



## **IRRELEVANCIA DEL ERROR DEL FIADOR SOBRE EL CARÁCTER SOLIDARIO DE LA FIANZA\***

*Manuel Jesús Marín López*  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 13 de enero de 2022*

### **I. Introducción**

La STS 745/2021, de 2 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3960), de la que es ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, conoce de la demanda presentada por los dos fiadores de un préstamo hipotecario, en la que solicitan la nulidad del contrato de fianza por error vicio del consentimiento.

El contrato de fianza se constituye mediante una cláusula de afianzamiento inserta en el préstamo hipotecario. Esa cláusula tiene el siguiente texto:

“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

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-098683-B-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: “FEDER Una manera de hacer Europa”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021- GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.



pendiente de amortizar sea inferior a la suma de sesenta y cinco trescientos diez euros (€ 65.310)”.

Los fiadores demandantes solicitan la nulidad de la cláusula de afianzamiento por error vicio del consentimiento. Entienden que su consentimiento está viciado, al no haber sido conscientes de las consecuencias que tiene el hecho de que la fianza sea solidaria y haber renunciado a los beneficios de excusión, orden y división.

La sentencia de primera instancia estima la demanda. Considera que los fiadores habían prestado su consentimiento por error, al no haber sido informados sobre la diferencia entre la fianza simple y la solidaria, y no haber sido conscientes de las implicaciones que conllevaba su renuncia a los beneficios que comporta la fianza simple. Ni recibieron ningún documento que explicara tales circunstancias, ni en la escritura siquiera se le daba un título a la cláusula, que se limitaba a recoger las correspondientes renunciaciones.

La entidad prestamista interpone recurso de apelación, que se desestima con los siguientes 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.

## **II. La STS 745/2021, de 2 de noviembre de 2021**

La entidad prestamista interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo lo estima, lo que comporta la desestimación de la demanda inicial.

La argumentación del Tribunal Supremo discurre del siguiente modo. Reproduce un extracto de la STS 88/2020, sobre la esencialidad que ha de concurrir en el error. Y a continuación establece lo siguiente (FJ 2º, ap. 2 y 3).

*“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)".*

*De ello concluye el Tribunal Supremo que "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".*

### **III. Comentario crítico**

Comparto la solución del Tribunal Supremo, pero no estoy seguro de que la argumentación utilizada sea la más adecuada.

Según el Tribunal Supremo, la "sustancia" o "esencial" del contrato de fianza es obligarse a cumplir frente al acreedor si no lo hace el deudor principal. El hecho de que el fiador tenga o no beneficio de excusión, o que la fianza sea solidaria o subsidiaria, no forman parte de la "sustancia" del contrato. Por eso un error sobre esas características de la fianza



(solidaria, o sin beneficio de exclusión) no convierte a ese error en “esencial”, de manera que el error es irrelevante y el fiador no podrá alegar el error para obtener la nulidad de la fianza.

A estos efectos, creo que carece de trascendencia que sea derecho dispositivo tanto la fianza simple como la fianza solidaria. En contra de lo que sostiene el Tribunal Supremo, ese hecho es irrelevante. Lo decisivo no es que las partes puedan acordar que la fianza sea solidaria o que el fiador renuncie al beneficio de excusión, sino que esos elementos no son “presuposiciones” del contrato o “sustancia”.

La cuestión podría haberse abordado desde otra perspectiva. El error al que alude el art. 1266 CC es un error sobre el presupuesto de hecho que llevó al contratante a celebrar el contrato. El contratante se hace una falsa representación de la realidad, más exactamente, de la “sustancia de la cosa” o de las “cualidades personales” de la persona con la que contrata. No es este el tipo de error que alegan los fiadores en el caso de autos.

En realidad, lo que alegan es un error de derecho. El error de derecho se caracteriza por el carácter jurídico (y no fáctico) de la realidad erróneamente representada. En el caso de autos, el error recae sobre el carácter solidario de la fianza. Los fiadores afirman ignorar las consecuencias que tiene para ellos que la fianza sea solidaria. Desconocen que, al ser la fianza solidaria, el prestamista puede dirigirse directamente contra ellos una vez vencida e impagada la obligación del prestatario, sin poder exigir que el prestamista haga primero excusión de los bienes del prestatario. Pero en verdad este no es un error de derecho que permita anular el contrato. El error no recae sobre las características jurídicas de la cosa, sino sobre los efectos jurídicos de una institución. No hay una falsa representación de la realidad jurídica que autorice al fiador a desvincularse del contrato de fianza. Se trata de un simple desconocimiento de las reglas del Código Civil sobre la fianza, desconocimiento que ha de soportar el fiador. Es un riesgo con el que ha de pechar, y que no puede “trasladar” al otro contratante. La alegación del fiador de que no ha comprendido el estatuto legal de la fianza solidaria es irrelevante, y no permite al fiador conseguir la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento.