

EXAMEN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL
CONTRATO DE FIANZA: A PROPÓSITO DE LA FIANZA
SOLIDARIA Y LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE
ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN

*EXAMINATION OF UNFAIR TERMS IN THE BAIL CONTRACT:
REGARDING JOINT AND SEVERAL BAIL AND THE WAIVER OF THE
BENEFITS OF ORDER, DIVISION AND EXCUSAL*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 630-691

Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar la problemática de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza y, en especial, las cláusulas relativas al pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, las cuales hacen más gravosa la prestación del fiador respecto a la situación existente, en defecto de pacto, por las normas dispositivas. Para ello, se abordará como cuestión previa el contrato de fianza y las relaciones entre el acreedor y el fiador. Luego nos adentraremos en los requisitos que exigen los Juzgados y Tribunales para que este pueda ser considerado un consumidor, abordando algunos aspectos problemáticos. Posteriormente, analizaremos el tratamiento de las cláusulas relativas al afianzamiento como condiciones generales de la contratación, profundizando en los controles de incorporación, transparencia y contenido, para, finalmente, indagar en los efectos, respecto al contrato de fianza en el caso de que se declare la nulidad, por abusivo, del pacto de solidaridad y las citadas renunciaciones, abordando la facultad de integración de los órganos jurisdiccionales según los cánones hermenéuticos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Fianza, fianza solidaria; beneficios de excusión; orden y división; condiciones generales de la contratación; cláusulas abusivas; contrato de préstamo; integración contractual.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyse the problem of unfair terms in the surety contract and, in particular, the terms related to the solidarity pact and the waiver of the benefits of order, division and excussion, which make the guarantor's performance more burdensome than it would be in the absence of an agreement under the statutory rules. To this end, the bail contract and the relations between the creditor and the guarantor will be addressed as a preliminary matter. Then we will delve into the requirements demanded by the Courts and Tribunals for this to be considered a consumer, addressing some problematic aspects. Subsequently, we will analyse the treatment of the clauses related to the bail as general conditions of the contract, deepening into the controls of incorporation, transparency and content, to finally investigate the effects with respect to the bail contract in the event that the solidarity pact is declared null and void for being abusive, and the aforementioned waivers, addressing the faculty of integration of the courts according to the hermeneutical canons of the Court of Justice of the European Union.*

KEY WORDS: *Bail; performance bond; benefits of excussion; order and division; general conditions of the contract; abusive clauses; loan contract; contract integration.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NOTAS GENERALES DEL AFIANZAMIENTO COMO GARANTÍA PERSONAL.- 1. El contrato de fianza.- 2. Los beneficios de excusión, orden y división.- 3. El pacto de solidaridad.- III. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR EN EL AFIANZAMIENTO: PROBLEMÁTICA SUBYACENTE A LA CALIFICACIÓN DEL FIADOR EN LA FIANZA MERCANTIL.- 1. Planteamiento de la postura negacionista del carácter de consumidor del fiador.- 2. El TJUE al rescate del fiador.- 3. El problema de las personas jurídicas como garantes.- 4. Práctica de los Juzgados y Tribunales españoles tras la jurisprudencia del TJUE.- 5. El supuesto particular del fiador que es cónyuge del administrador o socio de la mercantil prestataria.- IV. EL PACTO DE SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.- V. EXAMEN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE EXTENSIÓN DEL AFIANZAMIENTO.- 1. Control de inclusión y de transparencia.- A) Presunción de conocimiento por el consumidor de la repercusión de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.- B) Hacia un control de transparencia real de las cláusulas de extensión del afianzamiento.- 2. Control de abusividad o de contenido.- VI. EFECTOS EN EL CONTRATO DE FIANZA DE LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIAS A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN.- 1. Planteamiento general de la cuestión: La integración del contrato como obstáculo para alcanzar los objetivos del art. 7 Directiva 93/13.- 2. Examen de la función integradora del Juez según supuestos concretos.- A) La nulidad del interés de demora y su imposible integración.- B) La integración de la cláusula del vencimiento anticipado.- C) El IRPH como último hito en materia de integración contractual.- 3. Tendencias respecto al afianzamiento.- A) Nulidad parcial del contrato de fianza.- B) Nulidad total del contrato de fianza.- 4. Recapitulación: ¿Hacia una nueva cuestión prejudicial?- A) Argumentos que abogan por la conservación del contrato de fianza.- B) La nulidad total del afianzamiento como medida respetuosa con los objetivos del Derecho de la Unión Europea en materia de consumidores y usuarios.- C) El necesario y obligado planteamiento de una cuestión prejudicial.- VII. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, han aumentado exponencialmente los contratos de préstamos bancarios en los que la entidad bancaria exige al prestatario, para la concesión del crédito, la perfección de un contrato de fianza, acumulándose a veces esta garantía personal con la constitución de un derecho real de hipoteca.

Son numerosos los factores que han propiciado estas garantías. El incremento de los contratos de préstamos hipotecarios por el estallido de la burbuja inmobiliaria ha provocado que, en defecto de contratos de arrendamiento, los contratos de compra y venta de viviendas proliferasen. Coetáneamente a este fenómeno se ha unido las exigencias de los bancos de constituir garantías adicionales para asegurar la satisfacción de la deuda principal¹.

¹ En el mercado inmobiliario marcó un antes y un después, respecto a las garantías, el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: manuelangel.gomez@uca.es

No obstante, en esta vorágine del pacto de afianzamiento, los bancos no han exigido, simple y llanamente, la existencia de fiadores que cubran la posible responsabilidad del deudor principal, sino que se han perfeccionado contratos de fianza donde el fiador renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, pasando a convertirse en fiador solidario.

Al aumento de estas prácticas bancarias la ha seguido una enorme litigiosidad, la cual va *in crescendo*, siendo necesario que en este trabajo abordemos con espíritu crítico las numerosas resoluciones que han recaído sobre el particular.

Dicho esto, en el presente estudio abordaremos, a modo de introducción, el contrato de fianza y la extensión de la misma, planteándonos si el afianzamiento constituye una cláusula bancaria o un contrato autónomo e independiente relacionado con otro principal. Nos sumergiremos en los requisitos que debe reunir el fiador para ser considerado un consumidor, a fin de que en la relación contractual que le liga con el acreedor se apliquen las normas tuitivas de consumidores y usuarios. Luego estudiaremos el tratamiento de la fianza como condición general de la contratación y su tratamiento desde la perspectiva de las normas de consumidores y usuarios, en concreto, el examen de su posible abusividad y sus efectos, para, finalmente, abordar, a modo de recapitulación, unas breves conclusiones extraídas del resultado del presente estudio.

II. NOTAS GENERALES DEL AFIANZAMIENTO COMO GARANTÍA PERSONAL.

Se puede definir la obligación como una relación jurídica² por virtud la cual una persona, denominada deudor, tiene el deber jurídico de realizar una prestación en favor de otra, acreedor, quién tiene derecho a exigírsela³. La obligación está compuesta de tres clásicos elementos: los sujetos, que son el acreedor y el deudor; el objeto, el cual se identifica con la prestación o la deuda, y el vínculo entre el acreedor y deudor, equivalente al nexo que les liga. A pesar de que este último elemento responda a un concepto unitario, ello no es óbice para que dentro del mismo se distinga entre el débito, que es el deber del deudor de cumplir la prestación y el correlativo derecho del acreedor a exigírsela, y la responsabilidad,

regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, por virtud del cual se establece el límite, para poder emitir participaciones hipotecarias, del ochenta por ciento respecto a la relación entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada, de modo que para cubrir el importe total de la deuda principal los bancos han tendido a la utilización de garantías adicionales ante posibles impagos.

2 LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, Edersa, Madrid, 1958, p. 18.

3 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 39.

que es la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de la prestación y el derecho del acreedor a dirigirse contra el mismo en caso de incumplimiento⁴.

La responsabilidad, como tal, está cristalizada en el art. 1911 CC, que consagra el principio de responsabilidad universal del deudor, diciendo que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Sin embargo, y aun existiendo este principio, como subraya Lasarte, la eterna “espada de Damocles” de toda obligación se plantea ante los escenarios de incumplimiento en que pueda incurrir el deudor, teniendo como correlativo efecto la insatisfacción de las legítimas expectativas del acreedor. Esta coyuntura, que no se ha tornado infrecuente en tiempos de crisis económica, es consustancial al deseo de todo acreedor a la búsqueda de medios y mecanismos para garantizarse o asegurarse la satisfacción de su derecho de crédito. La expresión “garantía del crédito” hace referencia a cualquier medio por virtud del cual el acreedor puede asegurarse el cumplimiento de la obligación o agravar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento⁵.

Una de estas garantías es la fianza que, como vehículo jurídico y garantía de naturaleza personal, permite al acreedor exigir al deudor que otras personas asuman, subsidiaria o solidariamente, el cumplimiento de la obligación, de modo que, una vez perfeccionada, el acreedor tendrá la posibilidad de acudir a otro patrimonio para la efectividad de la obligación: el patrimonio del fiador⁶.

Trasladando lo expuesto al ámbito bancario, y como dijimos al principio, se ha tornado práctica habitual de las entidades bancarias la de perfeccionar afianzamientos ante el riesgo de impago de los contratos de préstamo, los cuales a veces están incluso asegurados con bienes inmuebles, por medio de la constitución de una hipoteca, siendo preciso que en las sucesivas líneas abordemos, aun someramente, las vicisitudes del contrato de fianza.

1. El contrato de fianza.

La fianza se encuentra regulada en el Título XIV del Libro IV del Código Civil, definiéndose, siguiendo la dicción del art. 1822 CC, como el contrato por virtud del cual “se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”. O’Callaghan la define de modo semejante, al decir que “es el contrato por el que una parte –fiador- asume la obligación de cumplir la contraída por otro

4 BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989, p. 42, DIEZ-PICAZO, J.L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, p. 159.

5 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 208.

6 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 208.

-fiado- en el caso de no hacerlo éste, frente a su acreedor"⁷, o de Cossío, que la caracteriza como "un contrato en virtud del cual una persona vincula su propio patrimonio a la responsabilidad por la deuda de otra persona"⁸.

Dos de las características principales del contrato de fianza es la accesoriedad y la subsidiariedad. La *accesoriedad* de la fianza significa que esta depende y está subordinada a una obligación que garantiza⁹, lo que implica que la fianza no puede existir sin una obligación principal¹⁰ y que, consecuentemente, las vicisitudes de esta, como la extinción, le afectan¹¹, pero no necesariamente a la inversa¹². Respecto a la *subsidiariedad*, implica que la obligación del fiador es subsidiaria a la del deudor principal, de modo que, pese a que la obligación del fiador perfeccionada concurra desde que existe el consentimiento, este solo responderá cuando el deudor principal incumpla la obligación que garantiza la fianza. Algunos autores, como Marqués Mosquera, refiriéndose a la subsidiariedad, han llegado a afirmar que "en principio, el fiador sólo se *obliga* para el caso de que el deudor principal no cumpla"¹³; sin embargo, dicha proposición no nos parece acertada, pues el fiador se obliga desde el preciso instante en que presta su consentimiento a fin de perfeccionar el contrato de fianza¹⁴, existiendo el débito desde ese momento y postergándose la responsabilidad hasta el incumplimiento del deudor principal¹⁵.

-
- 7 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 575.
- 8 DE COSSÍO Y CORRAL, A. y AA.VV.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 581.
- 9 La accesoriedad se manifiesta en algunos preceptos de la LEC, como en el art. 52.1.3º, que dispone que, salvo que rija el foro de la autonomía de la voluntad (sumisión expresa o tácita), "en las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, será tribunal competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren".
- 10 Véase las SSTS 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1479), 5 febrero 1992 (RJ 1992, 830) o 4 mayo 1993 (RJ 1993, 3403).
- 11 Claro ejemplo de que fianza correrá la misma suerte que la obligación principal es el art. 1847 CC, que dice que "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones".
- 12 Puede suceder, efectivamente, que se extinga el contrato de fianza manteniéndose la vigencia de la obligación principal que garantiza, como es el supuesto, entre otros, del art. 1851 CC, que contempla la extinción del contrato de fianza por la prórroga concedida por el acreedor al deudor principal.
- 13 MARQUÉS MOSQUERA, C.: "La fianza en los préstamos hipotecarios", *Cuadernos de Derecho y Comercio Extraordinario*, 2014, p. 271. La misma imprecisión late en la SAP Guipúzcoa 24 noviembre 2015 (JUR 2015, 211415), que afirma que "el principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple", o en la SAP Barcelona 6 noviembre 2014 (JUR 2015, 43530), que dice, en el fundamento de derecho tercero, que, consecuencia del principio de subsidiariedad de la fianza, el fiador se obliga cuando el deudor incumple: "El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda".
- 14 BUSTO LAGO, J.M., COLÁS ESCANDÓN, A.Mª, MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de contratos*, t. IV (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 5143-5146. En el seno de la jurisprudencia, puede verse las SSTS 22 julio 2002 (RJ 2002,7476) y 12 noviembre 2008 (RJ 2009,405).
- 15 Así lo expone, GÓMEZ-BLANES, P.: *El principio de Accesoriedad de la Fianza*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 96, que dice que "la fianza existe desde que se constituye; su exigibilidad se pospone y supedita al nacimiento de la deuda garantizada y a su consumación". También la STS 16 junio 1999 (RJ 1999, 4475), citada por la STS 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7476), que, en resumidas cuentas, señala que la obligación inherente a la fianza existe desde la perfección del contrato y no cuando se produce el incumplimiento, pues en este último caso nos iríamos a la exigibilidad de la deuda: "El Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar

2. Los beneficios de excusión, orden y división.

El problema de la inmensa mayoría de los contratos bancarios donde existe un afianzamiento, es que la entidad bancaria exige al fiador, antes de la perfección del contrato, que renuncie a los clásicos beneficios de excusión, orden y división, los cuales forman parte de la arquitectura jurídica que explica las relaciones entre las partes del contrato de fianza.

El beneficio de excusión, que, pese a no ser lo mismo, representa el reverso del carácter subsidiario de la fianza¹⁶, tiene como consecuencia que el fiador puede negarse a cumplir su obligación si el deudor tiene patrimonio suficiente¹⁷, tal y como dispone el art. 1830 CC, que reza que “el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor”¹⁸. Lo describe Castilla Barea como un “un plus, puesto que supone no solo la posibilidad de que, ante la reclamación del acreedor, el fiador le exija un previo requerimiento de pago al deudor principal, sino que además aquél deba perseguir e intentar ejecutar el patrimonio del obligado principal antes de proceder a la ejecución del patrimonio del obligado en garantía”¹⁹.

Este beneficio, desde nuestro punto de vista, afecta a la responsabilidad y no al débito, el cual existe desde la perfección de la garantía, ya que el acreedor, aun concurriendo el beneficio de excusión, podrá demandar al fiador; otra cosa es que este no quede obligado a pagar la deuda hasta que se haya ejecutado todos los bienes del deudor principal²⁰. El beneficio de orden no se aleja del de

de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor”.

