al haberse opuesto los deudores al requerimiento de pago, la entidad bancaria presentó una demanda de juicio ordinario en ejercicio de las acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad, en la que solicitó el pago del total del préstamo en cuanto a capital e intereses. Los demandados se opusieron alegando la nulidad de las mencionadas cláusulas contractuales, así como la de afianzamiento solidario.

5.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

6.- La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandados y declaró la nulidad de las cláusulas sobre el año comercial, la atribución al prestatario de todos los gastos judiciales y extrajudiciales, e intereses de demora. Y ordenó que se tuvieran en cuenta las correcciones derivadas de dichos pronunciamientos de nulidad, para calcular la cantidad objeto de la condena.

Recurso de casación del Sr. Benedicto

SEGUNDO.- *Único motivo de casación. Vencimiento anticipado*

Planteamiento:

1.- El único motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 82 y 85 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU) y de la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la cláusula de vencimiento anticipado es nula, porque permite el vencimiento anticipado con independencia de la gravedad del incumplimiento y no permite la rehabilitación del contrato.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, porque la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, una vez que la parte recurrente ha invocado una sentencia de pleno de esta sala, como vía de acceso al interés casacional, su acierto o desacierto no afecta a la admisibilidad, sino a la estimación.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque los pronunciamientos previos de esta Sala sobre el vencimiento anticipado, sintetizados y sistematizados en la sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre, se han referido a préstamos con garantía hipotecaria, algunas de las consideraciones contenidas en nuestra jurisprudencia son también aplicables a préstamos personales como el presente.

2.- Con carácter general, esta sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento,

sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio; o 792/2009, de 16 de diciembre).

Es decir, la posible abusividad provendria de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, *per se*, ilícita. Así, la sentencia 506/2008, de 4 de junio, declaró:

«[c]omo viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en el caso de autos, cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96".

»Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la Sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria.

»Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el supuesto resuelto por la Sentencia de 2 de noviembre de 2000».

3.- En todo caso, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 *Aziz* , y 26 de enero de 2017, asunto C- 421/14, *Banco Primus*; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14), hemos declarado que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

4.- A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia 463/2019, de 11 de septiembre). En consecuencia, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

5.- Pero es que, además, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado -no solo como pacto, sino como previsión legal- (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía.

6.- Finalmente, la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, porque ello contraviene la jurisprudencia del TJUE. Así la STJUE de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus*, asunto C-421/14 , declaró, precisamente en relación con una cláusula de vencimiento anticipado, que:

«Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224) , Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54)».

7.- Razones por las cuales, el recurso de casación del prestatario debe ser estimado, sin perjuicio de las consecuencias que expondremos, una vez asumida la instancia, respecto de las acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad ejercitadas en la demanda.

Recurso de casación de la Sra. Carlota

TERCERO.- *Primer y segundo motivos de casación. Pacto de solidaridad en la fianza. Resolución conjunta*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación del recurso de la fiadora denuncia la infracción de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), del art. 82.2.2º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU) y del art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE.

En su desarrollo, alega la parte recurrente, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al considerar que el pacto de fianza solidaria fue negociado y no fue impuesto como una condición general de la contratación. Y que no tiene en cuenta que recae sobre el predisponente la carga de la prueba de que la cláusula controvertida no es una condición general.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5, 6, 7, 8, 9 y 10 LCGC y 80 y 82 TRLGCU, en relación con las sentencias de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, y 464/2014, de 8 de septiembre.

En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente que las cláusulas de fianza solidaria y vencimiento anticipado no superan el control de transparencia, porque la fiadora no pudo ser consciente de sus consecuencias.

3.- Dada la conexión argumental entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente. Si bien cabe advertir que el primer motivo adolece del defecto de mezclar infracciones diferentes, pues no es lo mismo el juicio de transparencia sobre una cláusula de afianzamiento que sobre un pacto de vencimiento anticipado. Por ello, ahora nos referiremos solamente a la fianza, puesto que sobre el vencimiento anticipado versa el cuarto motivo de casación.

4.- Respecto al óbice de admisibilidad opuesto por la recurrida (que no hay infracción de jurisprudencia), nos remitimos a lo expuesto respecto del recurso de casación antecedente.

Decisión de la Sala:

1.- El primer motivo parece presuponer que si la solidaridad de la fianza se hubiera incluido en el contrato como una condición particular sería válido, mientras que si se trata de una condición general de la contratación sería inválido *per se*.

Sin embargo, ello no es así. El pacto de fianza accesorio de un préstamo, si está concertado por un consumidor, no es necesariamente nulo, sino que es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

2.- En la sentencia 56/2020, de 27 de enero, hemos hecho referencia a esta realidad negocial de incluir en un solo contrato las dos figuras, préstamo y fianza, al decir:

«A ello se suma 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.

»Esta estrecha vinculación entre préstamo y fianza, en la tipología negocial ahora considerada, ha sido igualmente destacada por la sentencia TJCE de 17 de marzo de 1998 (*Dietzinger*), al afirmar:

"Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza en garantía de su ejecución, así como el hecho de que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador, no puede negarse que la fianza está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva".

»Como dijimos «supra», 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 incursa en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas».

3.- En este caso, la recurrente no justifica la razón por la que considera que la prestación de la fianza supuso la imposición de una garantía desproporcionada, y ni siquiera argumenta por qué la cláusula de afianzamiento solidario no supera los controles de incorporación y transparencia.

4.- Respecto de la fianza solidaria, como hemos declarado en la antes citada sentencia 56/2020, de 27 de enero:

«[d]ada 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 correspectiva a cargo del acreedor -, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido».

5.- 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.