- 16 Lo explica con detalle el fundamento de derecho segundo de la SAP Barcelona 26 junio 2020 (JUR 2020, 237121): “No es posible identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil)”.
- 17 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 583.
- 18 También está previsto el beneficio de excusión para los supuestos de subfianza en el art. 1836 CC: “El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto al fiador como del deudor principal”.
- 19 CASTILLA BAREA, M.: “Comentario al artículo 1822 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12465.
- 20 Al respeto puede verse el art. 1834 CC, el cual dice que “el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos”. La misma postura aquí sostenida defiende la jurisprudencia, como las SSTs 17 junio 1985 (RJ 1985, 3277), 20 enero 1999 (RJ 1999, 3), la cual se remite a la STS 15 marzo 1972 (RJ 1972, 1253), 17 marzo 1985 (RJ, 1985, 3277), y, más recientemente, 20 febrero 2008 (RJ 2008, 3046), cuyo fundamento de derecho tercero dice lo siguiente: “La cuestión que se plantea en casación es si, pese a ello, cabe demandar al fiador y cabe dictar sentencia en que el fiador responda, subsidiariamente a los deudores, del cumplimiento de la obligación de pago de las deudas pendientes. La sentencia de la Audiencia Provincial lo analiza con perfecto detalle y esta Sala llega a la misma solución; lo expresa en estos términos: ‘En este caso la oposición del beneficio de excusión y el señalamiento de bienes del deudor no impedirá que se dicte la sentencia condenando al fiador a pagar al acreedor con carácter subsidiario. En la sentencia ni siquiera tiene que hacerse pronunciamiento alguno sobre el beneficio de excusión aunque el fiador lo hubiera

excusión, pues implica que el patrimonio del fiador deberá ser agredido después de agotar el del deudor principal.

Al margen del beneficio de excusión y orden, y en los supuestos de cofianza²¹, existe el beneficio de división, reconocido en el art. 1837 CC, que supone que, en caso de incumplimiento del deudor principal, los cofiadores responderán mancomunadamente²²; es decir, el acreedor no podrá reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, cesando este beneficio, ex art. 1837 CC, en los mismos supuestos en los que cesa el beneficio de excusión.

Como dice Lasarte, el paralelismo legal existente entre el beneficio de excusión y división se manifiesta en el segundo párrafo del art. 1837 CC, que establece que “el beneficio de división contra los fiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal”²³. Los supuestos en que cesa el beneficio de excusión se encuentran en el art. 1831 CC, siendo los dos primeros los que más abundan en la práctica bancaria: cuando el fiador haya renunciado expresamente (art. 1831.1º CC) y cuando se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1832.2º CC); en las próximas líneas hablaremos de este último caso.

3. El pacto de solidaridad.

En defecto de pacto, la fianza será simple; sin embargo, tal y como dispone el art. 1822 CC, es posible que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, en cuyo caso se observará las prescripciones de lo dispuesto en la sección 4ª, capítulo III, Título I, del Libro IV del Código Civil. En el marco del régimen aplicable, cuando existe pacto de solidaridad del fiador es relevante el art. 1144 CC, de plena aplicación, que dispone que “el acreedor puede dirigirse contra cualquiera

opuesto con señalamiento de bienes del deudor, al ser requerido extrajudicialmente de pago o en el escrito de contestación a la demanda (reiterando su contestación al requerimiento extrajudicial o, en ausencia de éste, por primera vez). El beneficio de excusión sólo va a desplegar su eficacia en la fase de ejecución de la sentencia firme que condene al pago del deudor y del fiador con carácter subsidiario. De tal manera que no podrá acudirse a la vía de apremio contra los bienes del deudor designados por el fiador al oponer el beneficio de excusión”. Por tanto, haya señalado o no bienes de los deudores -que sí los ha señalado- puede el fiador ser demandado y ser condenado, subsidiariamente respecto a los deudores principales. Lo cual es corroborado por el artículo 1834 del Código civil que permite al acreedor demandar al fiador e instar su condena, en la condición de deudor subsidiario que corresponde a éste: al ser demandado subsidiariamente, el fiador está en condiciones de oponer el beneficio de excusión desde la contestación a la demanda hasta la ejecución de la sentencia”. Se pronuncia en el mismo sentido PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 84, que dice que “la existencia del beneficio de excusión supone, antes que un orden en la reclamación de la deuda, un orden en la ejecución del crédito que, en virtud de la oposición del beneficio, ha de ser satisfecho en primer lugar, cuando sea posible, sobre el patrimonio del deudor”.

- 21 Según DIEZ PICAZO, L.: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, p. 445, puede definirse la cofianza como la situación en la cual existen varios fiadores que garantizan a un mismo fiador, frente al mismo acreedor y por una misma deuda, encontrándose todos los diversos fiadores en el mismo plano de responsabilidad de la obligación garantizada.
- 22 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 587.
- 23 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, cit., p. 414.

de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente²⁴. El hecho de que la fianza sea solidaria no implica, ni mucho menos, que esta se convierta en una obligación solidaria²⁴ y, por ende, que la garantía quede desnaturalizada o pierda el carácter de accesoriedad²⁵ y de subsidiariedad²⁶.

Entendemos que el afianzamiento no pierde su naturaleza propia, ni que por el hecho de ser solidaria se asimile, completamente, a una obligación solidaria, o que la deuda se divida por cuotas entre deudor y fiador como si se tratara de dos deudores solidarios²⁷ a los que se les aplique el segundo párrafo del art. 1145 CC, en vez del art. 1838 CC. Lo que ocurre es que, en las relaciones internas, el deudor es el obligado principal y el fiador el garante, y en las relaciones externas, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador solidario²⁸.

-
- 24 PASCUAL BROTONS, C.C.: *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Reus, Madrid, 2015, p. 42.
- 25 La fianza solidaria sigue teniendo el carácter de accesoriedad respecto a la obligación principal, porque, como destaca PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Solidaridad en la fianza*, cit., p. 113, al fiador solidario se le sigue aplicando las normas que regulan la fianza, como, por ejemplo, los arts. 1824, 1826, 1849 o 1851 CC, de modo que la fianza estará al albur de la obligación principal que garantiza.
- 26 La STS 8 julio 2014 (RJ 2014, 3731), declaró que “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”.
- 27 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1986, p. 763, dice que, aunque el fiador se obligue de forma solidaria, este no pierde su condición y naturaleza de fiador. En contra, existen resoluciones que, incurriendo en una suerte de reduccionismo, equiparan al deudor principal con el fiador solidario. Al respecto, puede verse el fundamento de derecho segundo de la STS 11 noviembre 1987 (RJ 1987, 8369): “Lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1822 del Código Civil, da paso en realidad, a una situación autónoma, distinta y perfectamente asimilable, hasta el momento del pago, a la relación jurídica que se establece entre el acreedor y los deudores solidarios; en la fianza solidaria la acción contra el fiador es autónoma, y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor; en el supuesto de fianzas solidarias desaparece el beneficio de excusión, y puede el acreedor dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin perjuicio de que éste pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo que hubiese satisfecho por él; y que a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de «in solidum»”; también la SJPI Vitoria 28 noviembre 2017 (JUR 2018, 1050), que expone, refiriéndose a los beneficios de orden, división y excusión, que “renunciados estos beneficios el fiador se coloca exactamente en la misma posición que el deudor”, o la SAP Álava 12 junio 2017 (AC 2017, 494) y SAP Valencia 17 octubre 2018 (JUR 2018, 292476), que dicen que “el fiador solidario que renuncia a estos beneficios se convierte en deudor, y lo hace sin contraprestación alguna, no puede exigir que primero se persigan bienes de quien debe, sin repartir la garantía dada con los demás”. También la SJPI San Sebastián 14 noviembre 2016 (JUR 2016, 265473): “El fiador solidario que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden no es un simple avalista, sino que se transmuta en auténtico deudor”. Otras resoluciones, pese a distinguir la figura del deudor principal respecto a la del fiador, no niegan que la solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión los coloca en una situación parecida, como la SJPI San Sebastián 14 de noviembre 2016 (JUR 2016, 265473), que expresa que “la renuncia a los derechos de excusión, división y orden, coloca al fiador solidario en una situación semejante a la del deudor principal, pese a no serlo, lo que supone un desequilibrio injustificado que perjudica al consumidor”.
- 28 DIEZ PICAZO, L y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2012, p. 500, DE COSSIO Y CORRAL, A. y AA.VV.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, cit., p. 581, COLÁS ESCANDÓN A.M.: “Contratos de garantía”, en AA.VV.: *Tratados de Contratos*, t. IV (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 5143, y LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, cit., p. 418, explicando este último muy gráficamente lo dicho: “A la relación externa entre acreedor y fiador les serían de aplicación los artículos 1.137 y siguientes; a la relación interna entre deudor y fiador les competirían los artículos 1.838 y siguientes”. En el mismo sentido puede verse, la SJM San Sebastián 29 junio 2015 (AC 2016, 19), que, apoyándose en la STS 14 noviembre 1981 (RJ 1981, 4510), dice lo siguiente: “Sin embargo, no se comparte la equiparación entre la posición del fiador que ha renunciado al beneficio de excusión y la del deudor solidario que sostiene la parte actora. Los fiadores

Por otro lado, el beneficio de excusión no tiene lugar cuando se haya constituido la fianza como solidaria, en cuyo caso, según algunas resoluciones, bastaría con que concurra la situación objetiva de incumplimiento, ligada al principio de subsidiariedad, para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador²⁹.

III. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR EN EL AFIANZAMIENTO: PROBLEMÁTICA SUBYACENTE A LA CALIFICACIÓN DEL FIADOR EN LA FIANZA MERCANTIL.

Como dijimos en la introducción de este trabajo, en la práctica forense abundan los contratos de afianzamiento en los que la entidad bancaria, como parte acreedora, establece como condición para conceder un préstamo que los fiadores renuncien a los beneficios de orden, división y excusión, predisponiéndose, además, la solidaridad del afianzamiento, de modo que, a costa de debilitar el carácter subsidiario de la fianza, la entidad bancaria consigue mayores garantías en aras de obtener la satisfacción de su crédito.

Los escenarios que se plantean son variados; desde un matrimonio que desea adquirir una vivienda habitual y contrata un préstamo hipotecario, colocándose los familiares, como los padres, en la posición de fiadores solidarios, hasta empresas que, para obtener financiación, contratan un préstamo, exigiendo el acreedor la perfección de una fianza mercantil³⁰. Estos últimos casos son los que, desde la perspectiva de la consideración de consumidor, plantean más problemas, a la vista de que los fiadores a veces tienen relación con la mercantil prestataria como administradores o socios de la misma. Sin embargo, ocurre otras veces que los fiadores, por los lazos de amistad o parentesco con las personas que encarnan los distintos órganos de la mercantil, aceptan renunciar a determinados derechos desde el altruismo y la generosidad, desconociendo que, con base en la solidaridad

siguen siéndolo a pesar de la renuncia y no se colocan en igual posición que el deudor principal como se explica a continuación. Antes del pago, el fiador puede proceder, a diferencia de un deudor solidario, frente al deudor en determinadas circunstancias (artículo 1.843 del CC) y una vez efectuado el pago, nace en favor del fiador la acción de reembolso del importe satisfecho con intereses y gastos (artículo 1.838 del CC) y la de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor tenía con el deudor (artículo 1.839 del CC); tal y como alega Kutxabank en su contestación. Además, de conformidad con el artículo 1.852 del CC los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Como puede verse, la similitud del fiador con el deudor se da en la relación respecto del acreedor, pero no ha de olvidarse que a través de la fianza se constituye una garantía personal y que de ella nace también una relación entre deudor y fiador dirigida a que este quede reparado de la garantía prestada”.

29 SAP Barcelona 6 noviembre 2014.

30 Según el art. 439 CCom, “será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante”. Afirma con acierto RAGA BLANCH, PV.: *Subrogación por pago y juicio ejecutivo basado en pólizas de contratos mercantiles y escrituras públicas (Fianza, Solidaridad, Acumulación de acciones, Sucesión Procesal, con referencias a la nueva LEC)*, *Revista General de Derecho*, Valencia, 2000, p. 66, que la calificación de la fianza como mercantil atiende a un criterio eminentemente objetivo.

del afianzamiento, se colocan en una situación vulnerable en la que tendrán que responder con todo su patrimonio.

I. Planteamiento de la postura negacionista del carácter de consumidor del fiador.

Los supuestos de afianzamientos de empresas por fiadores sin ninguna vinculación con la mercantil prestataria, efectivamente, son los que mayores controversias han planteado. Existen numerosas resoluciones que, atendiendo al contrato de préstamo y, en concreto, a la condición de los deudores como empresarios o profesionales, consideraban que, al estar vinculado el objeto del préstamo con una actividad empresarial o profesional, este carácter afectaba a los fiadores, aun no teniendo ninguna relación con la mercantil prestataria, de modo que entendían que los fiadores estaban afectados por la naturaleza de la obligación principal o, dicho de otra manera, que el fiador no podía desvincularse del estatuto jurídico por el que se rige esta, vetando así la aplicación de las normas tuitivas de consumidores y usuarios.

Abogando por esta tesis, pueden verse la SAP Pontevedra 15 febrero 2016³¹, el AAP Pontevedra 6 abril 2016³², la SAP Madrid 8 mayo 2014³³ o la SAP Granada 3 octubre 2014³⁴. Esta última, en una interpretación errónea de la STS 8 julio 2014³⁵ y, en concreto, las consecuencias del carácter accesorio y subsidiario de la fianza, niega el carácter de consumidor del fiador por el simple hecho de que el préstamo iba destinado a financiar la actividad empresarial de la mercantil prestataria: “La financiación buscada por la sociedad prestataria, razón por la que se suscribe el contrato de préstamo garantizado con hipoteca con un bien propiedad de la entidad mercantil, excluye la condición de consumidores del avalista dada la naturaleza de obligación accesoria de la fianza respecto al contrato principal”.

También puede verse el AAP Barcelona 5 diciembre 2014³⁶ que dice que “la circunstancia de que quien intervino en el contrato en calidad de fiadora sea una persona física no modifica las anteriores conclusiones porque lo relevante, a los efectos de excluir el contrato de la legislación protectora en materia de consumo, es la condición de no consumidor del prestatario y la naturaleza de la operación financiera, que nítidamente está destinada a servir al tráfico o giro de la empresa prestataria, aparte de que la obligación asumida por el fiador es meramente accesoria de la principal y el mismo ostenta una condición jurídica idéntica, desde

31 SAP Pontevedra 15 febrero 2016 (JUR 2016, 50889).

32 AAP Pontevedra 6 abril 2016 (JUR 2016, 105461).

33 SAP Madrid 8 mayo 2014 (JUR 2014, 234995).

34 SAP Granada 3 octubre 2014 (AC 2014, 2096).

35 STS 8 julio 2014 (RJ 2014, 3731).

36 AAP Barcelona 5 diciembre 2014 (JUR 2015, 62548).

la perspectiva de las obligaciones frente al prestamista, a la de aquel obligado principal. Ello justifica que no sea de recibo la aplicación al contrato de un régimen jurídico distinto según se pretenda su cumplimiento frente al obligado principal o frente a los fiadores³⁷.

En resumidas cuentas, la interpretación que secundaba las citadas sentencias gravitaba sobre los siguientes puntos: En primer lugar, lo que determina la legislación aplicable a los fiadores, aun cuando estos carecen de vinculación con la empresa prestataria, es la naturaleza del contrato principal, de modo que si la actividad financiada por el préstamo tiene carácter empresarial o profesional se excluye, automáticamente, la aplicación de las normas tuitivas de consumidores y usuarios. En segundo lugar, como quiera que la fianza es accesoria respecto a la obligación principal, el afianzamiento debe seguir el régimen del préstamo o contrato de crédito, manteniendo el fiador la misma posición que el deudor principal, de modo que si este es un empresario o profesional aquel correrá la misma suerte, y a la inversa³⁸. Por último, no era admisible, según el planteamiento

37 Similar razonamiento late en el AAP Valencia 17 abril 2015 (JUR 2015, 167600), que dice, en el fundamento de derecho segundo, que “siendo la fianza una obligación accesoria, ha de referirse la cuestión planteada a la principal, esto es, a la contraída por la mercantil prestataria Oremar SA, que lo fue obviamente en el ámbito de su actividad empresarial. El que el destino o finalidad de los 490.000 euros objeto del préstamo fuera la ‘refinanciación de deudas’ no excluye su destino profesional, pues es forzoso colegir que las deudas a cuya refinanciación debía atender aquél eran las contraídas por la misma mercantil en el desarrollo de su actividad empresarial y la parte apelante ni siquiera sugiere que la utilidad del préstamo nada tuviera que ver con el ejercicio empresarial de la prestataria (...) los fiadores o avalistas del préstamo a la mercantil no pueden ser considerados consumidores y no puede por ello serles de aplicación el art. 695 .I.4 LEC, que permite la alegación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato (...) Lo que acabamos de decir es asimismo aplicable a quienes intervinieron como hipotecantes, pues la garantía que ofrecieron no puede ser desvinculada de la operación a la que servía”. En la misma senda el AAP Santa Cruz de Tenerife 21 julio 2015 (JUR 2015, 249138): “La cuestión ya ha sido analizada en varias ocasiones por esta Sección que ha señalado que la condición de fiador y garante hipotecarios del crédito confieren una posición especial en orden al examen del carácter de consumidor, pues dada la naturaleza accesoria de la garantía no es la situación personal del fiador o hipotecante la que atribuye tal condición, sino la que resulta de la obligación garantizada, de manera que ostentará esta condición si esta obligación dimana de una relación de consumo por intervenir un consumidor y un empresario, pero no si garantiza una relación entre empresarios; es decir, lo fundamental no es la condición de consumidor del hipotecantes, sino la del prestatario afianzado con la hipoteca, pues es su condición como tal la que se comunica a la persona física que interviene en esa misma condición como garante”. También puede verse el AAP Barcelona 16 de septiembre de 2011 (JUR 2012, 29198) que, citando la la SAP Barcelona 14 abril 2011 (JUR 2011, 198338), en un caso en el que el prestatario era una mercantil, dice lo siguiente: “Esa legislación tuitiva del consumidor es inaplicable al caso concreto, al no ostentar el prestatario la condición de consumidor. Naturalmente, la naturaleza de la operación financiera no se desnaturaliza en función de que el fiador (ahora ejecutado) sea una persona física”. Posteriormente, el mismo Tribunal ratificó su criterio con el AAP Barcelona 19 enero 2012 (JUR 2012, 87844) y 23 septiembre 2014 (AC 2014, 2268).

38 Puede verse la SAP Madrid 14 marzo 2013 (JUR 2013, 156399), que dice, en el fundamento de derecho cuarto, que “en cuanto a que si les alcanzaria tal calificación como fiadores, teniendo en cuenta que la fianza es un contrato, por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona jurídica en orden al desenvolvimiento de su actividad empresarial, y por lo demás de modo solidario, dado el carácter accesorio del contrato de fianza, que sigue en todo a la obligación principal, el fiador mantiene una misma posición que el deudor principal. No siendo admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios, se apliquen normativas distintas, según la condición de los obligados (deudor principal o fiador)”. En el mismo sentido, el AJPI Madrid 3 febrero 2014 (AC 2014, 379), que reconoce la condición de consumidores a los fiadores por el hecho de que los prestatarios eran personas físicas que adquirieron su vivienda habitual, diciendo que no admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativa distinta. De dicha *ratio* se colige que, efectivamente, si la fianza fuese mercantil y el deudor principal contratara como empresario o profesional, los fiadores correrán la misma

por el que abogan las citadas resoluciones, que a un mismo contrato se le apliquen normas distintas, atendiendo a la condición del fiador, ya que el afianzamiento es una cláusula contractual del contrato de préstamo y no un contrato independiente y autónomo.

Sin embargo, este planteamiento, amén de erróneo, ha quedado obsoleto, tal y como veremos a continuación.

2. El TJUE al rescate del fiador.

Como hemos visto, el planteamiento de las sentencias que negaban, automáticamente, el tratamiento de consumidor a los fiadores obedece, entre otros motivos, a la idea de que el afianzamiento es accesorio respecto al contrato principal, siendo imposible que a un mismo contrato se le apliquen normas distintas.

Sin embargo, como vimos en el apartado en el que tratamos, a rasgos generales, las vicisitudes del contrato de fianza, el carácter accesorio y subsidiario del afianzamiento respecto a la obligación principal no debe desnaturalizar que la fianza, lejos de configurarse como una cláusula del documento contractual del préstamo en el que está inserto³⁹, es un contrato autónomo e independiente, que origina un vínculo obligatorio distinto respecto al contrato principal con el que está relacionado⁴⁰.

suerte, con independencia de que perfeccionaran el afianzamiento desde el altruismo y al margen de cualquier connotación empresarial.

39 SÁNCHEZ PAREDES, M. L.: "Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM I Oviedo 18.2.2010)", *Anuario de derecho concursal*, núm. 21, 2010, p. 375, que mantiene una postura ambigua, postula que la fianza "más que un contrato en sí mismo, es una cláusula añadida a un contrato, dirigida a cubrir los riesgos derivados de la póliza de crédito (...) es una cláusula del contrato de préstamo donde la garantía se otorga asumiendo los fiadores las obligaciones de la sociedad beneficiaria del crédito y de forma solidaria".

40 Véase, *ad exemplum*, la STS 16 junio 1999 (RJ 1999, 4475), que dice que los fiadores, pese al carácter solidario de la fianza, "tienen personalidad distinta de la obligada principal"; en el mismo sentido la STS 22 julio 2002 (RJ 2002, 7476) y, más recientemente, el fundamento de derecho quinto de la STS 27 enero 2020 (RJ 2020, 145), que dibuja el siguiente planteamiento: "Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple, como ha destacado la doctrina, mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)". En el seno de la jurisprudencia europea, es relevante la STJUE 17 marzo 1998 (TJCE 1998, 52), que expone que si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente "ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal". Respecto a la doctrina, la idea de que la fianza origina un vínculo obligatorio distinto respecto al contrato de préstamo con el que está relacionado subyace en la definición de MONSERRAT VALERO, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 51 y 52, que, al tratar del contrato de fianza, dice que "la obligación del fiador (obligación fideiusoria) es una verdadera obligación distinta de la obligación del

A efectos de examinar la posible catalogación como consumidor de un fiador que ha perfeccionado un contrato de fianza mercantil, debemos tener en cuenta que, según el considerando décimo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13), las normas relativas a las cláusulas abusivas, las cuales van destinadas a dotar de una protección más eficaz al consumidor; “deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor”, quedando excluidos “los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades”. Como se puede ver, la Directiva 93/13 no excluye de su ámbito de aplicación los contratos de garantía.

Respecto a la noción de consumidor, la letra b) del art. 2 Directiva 93/13, lo define como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”⁴¹. Sin embargo, respecto al afianzamiento, surgieron varias peticiones que fueron articuladas a través de una cuestión prejudicial ante el TJUE: la primera fue si el concepto de consumidor expuesto comprende a las personas físicas que, no teniendo ninguna relación con la empresa prestataria, asumieron la posición de fiadores en un contrato de fianza mercantil; la segunda gravitó si la Directiva 93/13 comprendía, única y exclusivamente, los contratos de venta de bienes o prestación de servicios, o también estaban bajo su ámbito de aplicación los contratos de garantía, que tiene por objeto, en ocasiones, garantizar la obligación dimanante de un contrato de préstamo cuyo beneficiario o prestatario es una sociedad mercantil.

deudor garantizado (obligación principal) frente a la doctrina más antigua que consideraba que había una obligación con dos deudores”.

41 En el Derecho nacional, el art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), reputaba como consumidores y usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo el art. 1.3 del concepto a “quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. A fin de reforzar la protección de los consumidores y, en concreto, aproximar la ley nacional a las normas comunitarias, se publicó el 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 (TRLGDCU), armonizando el concepto de consumidor respecto a la Directiva 93/13 sin desatender sus particularidades, pues la definición del art. 1.3, pese a asemejarse al concepto comunitario, sigue englobando en el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre que “actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Posteriormente, el concepto de consumidor fue acreedor de una nueva reforma con la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modo que, quedaran amparados por las normas tuitivas, las personas físicas que “actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” y las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica “que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Como dijo recientemente la STS II abril 2019 (RJ 2019, 1364), la noción legal de consumidor que existe actualmente en el TRLCU pone el acento en que el contrato se haya realizado fueran de un ámbito empresarial o profesional y no, como hacía la LCU, en el fin del contrato.

El ATJUE 19 noviembre 2015⁴² dio respuesta a estos interrogantes, diciendo que la protección que brinda la Directiva 93/13 es especialmente importante en aquellos contratos en los que una persona asume personalmente el compromiso de satisfacer la deuda de un tercero, presentándose el contrato de fianza como un contrato distinto respecto al contrato de préstamo principal, de forma que, la calidad en la que actuaron los fiadores, debe apreciarse respecto al contrato de fianza del que son parte o, dicho de otra manera, según un *criterio funcional*, equivalente a valorar si en su relación contractual actuaron al margen de su actividad empresarial o profesional⁴³. Es decir, respecto a la fianza mercantil, dijo el TJUE que el Juez nacional deberá valorar si el fiador actuó por razón de los vínculos funcionales que mantenía con la sociedad prestataria, “como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social”, en cuyo caso la regulación del afianzamiento quedaría extramuros de las normas tuitivas de consumidores y usuarios, o bien, actuó con fines privados o altruistas, al margen de cualquier relación empresarial o profesional⁴⁴.

A la vista de la doctrina del TJUE, queda claro que si un fiador es administrador de la mercantil prestataria quedaría excluido del concepto de consumidor; asimismo, también quedaría excluido, al compás de la doctrina del TJUE, cuando ostenta una participación significativa en el capital social. Dicho esto, cabe preguntarse qué se entiende por *participación significativa*. A nuestro juicio, por participación significativa en la empresa debe entenderse, al margen de cifras numéricas o porcentuales que puede adquirir un cariz relativo y hasta divergente según el cuerpo legal al que nos remitamos⁴⁵, que el fiador, que a la sazón es socio,

42 ATJUE 19 noviembre 2015 (TJCE 2015, 386).

43 Según la RDGRN 13 junio 2019 (JUR 2019, 10150), que se remite a la jurisprudencia del TJUE citada, la averiguación de la condición del fiador a fin de determinar el ordenamiento jurídico aplicable se ha de hacer según su relación “con el objeto garantizado o con su actividad profesional”, y no al compás de la naturaleza de la obligación garantizada por la fianza.

44 Doctrina reiterada en el ATJUE 14 septiembre 2016 (TJCE 2016, 329).

45 Véase, *ad exemplum*, que el art. 151 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedad de Capital (TRLSC) consagra la prohibición de no establecer participaciones recíprocas que no excedan del diez por ciento de la cifra de capital de la sociedad participadas. El art. 174 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores (TRLMV), define participación significa como “aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto atribuidos a las acciones de la empresa o que permita ejercer una influencia significativa en la gestión de la empresa de servicios y actividades de inversión en la que se tiene la participación (...)”, sin embargo, el citado art. circunscribe dicha definición a las empresas de servicios y actividades de inversión española. O el art. 283 del novísimo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), que enumera las “personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica”, diciendo respecto a los socios, en los ordinales 1º y 4º del primer apartado, que se consideraran especialmente relacionados con la persona jurídica los que “conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera” y “los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera”.

tenga una preeminencia en la empresa que pueda influir de manera relevante en su toma de decisiones con potencialidad para que su voluntad, manifestada a través del órgano societario, coincida con la de la empresa, o bien que el fiador tenga un interés profesional o empresarial directo con la operación que garantiza, de modo que pueda sacar algún rédito o beneficio económico.

Sensu contrario, se podría afirmar, desde nuestro punto de vista, que si el fiador garantiza una obligación cuyo deudor principal es la mercantil con la que está vinculado, a aquel se le podría aplicar las normas protectoras de los consumidores y usuarios siempre que la participación o actividad profesional del fiador fuese tan tenue, en relación a la operación y a la mercantil deudora, que pudiese considerarse marginal o residual, de modo que su papel, desde el fin crematístico, fuese inexistente o insignificante⁴⁶.

3. El problema de las personas jurídicas como garantes.

Tampoco debe ser óbice para la aplicación de las normas tuitivas de consumidores y usuarios, aunque el TJUE no se pronunciara al respecto, que el fiador sea una persona jurídica que garantice un crédito ajeno. Hay que tener en cuenta que el art. 3 TRLGDCU, sobre todo a raíz de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el 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 (Ley 3/2014), permite que sean considerados como consumidores las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica "que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". En este sentido, la propia idiosincrasia de la norma española⁴⁷, al contrario de lo que sucede con la letra b) del art. 2 Directiva 93/13⁴⁸, no excluye a las personas jurídicas del concepto de consumidor, pudiendo estas estar protegidas por estas normas tuitivas siempre que, en la operación concreta, actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Según la tesis de algunos autores, como Pagador López, es harto difícil sostener que una sociedad actúe sin ánimo de lucro, a la vista de que, tanto el art. 1655 CC como el art. 116 CCom, dicen que es consustancial a toda sociedad el ánimo

46 Nos remitimos, en el sentido expuesto, a las SSTJUE 20 enero 2005 (TJCE 2005, 24) y 25 enero 2018 (TJCE 2018, 25), que analizan la condición de consumidor cuando la persona que celebra el contrato lo hace para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional.

47 Así lo dice el apartado tercero TRLGDCU: "Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas»".

48 La dicción del instrumento europeo dice que es consumidor "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad".

de lucro⁴⁹. Sin embargo, no estamos de acuerdo con dicha idea, pues, que sea inherente a toda sociedad el ánimo de lucro no es óbice para que, en relación a determinados actos o negocios jurídicos, dicho *animus* brille por su ausencia⁵⁰, como se puede ver, paladinamente, en la donación, donde, siendo elemento característico de este negocio la liberalidad del donante, no hay impedimento para que una sociedad mercantil se configure como donante, más cuando su actuación se guía por motivos altruistas.

Sin embargo, en la proposición “ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial” surge un problema desde la perspectiva de las personas jurídicas, pues en la fianza mercantil, cuyo objeto es garantizar una obligación relativa al comercio, la actividad comercial o empresarial siempre va a estar presente, aun cuando la mercantil fiadora actúe sin ánimo de lucro y al margen de su propia actividad empresarial. Puede ocurrir que una empresa perfeccione con una entidad bancaria un contrato de préstamo con un fin adscrito a su actividad y, siendo requisito esencial para la financiación la perfección de un afianzamiento, otra empresa, que no está vinculada con la prestataria y actuando desde el altruismo, garantice mediante una fianza solidaria y con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, la satisfacción del crédito. El quid de la cuestión, a fin de reputar a esta como consumidor, es la dicción del segundo párrafo del art. 3 TRLGDCU que dice que la persona jurídica podrá ser consumidor siempre que actúe sin ánimo de lucro “en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Como se puede ver, el precepto difiere respecto a lo dispuesto en su primer párrafo, que, tratando la condición de consumidor de las personas físicas, dice que estas deben actuar “con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, de modo que, *stricto sensu*, si una persona física actúa en una actividad comercial o empresarial que no es la suya propia, sino una ajena, podrá ser considerada como consumidor, máxime si no concurre el ánimo de lucro, al contrario de lo que sucede con las personas jurídicas, donde el legislador parece que ha querido “sancionar” con la exclusión de las normas tuitivas cuando la actuación de esta gravite en torno a cualquier actividad profesional o empresarial, aun cuando no sea la suya propia ¿despiste o previsión del legislador español?