Desde esa perspectiva, las sentencias de instancia (en este punto, la de la Audiencia Provincial se remite a la de primera instancia) consideran que la redacción de la cláusula es fácilmente comprensible y que la fiadora era co-prestataria solidaria con el otro demandado en otros dos préstamos con garantía hipotecaria, por lo que conocía la funcionalidad de la fianza solidaria, que, además, había sido condición esencial para que el prestamista concediera el crédito, por lo que la fiadora conocía que podrían dirigirse indistintamente contra el patrimonio del deudor y contra el suyo.

Como tales argumentos no han sido desvirtuados, no cabe apreciar falta de transparencia en la cláusula relativa a la solidaridad en la fianza.

6.- Además, como también hemos resaltado en misma sentencia 56/2020, 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 renuncias 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).

7.- Como consecuencia de lo cual, los dos primeros motivos de casación de la fiadora deben ser desestimados.

CUARTO.- *Tercer motivo de casación.Falta de reciprocidad*

Planteamiento:

1.- En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 8 LCGC y 80, 82, 86 y 87 TRLGCU, en relación con la sentencia de esta sala 214/2014, de 15 de abril.

2.- Al desarrollar el motivo, aduce la parte recurrente, en resumen, que el contrato incurre en falta de reciprocidad, puesto que prevé que los deudores deben comunicar cualquier variación de su situación patrimonial, mientras que permite que la entidad no comunique a la fiadora la situación de incumplimiento del deudor.

Decisión de la Sala:

1.- No existe falta de reciprocidad porque, habida cuenta que el banco ya ha cumplido su obligación (entregar el dinero) y solo los deudores tienen pendiente de cumplimiento la suya (devolverlo con intereses), la cláusula que obliga a informar sobre la solvencia únicamente tiene sentido respecto de quien aún es deudor, no respecto del que nada adeuda.

Además, resulta absurda la hipótesis de que el acreedor no comunique al fiador el incumplimiento del deudor cuando ello es precisamente lo que determina su responsabilidad, puesto que la solidaridad no excluye la subsidiariedad. 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».

2.- De hecho, eso es lo que sucedió en este caso, porque ha quedado probado que, antes de interponerse la demanda, la entidad prestamista comunicó tanto al prestatario como a la fiadora el incumplimiento y el saldo deudor resultante y reclamó extrajudicialmente su pago.

3.- Razones por las cuales este motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

QUINTO.- *Motivo cuarto de casación. Vencimiento anticipado*

Planteamiento:

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la aplicación indebida de los arts. 82 y 85 TRLGCU, en relación con la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo, arguye la parte recurrente que la cláusula de vencimiento anticipado es nula, porque no modula ni la entidad ni la gravedad del incumplimiento.

Decisión de la Sala:

1.- En la medida en que este motivo coincide sustancialmente con el único motivo del recurso de casación del otro recurrente, debemos remitirnos a lo antes expuesto para resolverlo, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

2.- Por las mismas razones expuestas, este último motivo de casación debe ser estimado.

SEXTO.- *Asunción de la instancia. Consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado*

1.- La estimación de los motivos de casación relativos al vencimiento anticipado supone que, por los mismos argumentos, deban estimarse también los recursos de apelación formulados por los demandados en lo relativo a dicha cláusula.

2.- No obstante, la controversia litigiosa no se ciñe al ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de unas cláusulas contractuales, puesto que no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por unos consumidores o ni siquiera en una reconvención, sino que dicha alegación ha sido utilizada como medio de defensa (excepción) frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo.

Y no puede ignorarse que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado para solicitar la condena al pago del total de lo debido, también se invocó el art. 1124 CC y se ejercitaron unas acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. Por lo que, como la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, deberá condenarse solidariamente a los demandados al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda, que, según la liquidación aportada por la demandante, ascendían a 1298,68 € de capital y 2053,84 € de intereses ordinarios vencidos (si bien, en ejecución de sentencia, deberá realizarse la corrección establecida por la Audiencia, no impugnada por la prestataria, respecto del periodo de cálculo: 365 días y no 360).

Como quiera que la cláusula de intereses moratorios fue declarada nula por la sentencia de la Audiencia Provincial y dicho pronunciamiento tampoco ha sido impugnado por la entidad prestamista, el capital adeudado seguirá devengando el interés remuneratorio pactado (sentencia del pleno de esta sala 671/2018, de 28 de noviembre, en relación con la STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), con la indicada corrección temporal.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en art. 398.2 LEC, al haberse estimado en parte ambos recursos de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas por ellos causadas.

2.- La estimación de los motivos de apelación relativos al vencimiento anticipado no afecta a la estimación parcial de tales recursos, por lo que debe mantenerse el pronunciamiento de la Audiencia Provincial sobre la no imposición de costas, a tenor del art. 398.2 LEC.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3.- La estimación en parte de los recursos de apelación supone la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ellos, según determina el art. 394.2 LEC.

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

F A L L O

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

1.º- Estimar en parte los recursos de casación interpuestos por D. Benedicto y Dña. Carlota contra la sentencia núm. 185/2016, de 11 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, en el recurso de apelación núm. 365/2015, que anulamos parcialmente.

2.º- Estimar en parte los recursos de apelación interpuestos por D. Benedicto y Dña. Carlota contra la sentencia de 17 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Vigo, en el juicio ordinario núm. 280/2014.

3.º- Estimar en parte la demanda formulada por NCG Banco S.A. (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A.) contra D. Benedicto y Dña. Carlota y condenar a los demandados solidariamente al pago de 1298,68 € de capital y la cantidad que, en ejecución de sentencia, resulte de restar a la cantidad liquidada el 15 de marzo de 2013, en concepto de intereses ordinarios vencidos, el ajuste de cálculo sobre 365 días en vez de 360; más el interés remuneratorio pactado, calculado igualmente conforme al año natural.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación, ni de las de primera instancia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