Desde nuestro punto de vista, valorando que: (i) Una persona jurídica puede actuar, en una operación concreta, sin ánimo de lucro, movida por fines altruistas;

49 PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 182.

50 PAZ-ARES, C.: “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, en AA.VV.: *Curso de Derecho mercantil*, vol. I (dir. URÍA Y MENÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 471-475. Fue llamativo el caso que desembocó en la SAP Málaga 6 marzo 2015 (AC 2015, 718), que, después de citar el art. 3 TRLGDCU, confirmó la condición de consumidor de una sociedad de responsabilidad limitada, diciendo lo siguiente: “Es una sociedad cuya única actividad es la de bienes inmuebles, concretando el perito Don Ceferino que ‘la sociedad no ejerce ningún tipo de actividad sujeta el Impuesto sobre el valor Añadido, la actividad de la referida sociedad se limita a la mera tenencia de bienes muebles o inmuebles, por lo que tiene la consideración de consumidor final’”.

(ii) que, según el TJUE, es posible reputar como consumidor a fiadores siempre que, en caso de una fianza mercantil, no tenga una participación significativa en el capital social de la prestataria ni encarne ningún órgano de administración; (iii) y, por último, que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, el concepto de consumidor debe interpretarse en relación a la posición de una persona en un contrato determinado y no con la situación subjetiva de dicha persona, “dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto de otras”⁵¹; entendemos que a las personas jurídicas que tengan la condición de garantes se le pueden aplicar las normas tuitivas de consumidores y usuarios siempre que concurren los requisitos esbozados.

4. Práctica de los Juzgados y Tribunales españoles tras la jurisprudencia del TJUE.

A partir del canon hermenéutico del TJUE en torno a los fiadores podemos afirmar que nuestros Tribunales han secundado un criterio uniforme en torno a dicha doctrina, salvo alguna excepción, siendo una de ellas la que desembocó en la STC 75/2017, de 19 de junio⁵², donde el recurrente en amparo denunció que se había infringido, amén del derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, ya que el AAP La Rioja 29 enero 2016 no aplicó las resoluciones del TJUE citadas anteriormente, reputando como profesionales a unos hipotecantes que, lejos de tener una vinculación con la mercantil prestataria, carecían de relación con esta⁵³. El Alto Tribunal, como no podía ser de otro modo, tachó la resolución objeto de recurso como arbitraria e irrazonable, al no aplicar injustificadamente el concepto de consumidor cristalizado en la Directiva 93/13, concediendo el amparo al recurrente y declarando la nulidad de las resoluciones objeto de recurso⁵⁴.

51 SSTJUE 3 julio 1997 (TJCE 1997, 142), 20 enero 2005 (TJCE 2005, 24), y 25 enero 2018 (TJCE 2018, 25).

52 STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75).

53 El AJPI núm. 2 de Logroño 17 octubre 2013 dijo que “no puede considerarse a estos efectos que sea aplicable la normativa de consumidores y de usuarios, puesto que los hipotecantes avalistas lo son de una mercantil —la sociedad ejecutada— en una operación crediticia de la sociedad con finalidad mercantil... Por tanto, no considerándose consumidores y no tratándose de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, aunque el objeto de la hipoteca sea la vivienda habitual de dos ejecutados, no puede considerarse que los intereses moratorios pactados sean abusivos, siendo la sanción pactada por el incumplimiento”. Dicho auto fue objeto de un recurso de apelación, que desembocó en el Auto Audiencia Provincial La Rioja 29 enero 2016, que, desestimándolo, razonó que los recurrentes, aun siendo personas físicas, no ostentan la condición de consumidores, ya que garantizaron mediante hipoteca un crédito concertado en beneficio de una sociedad mercantil y, en consecuencia, no le es aplicable el control de abusividad de las cláusulas contractuales impuesto en la Directiva 93/13 ni en la Ley de condiciones generales de la contratación, que indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos celebrados con consumidores”.

54 Nos remitimos al fundamento de derecho cuarto de la STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75): “Además, el órgano judicial conocía de la existencia de esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues el mencionado Auto de su Sala Sexta fue debidamente aportado por los recurrentes en el escrito instando el incidente de nulidad de actuaciones y, por tanto, formaba parte del objeto de debate. En suma, en el momento de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones el órgano judicial conocía que un pronunciamiento del Tribunal de Justicia declaraba de forma explícita que las personas

Al margen de dicha resolución, los Tribunales han reconocido a los fiadores el carácter de consumidores siguiendo la exégesis del TJUE. Así, y siguiendo a la jurisprudencia *stricto sensu*, la STS 28 mayo 2018⁵⁵ fue una de las más interesantes, pues se trataba de un supuesto de cofianza mercantil solidaria donde los administradores de la mercantil prestataria eran fiadores, también algunos de sus socios y, por último, una fiadora que no tenía ninguna posición de gerencia ni participación en la empresa. Respecto a los fiadores que eran administradores y tenían una participación del 25% en la mercantil deudora, el Tribunal Supremo descartó su condición de consumidores, pues, valorando que la finalidad del préstamo era la financiación del activo circulante de la empresa prestataria, era evidente que los socios tenían un interés en dicha operación, amén de un vínculo funcional con la mercantil. Sin embargo, respecto a la fiadora, que no tenía ningún tipo de relación con la mercantil, afirmó su condición de consumidor, estimando a su vez la ineficacia de la cláusula suelo que fue objeto de recurso.

5. El supuesto particular del fiador que es cónyuge del administrador o socio de la mercantil prestataria.

Ahora bien, cabe plantearse lo siguiente: ¿Podría reputarse consumidor al fiador que, careciendo de vinculación o participación significativa en la empresa prestataria, es cónyuge del administrador o de un socio con una participación relevante? Este supuesto ha llegado varias veces al Tribunal Supremo, como tuvo de oportunidad de analizar la STS 7 noviembre 2017⁵⁶, donde se denunció por abusivas determinadas cláusulas de un préstamo hipotecario. Dicho préstamo, cuyos prestatarios era un matrimonio, tenía como finalidad unificar en una sola operación diversas deudas contraídas por el marido en el ejercicio de su actividad empresarial, que solo ejercía este. Ante la vindicación de la condición de consumidor de la esposa, prestataria e hipotecante, el Alto Tribunal se planteó si esta intervino fuera de una actividad empresarial o profesional. Para resolver dicha

físicas pueden ser consideradas consumidoras a efectos de su debida protección frente a las cláusulas contractuales abusivas, siempre que no actúen en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad de la que resultan garantes. Frente a todo ello, el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja ni cita, ni valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Dumitru Tarcău*, sino que se limita a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otras Audiencias Provinciales anteriores a esta resolución comunitaria y a concluir que los recurrentes no ostentan la condición de consumidores ya que garantizaron un crédito concertado por una sociedad mercantil y, por consiguiente, no le es de aplicación la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas contractuales abusivas. El órgano judicial tampoco valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de que la demandante de amparo le había instado a ello invocando expresamente el referido Auto del Tribunal de Justicia (...). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar siquiera la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto *Cifit*, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal”.

55 STS 28 mayo 2018 (RJ 2018, 2281).

56 STS 7 noviembre 2017 (RJ 2017, 4763).

controversia, se remitió a los arts. 6 y 7 CCom y al art. 1365.2º CC, en relación al art. 21 CCom, diciendo que, como quiera que de los ingresos de la actividad empresarial del marido se nutre la economía familiar, la recurrente había prestado su consentimiento, aun tácitamente, a fin de que los bienes resultantes de estos ingresos respondieran de la deuda derivada del préstamo, motivo por el cual entiende que esta no podía acogerse a las normas relativas a los consumidores y usuarios. En cambio, en la STS 28 mayo 2018, analizada anteriormente, se consideró que la fiadora, que era cónyuge del administrador de la mercantil prestataria, si tenía la condición de consumidor; al socaire de que no desempeñaba ningún cargo orgánico ni tenía una participación significativa en la sociedad.

Dada dicha vacilación jurisprudencial, la STS 28 mayo 2020⁵⁷ acogió el planteamiento de la STS 7 noviembre de 2017, en un litigio en el que el prestatario era una sociedad unipersonal donde el marido era socio único y la esposa perfeccionó un afianzamiento que garantizaba un préstamo de la mercantil, estando ambos casados en régimen de gananciales. El Tribunal consideró que, al poseer la esposa la cotitularidad del capital social de la mercantil deudora, como consecuencia de la sociedad de gananciales, y tener que responder personalmente de la deuda, no se podía afirmar que esta era ajena a la empresa o, en palabras del TJUE, que carecía de cualquier participación en su capital social o de una relación funcional con la prestataria⁵⁸. Interpretando el criterio jurisprudencial *sensu contrario*, se colige que si el fiador está casado en régimen de separación de bienes con el administrador o socio de la mercantil prestataria, no siendo de aplicación los arts. 1347.1º y 1365.2º CC, y aquel ha mostrado su oposición expresa al ejercicio del comercio por parte del cónyuge, de conformidad con el art. 7 CCom, el fiador podría ser considerado un consumidor en la fianza mercantil, pudiendo los Juzgados y Tribunales valorar el carácter abusivo de las cláusulas relativas a la extensión de la fianza.

IV. EL PACTO DE SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN COMO CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Según el art. 3.1 Directiva 93/13 “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. El art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), define las condiciones generales como “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia

⁵⁷ STS 28 mayo 2020 (RJ 2020, 1345).

⁵⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente el AAP Valencia 25 mayo 2020 (JUR 2020, 233322).

de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Prima facie, podría decirse que la fianza, como tal, no es una condición general de la contratación, ya que ha sido objeto de negociación por las partes, gozando el fiador de la libertad de contratar, pues rara vez desconocerá este que ha prestado el consentimiento para perfeccionar un contrato de fianza. Este es el planteamiento de la SAP Valencia 14 junio 2016⁵⁹ que, apoyándose en que la fianza es un contrato autónomo y no una cláusula contractual, excluye la normativa de consumidores y usuarios del ámbito de aplicación de la misma, diciendo que el consumidor debió haber sustentado su acción en las normas generales de nulidad de los contratos y no fundamentándola en el carácter abusivo de sus cláusulas⁶⁰.

A nuestro juicio, aunque la sentencia parta de la tesis correcta de que el afianzamiento es un contrato y no una cláusula del contrato de préstamo en la que está documentalmente inserta, el hecho de que el mismo no se puede catalogar, por ser un contrato autónomo, como una condición general de la contratación, no es óbice para que determinadas cláusulas, como el pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión⁶¹, puedan ser consideradas como tal, al ser posible, y habitual, que al fiador le resulte negada la posibilidad de negociar el contenido y extensión de la fianza⁶², siendo posible así someter dichas cláusulas al triple control de incorporación, transparencia y abusividad, tal y como veremos posteriormente.

59 SAP Valencia 14 junio 2016 (JUR 2016, 215304).

60 Así lo expresa el fundamento de derecho segundo: “La doctrina sobre la fianza expuesta concluye que la fianza es un contrato autónomo, típico, regulado en el Código Civil en los arts. 1822 a 1856 CC y no una cláusula contractual. Por ello, la acción de nulidad de la fianza no puede sustentarse a través de la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales con base en la normativa de consumidores, pues no es parte de un contrato sino un contrato en sí, que liga al fiador con el acreedor, que podrá ser impugnado a través de las normas generales de nulidad de los contratos (arts. 1300 y ss. Código Civil). Dado que la parte actora ha sustentado su pretensión en la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales y no en la acción de nulidad de los contratos procede desestimar el recurso de apelación planteado”.

61 Debe distinguirse la fianza en sí misma considerada del pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, pues pese a que aquella, naturalmente, difícilmente podrá reputarse como una condición general de la contratación, ello no es óbice para que determinados aspectos de lo que algunos autores bautizaron como “relación obligatoria de fianza”, pueda ser conceptuados como tal. Puede verse, respecto a la terminología acuñada, GARCÍA-CUECO MASCARÓS, J.: “La fianza”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, vol. 3º (COORD. J. F. DELGADO DE MIGUEL), Civitas, Madrid, 2001, pp. 518 y ss.

62 Es interesante el punto de vista de PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., pp. 102-104, que dice en la contratación mediante condiciones generales de la contratación “una de las partes no llega a autodeterminarse libremente con toda la plenitud que el ordenamiento presupone; o sea, que se puede afirmar que desaparece típicamente la posibilidad de libre autodeterminación plena para la parte adherente y en su lugar se produce una heterodeterminación unilateral a cargo del predisponente”. En opinión del citado autor, el proceso de conformación contractual mediante condiciones generales justifica un control de contenido, ya que “el adherente puede decidir si contrata o no (libertad de decisión negocial) pero le resulta negada la posibilidad de contribuir a conformar la reglamentación negocial reguladora de la relación contractual que establece”. Este planteamiento maneja, entre otras, la SAP Pontevedra 14 mayo 2014 (JUR 2014, 145294): “Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual”.

Igualmente, la SAP Barcelona 6 noviembre 2014, descarta que las renunciaciones a los beneficios de orden, división y excusión se traten de condiciones generales de la contratación, argumentado que la fianza, con tales renunciaciones, es una modalidad prevista en los arts. 1831 y 1832 CC y que la solidaridad de la misma es lo más habitual en dichos contratos⁶³. Resulta curioso, como sucede en este caso, que algunas resoluciones apelen al carácter habitual de la solidaridad en la fianza como argumento a fin de negar al pacto de solidaridad el tratamiento como condición general de la contratación, pues, precisamente, por ser habitual en la práctica bancaria, con el objeto de reforzar la garantía personal, se está reconociendo que las entidades bancarias predisponen la solidaridad con una vocación de ser incorporada a una pluralidad de contratos, estando presente la nota de "generalidad" propia de las condiciones generales de la contratación.

Es ilustrativa, por su exégesis, la SJM Barcelona 17 diciembre de 2015⁶⁴, que dice, en su fundamento de derecho segundo, respecto al tratamiento como condición general de la contratación de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, que "el fiador no tiene capacidad alguna para negociar la incorporación de esa cláusula de renuncia de tales derechos, sino que forma parte de las condiciones económicas que le ofrece el banco para concederle al deudor principal la financiación requerida, a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante una cláusula impuesta y por tanto, ante una condición general de la contratación, lo que permite entrar en el control de su posible abusividad"⁶⁵.

63 Véase el fundamento de derecho segundo: "No podemos aceptar, por tanto, que la cláusula 12ª 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. El hecho de que la cláusula impugnada se refiera al objeto principal del contrato no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el contrato (sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013)). Lo que rechazamos es que en este caso el aval, en su modalidad de fianza solidaria con renuncia a los beneficios de orden y división, fuera impuesta por una de las partes y con la 'finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos' (artículo 1 de la LCGC)".

64 SJM Barcelona 17 diciembre de 2015 (JUR 2016, 100741).

65 Lo explica también magistralmente la SJM Segovia 28 marzo 2016 (JUR 2016, 72022): "La doctrina expuesta es suficiente para concluir, sin necesidad de ningún esforzado examen analítico, que tanto el contrato de crédito mercantil de 30 de diciembre de 2003 cuanto la póliza de préstamo de 16 de diciembre de 2008, cualquiera que sea la rúbrica que los encabece, son contratos de adhesión que fueron celebrados entre una entidad bancaria -como profesional o predisponente- y usuarios de servicios financieros -los deudores principales y los fiadores fueron adherentes- que contienen condiciones generales de contratación. En efecto, la simple lectura de las cláusulas contenidas en ambos contratos evidencia que estamos ante estipulaciones que no sólo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas de antemano por la entidad financiera demandada, sin que la contraparte haya podido influir en su contenido, por más que lo haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha. Estamos en presencia de cláusulas que no dejan margen alguno a la negociación o debate precontractual, sino que se limitan a imponer una situación dada que, o se toma o se deja, sin margen al

V. EXAMEN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE EXTENSIÓN DEL AFIANZAMIENTO.

A tenor del art. 82.1 TRLGDCU “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. En el caso de que el fiador tenga la condición de consumidor, para valorar si el pacto de solidaridad o las renunciaciones a los citados derechos de orden, división y excusión pueden ser abusivos, deberá efectuarse el triple control de incorporación, transparencia y abusividad⁶⁶.

Atendiendo a ello, en las próximas líneas se expondrán los requisitos que deben reunir las cláusulas relativas al afianzamiento para que puedan declararse abusivas.

I. Control de inclusión y de transparencia.

Siguiendo a la doctrina, el control de incorporación no trata de garantizar, necesariamente, un conocimiento pleno por el consumidor del contenido de las cláusulas predispuestas, sino de que este conozca que existen y que tenga, al menos, la posibilidad de conocerlas⁶⁷. Los requisitos que deben tener las cláusulas no negociadas individualmente para superar el control de incorporación, según el art. 80 TRLGDCU y arts. 5 y 7 LCGC, son: claridad, concreción, accesibilidad, legibilidad, sencillez de la redacción y comprensión. Todo ello con el fin de atender a una transparencia formal, siendo preciso que se utilicen accidentes tipográficos como el uso de negrita, una redacción clara y una letra igual o superior al milímetro y medio, de modo que el consumidor tenga conocimiento de la reglamentación que disciplina el contrato que perfecciona.

Además del control de incorporación, las cláusulas del contrato de fianza deben superar el control de transparencia⁶⁸, que, aun relacionado con el primero,

cruce de propuestas que pudiera derivar en un acuerdo resultante de mutuas cesiones y contraofertas. La redacción literal de las cláusulas no recoge concesión alguna a la posición contractual de los deudores y fiadores. Es pues inverosímil que, atendido el tenor literal de las cláusulas, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real”.

66 Es reiterada la jurisprudencia que declara que los controles de transparencia real y de contenido o abusividad, única y exclusivamente, cabe hacerse en los contratos celebrados con consumidores, pudiendo citarse, entre otras, las SSTs 3 junio 2016 (RJ 2016, 2306), 20 enero 2017 (RJ 2017, 926), 23 noviembre 2017 (RJ 2017, 6184), 28 mayo 2018 (RJ 2018, 2281).

67 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Artículo 80”, en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 696 y 697.

68 En palabras de la STJUE 23 abril 2015 (TJCE 2015, 179): “Esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva, no siendo suficiente un control de «transparencia formal», sino también de «transparencia real”.

debe distinguirse⁶⁹, implicando este filtro que la cláusula contractual no solo sea comprensible en el plano formal y gramatical, sino que el consumidor, que se encuentra en una situación de inferioridad respecto al empresario, pueda conocer, de manera concreta, el mecanismo de la cláusula y la repercusión económica que tendrá, a fin de que tenga posibilidades de valorar las consecuencias que puedan derivar para él⁷⁰ y pueda, en palabras de Plaza Penadés, dar un “consentimiento informado”⁷¹.

Realizadas estas aportaciones introductorias sobre el control de incorporación y de transparencia, cabe preguntarse si un consumidor medio sabría distinguir entre una fianza simple y solidaria, su distinta repercusión económica, así como el significado de los beneficios de orden, división y excusión, y las consecuencias de renunciar a los mismos. Dicha cuestiones no son baladíes en el presente trabajo, ya que, atendiendo a la práctica forense, son numerosas las cláusulas relativas al afianzamiento predisuestas con un lenguaje netamente jurídico, sin accidentes tipográficos y sin explicar previa ni coetáneamente al consumidor qué supondría, ante el incumplimiento del deudor principal, la fianza solidaria en contraposición a la simple⁷².

69 SSTS 9 de mayo 2013 (RJ 2013, 3088) y 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714).

70 Así lo expresó la STS 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857), que dijo que el control de transparencia tiene por objeto que “el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”. También la STS 9 de mayo 2013 (RJ 2013, 3088), que en el fundamento de derecho decimosegundo decía lo siguiente: “La transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (...) la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. En el mismo sentido se ha pronunciado las SSTJUE 30 de abril 2014 (TJCE 2014, 105), 23 abril 2015 (TJCE 2015, 179) y 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171), diciendo esta última que “la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”.

71 PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario la Ley*, núm. 8112, junio 2013, p. 9. ÁLVAREZ MORENO, M^a. T.: *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, p. 44, habla, en relación a la finalidad del deber de información, de “consentimiento consciente”.

72 En aras de dotar a este trabajo de un enfoque práctico y que el lector pueda hacerse una idea cabal sobre las prácticas bancarias en relación al afianzamiento, a continuación exponemos un fragmento de los contratos de fianza que predominan en la práctica forense: “El/Los Fiaador/es consignando/s en el apartado correspondiente garantiza/n al Banco el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el/los beneficiario/s del préstamo constituyéndose en consecuencias, mientras no quede reembolsada la operación, en fiador/es solidario/s del/de los Prestatario/s, con igual carácter solidario ente si y con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división y cualesquiera otros que, con carácter general o particular, pudieran corresponderles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 439 y siguientes del Código de Comercio y 1.144, 1.822, 1.831 y 1.837 y concordantes del Código Civil, relevando además al Banco de toda notificación por falta de pago del/de los mencionado/s beneficiario/s del préstamo”.

A) Presunción de conocimiento por el consumidor de la repercusión de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.

Existen muchas resoluciones que, sin entrar a valorar el control de contenido, que luego analizaremos, estiman que el pacto de solidaridad o las meritadas renunciaciones supera el control de transparencia real, a pesar de que el documento contractual no explique al consumidor, en la esfera del profano, la relevancia de perfeccionar una fianza solidaria, en contraposición a la simple, o lo que implica las renunciaciones a los beneficios de orden, división y excusión. Así, entre las sentencias y autos que han recaído sobre el particular, existen numerosas resoluciones que presuponen el conocimiento del consumidor en torno al carácter solidario de la fianza con base a que esta es la más habitual en los contratos de préstamos bancarios que garantizan o que, simplemente, el hecho de que la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión esté reconocido en el Código Civil la convierten en transparente, no faltando tampoco resoluciones judiciales que presuponen el conocimiento del fiador por el simple hecho de que la solidaridad y la fianza delimita esencialmente la naturaleza y el alcance de la fianza⁷³.

Ejemplo de lo expuesto lo tenemos en el AAP Castellón 27 junio 2016⁷⁴, que consideró que la fianza solidaria predispuesta por la entidad bancaria era transparente, aludiendo a que el término “fianza solidaria” no era de difícil entendimiento⁷⁵. También analiza el control de transparencia la SJM Barcelona 17 diciembre 2015, que, pese a reconocer que las renunciaciones a los beneficios de orden, división y excusión se redactó en términos jurídicos, manifiesta que la cláusula no adolece de falta de transparencia, ya que las citadas renunciaciones están reconocidas en el Código Civil y, en todo caso, la ignorancia de ella no exime de su cumplimiento, aduciendo, además, que dicha práctica en relación al afianzamiento se ha convertido en regla general⁷⁶. Otras resoluciones, como la

73 Así lo dice el fundamento de derecho tercero de la SJM Barcelona 13 julio 2016 (JUR 2016, 229313): “Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula que define la naturaleza y alcance de la obligación del fiador, entiendo que el consumidor medio se percató de su importancia, pues delimita la responsabilidad del aval prestado, aun cuando éste sea accesorio respecto de una obligación principal, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato”.

74 AAP Castellón 27 junio 2016 (JUR 2016, 211484).

75 Si atendemos al fundamento de derecho primer *in fine* del citado Auto, podemos ver que la solidaridad se dispuso del siguiente modo: “Dña. Lina se constituye en garante solidario en todas las obligaciones contraídas en la presente escritura por la Parte prestataria, con expresa renuncia a los beneficios de división, excusión y orden”. Ante dicha cláusula, redactada en términos jurídicos, el Tribunal dice, en el fundamento de derecho segundo, lo que sigue: “Entendemos que pasa todos los filtros de transparencia porque el término ‘fianza solidaria’ no puede considerarse de difícil entendimiento (que es en el efecto en que se concreta el desarrollo normativo posterior), se destaca, se inserta en una breve condición contractual destinada exclusivamente a fijar esta garantía personal y es precisamente su prestación la razón de ser de la intervención de la oponente en el otorgamiento de la escritura de préstamo, lo que ya de por sí desmonta por completo la construcción de la posición de la parte recurrente”.

76 Así lo manifestó el siguiente pasaje del fundamento de derecho sexto: “Es más, aunque si bien es cierto es que tal renuncia es la excepción en el Código Civil, no es menos cierto que tal excepción se ha convertido en la regla general hasta el punto que si hiciéramos una encuesta a la gente de qué significa ser fiador de alguien, la mayor parte definiría tal figura como responder por otra en caso de impago, es decir, en el sentir

SJM San Sebastián 29 junio 2015⁷⁷, hablan del deber de autoresponsabilidad del consumidor, esgrimiendo que si el fiador hubiese sido diligente a la hora de firmar se habría percatado de que renunciaría a determinados beneficios⁷⁸.

Similar exégesis ha secundado el Tribunal Supremo recientemente. Así, en la STS 27 enero 2020⁷⁹, donde analizó la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión en un litigio en el que, por razones temporales, era de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), manifestó, en resumidas cuentas, que basta, para que se cumpla el control de incorporación y de transparencia, con que el encabezamiento de la cláusula relativa al afianzamiento vaya acompañada de accidentes tipográficos, como el uso de mayúscula y negrita, además de que las citadas renunciaciones estén dotadas de una explicación breve sobre sus consecuencias, siendo suficiente con que se exprese, en palabras de la citada sentencia, que el acreedor podrá “dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos”⁸⁰. Días después, el Alto Tribunal confirmó el anterior criterio, en la STS de 12 de febrero de 2020⁸¹, donde, pese a afirmar que el control de transparencia en relación a la fianza va ligado a que el fiador solidario sea consciente de que si el deudor no paga aquel responderá en las mismas condiciones que este, pudiéndole reclamar el acreedor la totalidad de la deuda, entiende que, dado que la fiadora era también coprestataria solidaria en otros dos préstamos con garantía hipotecaria con la misma entidad, aquella conocía que la fianza solidaria era condición esencial para la concesión del préstamo⁸².

Desde nuestro punto de vista, y mostrando nuestro rechazo a la línea seguida por el Tribunal Supremo, la exigencia de que la incorporación de las condiciones generales de la contratación sea transparente no debe reducirse a que resulten comprensibles en el plano formal y gramatical, sino que, de acuerdo con la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al

general, ya 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”. En el mismo sentido puede verse la SJM Barcelona 17 diciembre 2015 (JUR 2016, 100741), SAP Cáceres 20 mayo 2016 (JUR 2016, 153872), SAP Guipúzcoa 24 julio 2015 (JUR 2015, 211415).

77 SJM San Sebastián 29 junio 2015 (AC 2016, 19).

78 Así lo dice el fundamento de derecho cuarto: “Valoro que quien firma un contrato como fiador de manera diligente debe prestar especial atención al texto de la escritura dedicado específicamente a su posición, al tratarse de la estipulación que determina el alcance de su obligación concreta como fiador. La cláusula es breve pero de forma clara especifica la renuncia y posibilita que los consumidores se percaten de que, con la firma, dejan de lado ciertos beneficios de los que hubieran sido titulares. Se tiene presente también que nos hallamos ante un contrato autorizado por Notario ante quien pueden aclararse los términos de afianzamiento en cuanto a sus límites en caso de albergar cualquier duda”.

79 STS 20 enero 2020 (RJ 2020, 145).

80 Nos remitimos al punto cuarto del fundamento de derecho sexto.

81 STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 329).

82 Se remite a la jurisprudencia citada el AAP Castellón 11 junio 2020 (JUR 2020, 230685), para desestimar la petición del consumidor que había perfeccionado varios contratos de fianza.

predisponente o profesional, aquel conozca, de modo claro y comprensible, las condiciones contractuales y las consecuencias de la perfección del contrato en los términos redactados por el predisponente, con información suficiente en aras de que decida si desea o no quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas previamente⁸³.

B) *Hacia un control de transparencia real de las cláusulas de extensión del afianzamiento.*

Desde nuestro punto de vista, a fin de valorar si la entidad bancaria en los contratos de afianzamiento cumple el control de incorporación y de transparencia, nos debemos remitir a los arts. 80 TRLGDCU y 7 LCGC. El primero de ellos dispone que las cláusulas no negociadas individualmente deben estar redactadas con concreción, claridad y sencillez, ser accesibles y legibles, no cumpliendo este requisito “si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”⁸⁴. Además, es importante la letra b) del art. 7 LCGC, que, sancionando con la no incorporación las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, dispone que podrán ser incorporadas si el adherente la acepta expresamente y “se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito de la necesaria transparencia de las cláusulas contenida en el contrato”.

Esta última remisión nos conduce a la normativa bancaria y, en concreto, a la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (Circular 5/2012), que establece que el contenido de la fianza debe ser objeto de un mínimo de información contractual, a fin de que el fiador adopte una decisión informada sobre las distintas obligaciones que va a asumir⁸⁵. Así, la letra a) del apartado 2.7, norma sexta, Capítulo III, de la Circular 5/2012, exige que la entidad bancaria indique “la delimitación clara y detallada de la obligación cuyo cumplimiento se comprometa a garantizar la entidad, así como la identificación del afianzado o titular de esa obligación y del beneficiario de la garantía otorgada”, disponiendo la letra b) que se ha de hacer constar, obligatoriamente, “el contenido y extensión de la garantía (...) explicitándose de manera precisa los supuestos y requisitos necesarios para poder instar la ejecución de la misma”, y, en particular, “si se reconocen o no a la

83 Puede verse SSTJUE 21 marzo 2013 (TJCE 2013, 93), 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105), 23 abril 2015 (TJCE 2015, 179), 21 diciembre 2016 (TJCE 2016, 309), 20 septiembre 2017.

84 La STS 5 julio 1997 (RJ 1997, 6151), tachó como nula una cláusula de sumisión expresa por no reunir, entre otras cosas, el control de incorporación, diciendo que no puede afirmar que se cumplió el requisito de concreción, claridad y sencillez en la redacción, previsto en el art. 10.1. letra a) LGDCU, si “la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo”.

85 Véase el apartado 2.7. de la norma sexta, del Capítulo III, de la Circular 5/2012, que consagra la información precontractual en los supuestos de “avales, fianzas y garantías”.

entidad garante los beneficios de división, excusión, orden o, en su caso, plazo, y se explicarán de forma comprensible las consecuencias derivadas de cada una de esas circunstancias”.

En resumidas cuentas, y mostrando nuestro rechazo a la idea que albergan algunos Juzgados y Tribunales en torno a la presunción de conocimiento por el consumidor de la fianza solidaria, al amparo de su habitualidad, o que la solidaridad es consustancial al afianzamiento en los contratos bancarios, sin los beneficios de orden, división y excusión⁸⁶, consideramos que el contrato de fianza, con las citadas renunciaciones, debe ser legible y comprensible no solo para un jurista o una persona que cuente con las herramientas técnico-semánticas necesarias, sino para cualquier consumidor⁸⁷, sin que pueda estimarse que cumple el control de transparencia expresiones como “obligados al pago solidariamente”, “con renuncia a los beneficios de orden, división o excusión” o citándose los preceptos del Código Civil que contemplan dichas renunciaciones⁸⁸, pues no son términos o preceptos que sean de común conocimiento. Se trata de que las entidades bancarias actúen, y así lo puedan acreditar⁸⁹, leal y equitativamente con el consumidor, sin prevalerse de

86 Esta idea late, sin perjuicio de las resoluciones citadas anteriormente, en la SAP León 25 junio 2020 (JUR 2020, 241146), que dice lo siguiente: “Pues bien, en primer lugar, debe concluirse que el contenido del contrato de afianzamiento es claro, constando claramente el carácter solidario de la fianza, expresándose en el mismo que, en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, los fiadores que suscriben el presente documento se obligan solidariamente entre sí y con cada uno de los prestatarios, renunciando expresamente a los beneficios de excusión, orden, división y notificación de incumplimiento. Asimismo, aunque es cierto que la renuncia es la excepción en el código civil, es claro que se ha convertido en la regla general, siendo perfectamente comprensible para un consumidor medio y sin especiales conocimientos bancarios, como es el demandado, que el fiador solidario debe tener que responder por otro en el caso de impago. Por ello, no puede sostenerse que la cláusula pactada no fuera el producto de un proceso de negociación aceptado por el fiador que interviene en el contrato en ese concepto y que no se extendiera al régimen de la fianza, cuando este es uno de los tipos expresamente previstos en el código civil, siendo la fianza solidaria y sin beneficio de excusión y división la modalidad más habitual en este tipo de contratos. Además, por la naturaleza del contrato, no puede esperarse del mismo ningún tipo de contraprestación, a diferencia de otro tipo de contratos en los que existen obligaciones recíprocas y correspondientes para ambas partes contratantes. Por lo tanto, debe considerarse que es un pacto expresamente aceptado y que supera el control de contenido de las condiciones generales de la contratación pues su inclusión en el contrato no puede considerarse abusiva sino consustancial al propio negocio de afianzamiento en este tipo de contratos de crédito. Asimismo, y en cuanto a los beneficios de excusión, orden y división contenidos en la cláusula, aun cuando se alegue desconocimiento de su significado por el demandado, al no tener conocimientos bancarios, y tratarse de una persona de edad avanzada que ha trabajado en un sector totalmente distinto, estos no afectan al alcance del afianzamiento, que en todo caso tendrá el carácter de solidario”.

87 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, cit., p. 2012, dice, al hablar del control de transparencia, que “el estándar objetivo de comprensibilidad debe ser el del contratante medio”, pudiéndose definir este, en palabras del citado autor, “como una persona honrada, de inteligencia y nivel cultural medio y jurídicamente inexperta. A renglón seguido, el autor, al tratar la citada STS 27 enero 2020, tacha la renuncia a los beneficios excusión y división como conceptos eminentemente jurídicos.

88 Recientemente, la SAP Barcelona 26 junio 2020, citada anteriormente, reputó transparente una cláusula donde existía la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión porque, simplemente, se trata de una posibilidad prevista en el Código Civil: “No podemos aceptar, por tanto, que la cláusula cuestionada 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”.

89 Según el segundo párrafo del art. 82.2 TRLGDCU “el empresario que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. La STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 20142), dijo, en relación al precepto citado, que “para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que

su superior posición negociadora, máxime cuando lo contrario implicaría que la parte más débil, merced a la opacidad propia de la contratación en masa, renuncie, en beneficio del acreedor, a determinados derechos reconocidos por el legislador patrio desde el S. XIX, respondiendo con todo su patrimonio de una deuda que, en ocasiones, ha garantizado desde la gratuidad y el altruismo, inherente a compartir una relación de consanguinidad, familiar o amistad con el deudor principal.

Esta sensibilidad con el fiador que tiene la condición de consumidor la comparte la SJM Segovia 28 marzo 2016⁹⁰, la cual dice que, generalmente, un consumidor medio entenderá, al perfeccionar una fianza, que responderá en caso de que no lo haga el deudor principal con todo su patrimonio y, en caso de existir hipoteca, con el bien hipotecado, de modo que, si mediara una negociación leal y equitativa, con la debida transparencia, difícilmente podría sostenerse que el fiador aceptara dichas renunciaciones. La SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015⁹¹ mantiene la misma tesis, diciendo que, según el diccionario de la Real Academia Española, por fiador, siguiendo la acepción segunda, debe entenderse "persona que responde por otra de una obligación de pago, comprometiéndose a cumplirla si no lo hace quien la contrajo"; por ello, es lógico y razonable, en palabras de la sentencia, que un consumidor medio entienda cuando firma una fianza que deberá responder en caso de que no cumpla el deudor principal, entendiéndose que si no hay explicación sobre la significación jurídica y económica de las renunciaciones o que las mismas era condición esencial para conceder el crédito, el control de transparencia no puede entenderse cumplido, procediendo posteriormente el control de abusividad de las cláusulas⁹².

Otras resoluciones, como la SJM San Sebastián 29 junio 2015⁹³, exponen, como argumento para desestimar la vulneración del control de incorporación y de transparencia, que el contrato de afianzamiento fue autorizado por un Notario "ante quien pueden aclararse los términos de afianzamiento en cuanto a sus límites en caso de albergar cualquier duda". Desde nuestra óptica, el deber de transparencia debe predicarse del predisponente y del modo en el que están dispuestas, redactadas e insertas las cláusulas cuya nulidad se vindica, sin que se pueda delegar en la función notarial, cuya tramitación en el otorgamiento de la escritura a veces se conduce a velocidad de órdago, propia de la burocracia notarial

el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor (...) y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación".

90 SJM Segovia 28 marzo 2016 (JUR 2016, 72022).

91 SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015 (JUR 2015, 269085).

92 Meses después el mismo Tribunal ratificó su criterio en la SAP Guipúzcoa 6 noviembre 2015 (JUR 2016, 38610).

93 SJM San Sebastián 29 junio 2015 (AC 2016, 19).

y del clientelismo con las entidades bancarias, deberes atinentes a estas⁹⁴. Este planteamiento lo comparte, respecto al contrato de fianza, la SAP Álava 12 junio 2016⁹⁵, que manifiesta, en relación al control de transparencia y la renuncia a los derechos de orden, excusión y división, que “la lectura por parte del Notario no es suficiente, no acredita que el avalista comprendiese los términos de la cláusula y de la carga económica que le suponía. Tampoco acredita que la Caja informase al actor sobre las características del contrato que estaba asumiendo”⁹⁶.

2. Control de abusividad o de contenido.

En el supuesto de que se apreciara que las cláusulas relativas al contrato de fianza no cumplen, por su falta de perspicuidad, los citados controles de incorporación y de transparencia, se abre el debate en torno a su consecuencia jurídica. Puede sostenerse dos posturas, una que aboga porque su falta de superación conlleva, inexorablemente, a erradicar la cláusula del contrato⁹⁷, y otra que la falta de transparencia tiene, única y exclusivamente, el efecto de posibilitar el control de contenido o abusividad⁹⁸. La jurisprudencia ha mantenido una postura extraordinariamente ambigua, como se pudo ver con las archiconocida STS 9 mayo 2013⁹⁹, que después de leer y releer no se llega a vaticinar si declara la nulidad

94 Véase el fundamento de derecho segundo de la STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660): “Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia”.

95 SAP Álava 12 junio 2016 (AC 2017, 494).

96 El mismo Tribunal, en la SAP Álava (AC 2017, 494), volvió a decir un año después, en un supuesto en el que además de una fianza había una hipoteca, lo siguiente: “La renuncia a unos derechos reconocidos por el Código Civil debe tener alguna explicación, máxime cuando el prestamista ya contaba con otras garantías, como la personal y la hipotecaria, para la devolución del préstamo. La cláusula aquí analizada, por el carácter solidario de la fianza, y por la renuncia a todos los derechos que protegen al fiador, supone situar al fiador en una situación semejante al deudor principal, situación que es improbable haya querido realmente. Esos derechos, que desde el siglo XIX amparan a los fiadores, son renunciados sin explicación, porque desde luego la garantía general del art. 1.911 CC respecto de los deudores principales, y la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada.”

97 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Disposición adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis. 1”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 53 y 204, ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: “Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5º, pp. 12 y 13, y PLAZA PENADÉS, J.: “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, cit., p. 9.

98 CAÑIZARES LASO, Á.: “Condiciones generales de la contratación y control de incorporación, información y transparencia”, en AA.VV.: *Guía sobre contratación bancaria de productos complejos* (coord. E. SANJUAN Y MUÑOZ), Sepín, Madrid, 2015, p. 330-334, y MORENO GARCÍA, L.: *Las Cláusulas Abusivas. Tratamiento sustantivo y Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 130.

99 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

de la cláusula suelo por la falta de transparencia o por su carácter abusivo¹⁰⁰. La STS 15 noviembre 2017¹⁰¹, liga el control de transparencia con el de contenido, al estimar que la falta de transparencia en relación a una hipoteca multidivisa ocasiona un desequilibrio al consumidor por no poder comparar, por su opacidad, la oferta del préstamo multidivisa con otros préstamos. Sin embargo, la STS 4 junio 2018¹⁰² perfila más su exégesis, al decir, en relación a la falta de transparencia, que no todo incumplimiento de este control supone que una cláusula sea abusiva, atendiendo a que no implica, necesariamente, a que las condiciones generales sean desequilibradas, si bien matiza que, en el caso especial de las llamadas cláusulas suelo, la falta de transparencia ocasiona automáticamente un desequilibrio al consumidor, al ser imposible que conociera el impacto económico que le supondría dicha cláusula, que quedaba al albur de la bajada del índice de referencia¹⁰³.

En nuestra opinión, y dejando al margen los casos puntuales de la cláusula suelo o la hipoteca multidivisa¹⁰⁴, para considerar nula una cláusula no cabe establecer el automatismo de reputar como tal toda cláusula que no cumpla el control de incorporación y de transparencia, sino que deberá analizarse, siguiendo la dicción del art. 3.I Directiva 93/13, si la misma origina un “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”¹⁰⁵.

100 Dice MUÑOZ RODRIGO, G.: “El control de transparencia en las cláusulas suelo”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, enero 2018, p. 229, en relación a la STS 9 mayo de 2013, que conecta la falta de transparencia con la abusividad de forma “técnicamente defectuosa”.

101 STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730).

102 STS 4 junio 2018 (RJ 2018, 2366).

103 Así lo expresa el fundamento de derecho tercero: “Es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, no sea abusiva, pese a no ser transparente, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”.

104 Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo recientemente respecto al IRPH, en la STS 6 noviembre 2020 (JUR 2020, 316852): “La declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (...). Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas «cláusulas suelo», por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas ‘multidivisa’ o ‘multimoneda’, por ocultarse graves riesgos para el consumidor. No es el caso de la utilización de uno u otro de los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios, y concretamente, del utilizado en el sistema de financiación de las viviendas de protección oficial”.

105 Mantener la postura opuesta podría conducirnos al absurdo consistente en que cualquier consumidor podría interponer una demanda de juicio ordinario, ex art. 249.1.5° LEC, para conseguir la nulidad de cláusulas que, pese a no cumplir los controles de incorporación y transparencia, no le repercuten negativamente o no le causa un desequilibrio en sus derechos obligaciones, con la saturación que ello supondría en el seno de la administración de justicia. Por ende, del mismo modo que, según BLANDINO GARRIDO, M^a. A.: “Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado de la cuestión”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 32, 2013, p. 326, el predisponente carece de un interés legítimo para hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas que él mismo ha introducido en el contrato, consideramos que el consumidor carece del mismo interés para vindicar la abusividad de cláusulas que, pese a no ser transparentes, no le repercuta negativamente, ya sea económica o jurídicamente, pudiéndose citar, en apoyo de nuestra postura, además del art. 3 Directiva 93/13, el art. 82.I TRLGDCU que dice que serán cláusulas abusivas “aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas

El desequilibrio al que se refiere los arts. 3.1 Directiva 93/31 y 82.1 TRLGDCU no debe circunscribirse, necesariamente, al aspecto económico, sino también al jurídico, de modo que se vislumbren al alza los derechos del predisponente en detrimento de los del consumidor. Siguiendo el canon hermenéutico del TJUE, para valorar el desequilibrio en detrimento del consumidor debe tenerse en cuenta las normas aplicables en defecto de pacto entre las partes¹⁰⁶, si la desviación tiene una adecuada justificación¹⁰⁷, así como la comparativa de la situación del consumidor en el caso de que resultasen aplicables las normas de derecho dispositivo y las que finalmente impuso el predisponente¹⁰⁸. Todo ello sin perjuicio de comprobar si el consumidor, de haber sabido la repercusión económica que tendría la cláusula en discordia o el debilitamiento de su posición en comparación a la del acreedor, habría aceptado la cláusula en el marco de una negociación individual, leal y equitativa¹⁰⁹.

expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, *en perjuicio del consumidor y usuario*, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, y la dición del segundo párrafo del art. 83 TRLGDCU que dice que “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos *en perjuicio* de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. La jurisprudencia del TJUE así lo ha manifestado, pudiendo citarse las SSTJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105), 26 febrero 2015 (TJCE 2015, 93), 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171), 14 marzo 2019 (TJCE 2019, 39), 5 junio 2019 (TJCE 2019, 101); especialmente interesante es el argumento de la STJUE 26 enero 2017 (TJCE 2017, 31), que dice: “Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia”.

- 106 Manifiesta MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “Disposición adicional I³.3”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (dir. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), Civitas, Madrid, 2002, pp. 940 y ss., y CARRASCO PEREA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 798, que el derecho dispositivo debe ser el traje para valorar el equilibrio en una cláusula contractual, diciendo Miquel González que el “equilibrio ideal” está representado por las normas dispositivas aplicables en defecto de pacto, siendo tarea del legislador proteger ese equilibrio ideal y, en concreto, que no haya sido quebrantado por condiciones generales o cláusulas predispuestas sin justificación, siendo importante que esa desviación de las normas dispositivas se pueda justificar por el predisponente en relación al interés del consumidor, pues en caso contrario, de que efectivamente exista un perjuicio para este, la cláusula podrá ser abusiva.
- 107 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 4, 1982, p. 1061, decía lo siguiente: “Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato”.
- 108 SSTJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013, 89), 14 enero 2014 (TJCE 2014, 7).
- 109 Lo dice así la STJUE 20 septiembre 2017 (TJCE 2017, 171): “En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.

Vertidas estas consideraciones y sumergiéndonos en el pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, algunas sentencias han desechado la idea de que el afianzamiento solidario con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión origine un desequilibrio, argumentado que, en cualquier caso y ante un escenario en el que el fiador pague la totalidad de la deuda, siempre se podrá dirigir al deudor principal mediante el ejercicio de la acción de reembolso, cristalizada en el art. 1838 CC, o bien ejercitar, antes del pago, la acción de relevación o cobertura de la fianza, prevista en el art. 1843 CC. Así se postula la SJM San Sebastián 29 junio 2015, que dice, en el fundamento de derecho cuarto, que “no se produce el desequilibrio que defienden los demandantes al decir que no obtienen nada a cambio por parte de la prestamista. Los fiadores firman un contrato accesorio al préstamo por el que se garantiza la obligación del deudor y como fiadores, se les reconocen los derechos antes expuestos¹¹⁰ dirigidos a obtener el importe satisfecho y del que no eran deudores”. La SAP León 25 junio 2020, analiza las citadas renunciaciones y el art. 88.I TRLGDCU, que tacha como abusiva la imposición de garantías desproporcionadas, diciendo que, al no constar que el fiador estaba en un estado de insolvencia al tiempo de la contratación, no puede “considerarse que exista una sobregarantía”, valorando que el fiador era un trabajador minero que percibía una pensión de 2.417,09 euros¹¹¹.

En cambio, el AJPI Madrid 3 febrero 2014 estimó la nulidad del pacto de solidaridad y las renunciaciones, entre otros motivos, porque apreció una importante asimetría en las posiciones contractuales, inherente a que los fiadores, a favor del banco, renunciaron a determinados derechos, teniendo el predisponente una extensión de la fianza más amplia que la de la propia hipoteca que se perfeccionó y quedando los consumidores en una situación menos favorable que la prevista, en ausencia de pacto, en el Código Civil; todo ello sin perjuicio del argumento, empleado en otras resoluciones¹¹², consistente en que, si la entidad bancaria

110 La sentencia se refiere a la acción de cobertura o relevación de la fianza y la acción de reembolso: “Antes del pago, el fiador puede proceder, a diferencia de un deudor solidario, frente al deudor en determinadas circunstancias (artículo 1.843 del CC) y una vez efectuado el pago, nace en favor del fiador la acción de reembolso del importe satisfecho con intereses y gastos (artículo 1.838 del CC) y la de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor tenía con el deudor (artículo 1.839 del CC); tal y como alega Kutxabank en su contestación. Además, de conformidad con el artículo 1.852 del CC los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo”.

111 Véase el fundamento de derecho tercero: “Asimismo, tampoco puede considerarse que exista una sobregarantía, conforme dispone el artículo 88.I de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, no existiendo desproporción en la garantía asumida con respecto al riesgo, ya que no consta ninguna situación de insolvencia del fiador al tiempo de la contratación, o una situación económica en la misma que hiciera claramente costosa la contratación del préstamo, siendo un trabajador minero, que actualmente percibe una pensión por incapacidad permanente, que asciende a la cantidad mensual de 2.417,09 euros”.

112 Véase la SJPI Bilbao 5 abril 2018 (JUR 433, 2018).

hubiese actuando con lealtad y equidad, los fiadores no habrían aceptado dicha cláusula en el marco de una negociación individual¹¹³.

La SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015, después de afirmar que en el caso de litis no se respetaron los controles de incorporación y de transparencia, entró en el control de abusividad, diciendo que, pese a que no cabe equiparar al fiador solidario con el deudor, lo cierto es que, frente al acreedor, están en una situación similar, merced de imponer unas renuncias que restringía los derechos que el Código Civil reconoce al fiador, perjudicándole de manera no equitativa y sin una razón que lo justifique.

A nuestro juicio, y sin perjuicio de las vicisitudes de cada caso, existen varios preceptos que pueden fundamentar que la extensión del contrato de fianza no supera el control de contenido:

En primer lugar, la perfección de una fianza solidaria o, en otras palabras, la renuncia a la fianza simple o subsidiaria, sin los beneficios de orden, división y excusión, puede vulnerar el art. 86.7 TRLGDCU, que a la sazón dispone que serán abusivas las cláusulas que conlleve “la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”. Parte de la doctrina, como Pertíñez Vílchez, ha manifestado que una correcta interpretación de la norma debe llevar ligada la conclusión de que los derechos del consumidor a los que se refiere el precepto son los reconocidos por la normativa sectorial de consumo, diciendo que, en caso contrario, cualquier limitación de los derechos contenidos en las normas sobre contratos o desviación de las normas dispositivas sería abusivo¹¹⁴.

No obstante dicha afirmación, consideramos que, en relación a la extensión del afianzamiento, los consumidores y usuarios, de no esgrimir el art. 86.7 TRLGDCU, se pueden amparar, en aras de vindicar sus derechos, en el primer párrafo del art. 86. TRLGDCU, que dispone que “en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los *derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*”. Como se puede ver, dos son las expresiones claves del precepto que podrían dar cobertura a la abusividad de la renuncia a una fianza simple y a los beneficios de orden, división y excusión, a saber: “en cualquier caso” y “derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”. Efectivamente,

113 Además de dichas razones, el fundamento de derecho décimo del citado auto tuvo en cuenta las trabas procesales que tenían los fiadores para defender sus intereses: “Los medios de los que disponen los fiadores-consumidores para el cese de la cláusula abusiva son muy precarios: su situación de los fiadores queda formalmente al margen de la especial protección que la legislación brinda a los deudores hipotecarios, pese a que está embargada su vivienda habitual; no pueden intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria ni, en consecuencia, ejercer un control efectivo sobre la deuda reclamada a los prestatarios ni sobre el valor por el que se adjudica la vivienda; las posibilidades de los fiadores para oponerse a la ejecución en el presente procedimiento eran, inicialmente, muy limitadas; y, por último, no tienen ningún medio específico para hacer valer la aplicación del artículo 579. 2.a), en su redacción actual, en la posibilidad que contiene de saldar la deuda de los prestatarios si abonan el 85% de lo debido antes del 16 de julio de 2018”.

114 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, cit., pp. 2070 y 2071.

parece que obedeció a los designios del legislador que cualquier desviación de las normas dispositivas, aún tipificadas en el Código Civil, pudiesen ser consideradas abusivas por no superar, amén del control de incorporación y de transparencia, el de contenido, máxime si dicha desviación coloca al consumidor en una situación desfavorable respecto al predisponente, que, correlativamente, ve fortalecida su posición, originando un desequilibrio contrario a la *bona fide*¹¹⁵.

En segundo lugar, el art. 88.I TRLGDCU sanciona como abusivas las cláusulas que supongan “la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”; aquí, se abre un nuevo interrogante ¿Qué debe entenderse por garantía *desproporcionada*? El art. 82 TRLGDCU dice que deberá apreciarse el carácter abusivo de una determinada cláusula “teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, *así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*”.

La doctrina ha manifestado que ha de tenerse en cuenta el riesgo de insatisfacción del interés del acreedor, cohonestado con varios factores como la solvencia del deudor; la concurrencia de la garantía que se juzga con otras garantías, el contexto económico en el que se desenvuelve la operación, el riesgo inherente a la operación o el acto que se financia. También valora, desde el lado pasivo, la pérdida de un plazo, la privación de acciones, la exclusión de facultades de oposición procesal o la inversión de la carga de la prueba¹¹⁶. En relación al contrato de fianza, la STS 27 enero 2020 adujo que debía valorarse, en relación al art. 88.I TRLGDCU, la existencia de una hipoteca en la operación, el importe de la totalidad de las cantidades garantizadas, la tasación de los inmuebles hipotecados, las cantidades no cubiertas por la hipoteca, las limitaciones que impone las normas relativas al mercado hipotecario¹¹⁷, la solvencia personal de los deudores, la correlación entre las garantías y el interés remuneratorio, la disminución del riesgo para el acreedor o el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado¹¹⁸.

115 Teniendo en cuenta que, según DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, cit., p. 1061, las normas dispositivas representan un modelo de ordenación establecidos por el legislador después de haber tenido en cuenta la situación normales de intereses entre las partes, el desvío de estas normas legales debe estar justificado para ser eficaz (ROCA GUILLAMÓN, J.: “Comentario al artículo 1258”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. I, Edersa, Madrid, 1981, p. 459), y no lo estará cuando existe un desequilibrio injustificado en la posición de las partes que resulta incompatible con la naturaleza del contrato (DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, cit., p. 1061) o, vulnerando la buen fe, afecta a una de las partes de manera desproporcionada (ROCA GUILLAMÓN, J.: “Comentario al artículo 1258”, cit., p. 459).

116 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, cit., p. 2072. La jurisprudencia, como la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010,702), ha incardinado en el concepto de garantías desproporcionadas cláusulas como la del vencimiento anticipado o la compensación de las posiciones deudoras.

117 Nos remitimos a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

118 Por paradigmático, en cuanto al canon hermenéutico a seguir para juzgar si la garantía es desproporcionada, es el AJPI Madrid 3 febrero 2014, que después de realizar una extensa disertación sobre la abusividad de las

En el seno de los Juzgados y Tribunales estos se han mostrado más proclives a declarar la nulidad de las cláusulas relativas a la extensión del afianzamiento cuando, en la operación, concurre otra garantía como una hipoteca. Este fue el caso, sin perjuicio de las resoluciones que se han citado en este trabajo donde, junto al afianzamiento, concurría una hipoteca, de la SAP Álava 12 junio 2017, que dijo lo siguiente: "En este caso el aval o fianza se suma a una previa garantía hipotecaria. Se superponen, por tanto, las garantías a favor del profesional prestamista, que no sólo dispone de la facultad de sujetar una parte del patrimonio de la deudora, sino que suma a la hipoteca otras garantías personales". En cambio, en otros casos, como el que examinó el AAP Almería 16 febrero 2016¹¹⁹, igualmente se declaró, en el seno de un proceso de ejecución, la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, no constando que la operación del préstamo estuviese garantizada a su vez por una hipoteca.

Bajo nuestro prisma, el hecho de que el crédito principal no esté garantizado por una hipoteca no debe ser óbice para que se pueda examinar el control de contenido de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, ora por el art. 86 TRLGDCU, ora por el art. 88 TRLGDCU, al socaire de que, para valorar el juicio de abusividad, no solo debe ser relevante el desequilibrio económico, que puede ser nimio si nos situamos en el supuesto de que el crédito garantizado es una cantidad asumible para un consumidor medio, sino también el jurídico, pues la entidad bancaria, con nocturnidad y alevosía o, dicho de otro

cláusulas del afianzamiento, recopila sus argumentos en el fundamento de derecho décimo: "1.- Se trata de una cláusula no negociada individualmente. 2.- La extensión de la fianza no está especialmente clara en el contrato y esa oscuridad no puede perjudicar a los fiadores. 3.- Por la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, los fiadores intervienen a título gratuito por lazos de parentesco o amistad con los prestatarios y, a consecuencia de esta ejecución, están en riesgo la vivienda habitual en la que ambos residen y la pensión que percibe D^a YYYY, junto con el resto de los bienes que en el presente o en el futuro pudieran integrar su patrimonio. 4.- La intervención de fiadores en el contrato fue una exigencia de la entidad bancaria. 5.- Existe una importante asimetría en las posiciones contractuales de partida. 6.- No se aplicó en la escritura de préstamo hipotecario con la garantía adicional de la fianza ninguna medida específica de información o protección de quienes actuaban como fiadores. 7.- La garantía esencial y última del préstamo era la propia vivienda hipotecada, cuya tasación fue aceptada por el banco en un acto propio que le vincula, en el sentido explicado en esta resolución. 8.- La garantía personal adicional de los fiadores, con arreglo a las pautas de la buena fe y por las razones explicadas, sólo puede ir destinada a cubrir la diferencia entre el valor de tasación y el valor del crédito. 9.- Se ha apreciado una situación de importante desequilibrio a favor del banco y en contra de los fiadores, porque se genera una situación de sobregarantía, porque se intentó dar a la extensión de la fianza un contenido más amplio que el de la propia hipoteca y porque el banco se reservó la facultad de modificar por sí mismo, sin consentimiento del fiador, el régimen y la extensión de la garantía. 10.- El contrato de fianza deja a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. 11.- Los medios de los que disponen los fiadores-consumidores para el cese de la cláusula abusiva son muy precarios: su situación de los fiadores queda formalmente al margen de la especial protección que la legislación brinda a los deudores hipotecarios, pese a que está embargada su vivienda habitual; no pueden intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria ni, en consecuencia, ejercer un control efectivo sobre la deuda reclamada a los prestatarios ni sobre el valor por el que se adjudica la vivienda; las posibilidades de los fiadores para oponerse a la ejecución en el presente procedimiento eran, inicialmente, muy limitadas; y, por último, no tienen ningún medio específico para hacer valer la aplicación del artículo 579.2 .a), en su redacción actual, en la posibilidad que contiene de saldar la deuda de los prestatarios si abonan el 85% de lo debido antes del 16 de julio de 2018. 12.- La entidad bancaria podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con los fiadores, éstos no aceptarían una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

119 AAP Almería 16 febrero 2016 (JUR 2016, 88094).

modo, incumpliendo los controles de incorporación y de transparencia, coloca al consumidor en la tesitura de renunciar a derechos y beneficios previstos en las normas dispositivas, viéndose este en el escenario de tener que responder, con todo su patrimonio, de una deuda que tiene como deudor principal a una persona, física o jurídica, con la que, simplemente, le liga una relación de amistad o familiar, acentuándose los efectos de las renunciaciones si la fianza es gratuita, como así ocurre en la mayoría de las ocasiones, no recibiendo el fiador, al contrario que el deudor principal, ningún tipo de contraprestación por la operación¹²⁰.

En resumidas cuentas, y dejado al margen el supuesto de la garantía desproporcionada, en relación al pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, podemos afirmar que existe un desequilibrio importante porque el fiador se coloca en una situación menos favorable atendiendo al art. 1830 CC, menoscabando, por un lado, su situación jurídica, al restringirse sus derechos, y, por otro, su posición económica, al comprometerse la totalidad de su patrimonio sin obtener ningún tipo de ventaja financiera en el contrato, sin perjuicio del hecho de que de haber existido una negociación leal, equitativa y transparente, dudosamente se podría afirmar que un fiador común habría aceptado la inserción en su contrato de la cláusula de extensión del afianzamiento.

VI. EFECTOS EN EL CONTRATO DE FIANZA DE LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA SOLIDARIDAD Y LA RENUNCIAS A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, DIVISIÓN Y EXCUSIÓN.

Si hay una cuestión controvertida, respecto al objeto del presente trabajo, son los efectos de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas del contrato de fianza y, sobre todo, de la relativa al pacto de solidaridad. Por ello, en este apartado trataremos, de modo general, la función integradora del Juez una vez que se ha determinado la nulidad de determinados aspectos que conforman un contrato celebrado con un consumidor; para luego centrarnos en las vicisitudes que alberga en el tema del afianzamiento.

¹²⁰ El AAP Almería 16 de febrero de 2016, tuvo en cuenta, entre otros factores, el carácter gratuito de la fianza para valorar el desequilibrio, ya que el fiador, al contrario que el deudor principal, no recibió nada a cambio por la perfección del contrato: "Resulta asimismo palmario el hecho de que la renuncia de los avalistas a los beneficios de excusión, orden y división que el Código Civil reconoce a todo fiador, introduce un evidente desequilibrio entre las partes en beneficio de la entidad bancaria y en perjuicio de los avalistas, colocando a éstos en una situación de deudores solidarios, sin obtener ninguna prestación a cambio de comprometer la totalidad de su patrimonio para responder por una deuda ajena, y sin percibir las contraprestaciones del deudor principal, quien al menos dispuso del importe del préstamo".

I. Planteamiento general de la cuestión: La integración del contrato como obstáculo para alcanzar los objetivos del art. 7 Directiva 93/13.

La redacción original del art. 83 TRLGDCU¹²¹ consagraba la regla *utile per inutile non vitiatur*, es decir, la parte válida o útil del contrato no debe verse viciada por la abusiva o nula. El art. 6 Directiva 93/13 decía que las cláusulas abusivas no vincularían al consumidor, de modo que una vez declarada la abusividad “el contrato debe seguir siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. El día 29 de noviembre de 2010 la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante auto, elevó una cuestión prejudicial, que desembocó en la STJUE 14 de junio 2012¹²², donde el Tribunal apuntó que los Jueces nacionales, en virtud del citado art. Directiva 93/13, están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no produzca efectos vinculantes, “sin estar facultados para modificar el contenido de la misma”, de modo que el contrato podrá subsistir sin dichas cláusulas siempre que “tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”¹²³. El TJUE prosigue su disertación diciendo que si el Juez nacional tuviese la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en tales contratos “dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 (...) la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”¹²⁴. Autores como Lasarte criticaron dicha sentencia, apuntando que el efecto disuasorio que proscribía la integración del contrato es sumamente dudoso, suponiendo, en palabras del citado autor, “el absoluto olvido del principio de conservación de los contratos”, pudiendo ser contraproducente en la contratación cotidiana de consumidores y usuarios¹²⁵.

121 Decía así el art. 83 TRLGDCU: “1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”. Principio del formulario Final del formulario

122 STJUE 14 de junio 2012 (TJCE 2012, 143).

123 En el mismo sentido la STJUE 30 mayo 2013 (TJCE 2013, 145).

124 En el mismo sentido, las SSTJUE 30 abril 2014 y 21 enero 2015 (TJCE 2015, 4), entre otras.

125 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 159 y 160.

La exégesis del TJUE tuvo su reflejo en nuestra legislación, por medio de la Ley 3/2014, que modificó el art. 83 TRLGDCU, a fin de cumplir las exigencias del canon hermenéutico del Alto Tribunal y coadyuvar a cumplir los objetivos fijados por el art. 7 Directiva 93/13¹²⁶. Actualmente, la redacción del citado art. dispone, después de sancionar con la nulidad la abusividad de las cláusulas, que “el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

De esta forma, puede afirmarse que, con la anterior redacción del art. 83 TRLGDCU, era posible la integración del contrato con la regulación sustantiva de derecho dispositivo que fuese aplicable en defecto de la cláusula contractual, estando vetada dicha posibilidad a raíz de la reforma del meritado art. por la Ley 3/2014¹²⁷. Sin embargo, es preciso abrir el siguiente interrogante: ¿Está en todo caso vetada la posibilidad de integración del Juez nacional? El TJUE dio respuesta a dicha cuestión en la STJUE 30 abril 2014, en un asunto relacionado con una cláusula abusiva que afectaba al objeto principal del contrato, diciendo, en resumidas cuentas, que la aplicación del derecho supletorio estaría justificada si resultase más beneficiosa para el consumidor o, dicho de otro modo, si la nulidad total expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que podría dejar en aguas de borrajas el efecto disuasorio de imponer cláusulas abusivas¹²⁸. Visto de otro modo, y siguiendo Pertíñez Vílchez, se podría afirmar que la doctrina del TJUE no solo trata de evitar que el profesional obtenga algún tipo de ventaja con el empleo de cláusulas abusivas, sino que se pretende, al abrigo del efecto disuasorio, que quede en una situación peor que la situación de partida prevista por el derecho dispositivo en la que se encontraría en caso de no concurrir la cláusula abusiva¹²⁹.

126 El apartado tercero de la Exposición de Motivos Ley 3/2014 dice lo siguiente: “El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios”.

127 MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^o: “Artículo 83”, cit., pp. 763 y 764.

128 La SAP Ciudad Real 13 octubre 2014 (PROV 2014, 260696), decía, en el fundamento de derecho sexto, lo siguiente, en relación a la nueva redacción del art. 83 TRLGDCU: “La eliminación de tal referencia no implica el cierre de la suerte de tal integración por operatividad de lo dispuesto en el art. 1258 del código civil y 65 del TRLGDCU, pues si no contrariamente, la consecuencia pudiera incluso entenderse muy perjudicial para los consumidores. Sin embargo las referencias a la integración, han de ser matizadas o precisadas, en el sentido de que en ningún caso, tal integración pueda implicar la moderación, ni modificación de la cláusula nula que ha de tenerse por no puesta”.

129 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, cit., p. 2086.

2. Examen de la función integradora del Juez según supuestos concretos.

A) La nulidad del interés de demora y su imposible integración.

Uno de los casos paradigmáticos donde se ha relacionado la exégesis del TJUE y la posibilidad de aplicar las normas dispositivas aplicables en defecto de pacto es en el supuesto de los intereses moratorios y, en concreto, las consecuencias de su nulidad. Antes de que el Tribunal Supremo dictara las sentencias que comentaremos brevemente, los Tribunales presentaban una postura vacilante, así, algunos mantenían que, tras declarar la abusividad de los intereses moratorios elevados de manera desproporcionada, procedía aplicar el límite fijado para los contratos de crédito al consumo¹³⁰, mientras que otros sostenían que había que aplicar el art. 1108 CC¹³¹, que representaba la norma de derecho dispositivo en defecto de pacto¹³².

El Tribunal Supremo zanjó esta cuestión en la STS 22 abril 2015¹³³, que, siguiendo la interpretación labrada en la STJUE 30 mayo 2013¹³⁴, dijo que “la consecuencia inherente a declarar la abusividad de una cláusula que atañe a un consumidor es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, *salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor*, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario”¹³⁵. Un año después el Tribunal Supremo confirmó la interpretación secundada en la STS 3 junio 2016¹³⁶, diciendo que, una vez declarado abusivo el interés de demora, no cabe hacer una reducción conservadora del incremento

130 SAP Barcelona 4 noviembre 2002 (JUR 2003, 99851), SAP Asturias 20 junio 2005 (AC 2005, 1357), SAP Girona 15 diciembre 2009 (JUR 2010, 117094), SAP Tarragona 7 junio 2010 (AC 2012, 1654), entre otras.

131 ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia)*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 548.

132 Puede verse el AAP Madrid 20 noviembre 2014 (JUR 2015, 18590), AAP Jaén 19 noviembre 2014 (AC 2015, 231), AAP Barcelona 27 noviembre 2014 (JUR 2015, 56233), SAP Albacete 12 mayo 2014 (AC 2014, 1013), SAP Guadalajara 3 marzo 2014 (JUR 2014, 91722), SAP Pontevedra 14 mayo 2014 (JUR 2014, 145294) o SAP Jaén 8 marzo 2014 (JUR 2014, 132573).

133 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

134 STJUE 30 mayo 2013 (TJCE 2013, 145)

135 Evidentemente, dicho pasaje se refería al interés de demora y no al interés remuneratorio donde la relación, respecto a la tacha de abusividad, era inexistente: “La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad”.

136 STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2300).

del tipo de interés hasta un límite admisible, sino que se debe extirpar del contrato totalmente. Igualmente, respecto al interés remuneratorio, dijo que no procedía el cese del devengo de este interés que compensa la disposición de dinero, al no estar "aquejado de abusividad", amén de que, según el Alto Tribunal, "seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución"¹³⁷.

Estamos de acuerdo con dicho planteamiento y no solo por el hecho de que el interés remuneratorio se libre de la tacha de abusividad o tenga por objeto que el prestamista reciba una justa retribución por el uso temporal del dinero prestado, sino también porque la nulidad del interés moratorio no lleva aparejada ninguna labor de integración del Juez vetada por los arts. 6 y 7 Directiva 93/13, pudiendo el contrato subsistir sin integración de ningún tipo, al no haber ningún tipo de relación entre el interés remuneratorio y el moratorio, teniendo por objeto ambas prestaciones conceptos totalmente distintos sin interrelación de ningún tipo.

B) La integración de la cláusula del vencimiento anticipado

Sin entrar en las vicisitudes de la cláusula del vencimiento anticipado¹³⁸, que excede de los fines de este trabajo, podemos decir, *grosso modo*, que la importancia de este tipo de cláusulas reside en que el acreedor podrá reclamar y ejecutar judicialmente la totalidad de la obligación garantizada por medio del proceso especial de ejecución hipotecaria previsto en los arts. 681 y ss LEC, siempre que tal pacto se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

En relación a dicha cláusula, el Tribunal Supremo elevó una cuestión prejudicial por medio del ATS 8 febrero 2017¹³⁹ a la que se le sumó la planteada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Barcelona a través del AJPI Barcelona 30 marzo 2017¹⁴⁰. Unas de las preguntas que formuló el Tribunal Supremo en la citada cuestión prejudicial fue si, declarada la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, era conforme con el art. 6 Directiva 93/13 la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional como el art. 693.2 LEC que permitiese al acreedor seguir instando el procedimiento de ejecución hipotecaria encaminado a proteger al deudor hipotecario¹⁴¹, ya que, en caso contrario, el acreedor podría instar, en

137 Un estudio riguroso de la STS 3 junio 2016, puede verse DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016, pp. 302-310.

138 Interesante es el estudio de ZUMAQUERO GIL, L.: "El carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en materia en préstamos hipotecarios", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* (dir. M. CUADRADO IGLESIAS y L. NÚÑEZ BOLUDA), t. II, La Ley, Madrid, 2015.

139 ATS 8 febrero 2017 (RJ 2017, 365).

140 AJPI Barcelona 30 marzo 2017 (PROV 2017, 212409).

141 El ATS 8 febrero 2017 decía que las particularidades del procedimiento de ejecución hipotecaria en pro del deudor era la posibilidad de que este obtenga la liberación del bien, la aplicación de un precio mínimo

el declarativo correspondiente, la resolución del contrario y tras ello conducirse por los cauces de la ejecución ordinaria, viéndose el consumidor en la tesitura de devolver todas las cantidades prestadas por la entidad bancaria y a encorsetarse en un procedimiento de ejecución ordinaria que supondría un deterioro de su posición procesal.

La STJUE 26 marzo 2019¹⁴² resuelve sendas cuestiones¹⁴³. Comienza diciendo, respecto a las facultades de integración de los Jueces, que, conforme a reiterada jurisprudencia, si un contrato perfeccionado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva es posible que el Juez nacional sustituya dicha cláusula por una disposición supletoria del Derecho nacional siempre que, por la nulidad total del contrato, el consumidor se vea expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales "de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse".

Respecto al objeto de litis, y a fin de dar respuesta a si el Juez puede aplicar, una vez declarada la nulidad del vencimiento anticipado, el art. 693.2 LEC, el TJUE responde afirmativamente, ya que, en caso contrario, "el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del art. 693, apartado 2, LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades".

Concluye el TJUE diciendo que, atendiendo al deterioro de la posición procesal de los consumidores en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en detrimento del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, no vulneraría el art. 6 Directiva 93/13 que el Juez nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, la sustituya por las disposición supletoria cristalizada en el art. 693.2 LEC "siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales". Es decir, el TJUE recuerda que si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias desfavorables estaría permitida la labor de integración, coligiéndose, *sensu contrario*, que si la

por debajo del cual no podía venderse la vivienda del deudor en pública subasta y la facultad de que el deudor quede liberado de su deuda cuando el importe obtenido en la subasta sea insuficiente para cubrir integralmente el crédito.

¹⁴² STJUE 26 marzo 2019 (TJCE 2019, 59).

¹⁴³ Para un mayor análisis de la STJUE 26 marzo 2019, puede verse GÓMEZ POMAR, F.: "¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2019.

nulidad total no le es desfavorable al consumidor la facultad de moderar la cláusula contractual estaría vetada.

Tras resolver el TJUE las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles se dictó, tras alzarse la suspensión, la STS 11 septiembre 2019¹⁴⁴. El Alto Tribunal acogió la exégesis del TJUE, añadiendo varios argumentos que es interesante destacar:

En primer lugar, cita el considerando séptimo Directiva 93/13 diciendo, respecto a los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado y la facultad de integración, que no estimularía la actividad comercial un entorno donde no se garantice la seguridad jurídica a los agentes económicos, incluyendo este principio la protección de la confianza de todos los agentes que participen en las relaciones contractuales. De modo que, si la eficacia de un contrato quedará, única y exclusivamente, meced del consumidor, dicha confianza podría quedar en aguas de borrajas, reduciéndose “la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores”. Por tanto, dice el Tribunal Supremo, remitiéndose literalmente al considerando séptimo, que el art. 6 Directiva 93/13 también tiene en cuenta dicha finalidad procurando el equilibrio en las relaciones contractuales.

En segundo lugar, y en relación a lo anterior, cita la STJUE 15 marzo 2012¹⁴⁵, la cual dice que, para determinar si un contrato puede subsistir sin cláusulas abusivas, tanto el art. 6 Directiva 93/13 como el principio de seguridad jurídica en las actividades económicas, “abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que (...) la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato”¹⁴⁶.

El tercer lugar, manifiesta el Alto Tribunal que en el contrato de préstamo hipotecario hay dos figuras jurídicas inescindibles: el préstamo y el derecho real de hipoteca. Ello implica, según la citada sentencia, que, si se declarase la nulidad total de la cláusula del vencimiento anticipado, las facultades del acreedor se restringirían, no pudiendo este forzar la venta del inmueble, de forma que la causa de la hipoteca, que está entrelazada con la del préstamo, desaparecería, no pudiendo subsistir “un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa”, pues, precisamente, la causa del contrato de préstamo hipotecario que se perfeccionó

144 STS 11 septiembre 2019 (RJ 2019, 3343).

145 STJUE 15 marzo 2012 (TJCE 2012, 55).

146 El párrafo 33 dice lo mismo con otras palabras: “Por consiguiente, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto sólo pueda basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto”.

consistía tanto en la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones ventajosas, como en la garantía real que tenía la entidad bancaria en caso de impago. En opinión del Tribunal Supremo, dicho negocio jurídico se perfeccionó porque era “posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario”; por tanto, con la nulidad total del vencimiento anticipado, y remitiéndose nuevamente a la STJUE 15 marzo 2012, la consecuencia sería, a su vez, la nulidad total del préstamo hipotecario “porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas”¹⁴⁷.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que, generalmente y citando los argumentos *pro consumatore* vertidos en la STJUE 26 marzo 2019, en caso de estimarse la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado por abusiva se deberá aplicar las disposiciones del art. 693.2 LEC, sobreseyéndose el procedimiento de ejecución hipotecaria y pudiéndose incoar otra vez cuando el incumplimiento del deudor revista la gravedad marcada por el art. 24 LCCI¹⁴⁸.

Como se puede ver, los efectos de la STJUE 26 marzo 2019 y la STS 11 septiembre 2019 fueron los mismos: la integración de la cláusula del vencimiento anticipado conforme al art. 693.2 LEC. Sin embargo, los argumentos utilizados por las citadas sentencias gravitaron por polos opuestos, aunque convergieran en algunos puntos, pues mientras la STJUE 26 marzo 2019 basó su decisión en las consecuencias perniciosas que padecería el consumidor de declararse la nulidad, sin integración posible, de la cláusula del vencimiento anticipado, al verse abocado a un procedimiento de ejecución cuyas opciones procesales se vislumbraría en clave

147 Consideramos discutible dicho razonamiento ligado al campo de la interpretación y alejado de la integración del contrato, pudiendo traer consecuencias perniciosas en el futuro para los objetivos de la Directiva 93/13. Ello es así porque el camino a la interpretación tendente a averiguar la voluntad de las partes puede ser útil para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero no en materia de integración, donde, a nuestro juicio, al Juez le está vetado hacer apología a la voluntad de las partes a la hora de aplicar las consecuencias jurídicas inherente a la nulidad.

148 Dicho razonamiento y posterior fallo se acerca a la postura sostenida por el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, que condenó con vehemencia el no sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria en el voto particular emitido en las SSTs 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714) y 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619): “La aplicación en estos casos del artículo 693.2 LEC, constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial de TJUE en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreseimiento de la ejecución instada, como un ‘vaciamiento’ de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar ésta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC. En contra de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013 entre otras, que solo permiten la ponderación de estos criterios, y los que cita la Sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreseída”.

de retroceso, la STS II septiembre 2019 manifestó, además de lo anterior, que la facultades de integración se deben valorar no atendiendo, únicamente, al interés del consumidor; sino también mirando el interés del empresario o profesional, so riesgo de que la seguridad jurídica inherente a las actividades comerciales frustre los objetivos marcados por la Directiva 93/13, añadiendo que, sin la citada cláusula, el contrato de préstamo hipotecario no se habría perfeccionado, al socaire de que las facultades de garantía de la entidad bancaria estarían mermadas, desapareciendo así la causa del negocio jurídico.

C) El IRPH como último hito en materia de integración contractual.

Respecto a los efectos que tiene en el devenir del contrato de préstamo hipotecario la nulidad del IRPH como interés remuneratorio, la STJUE 3 marzo 2020¹⁴⁹ dio respuesta a dicha cuestión que planteó el AJPI Barcelona 16 febrero 2018¹⁵⁰, preguntando lo siguiente: Si se declarase la nulidad del IRPH ¿qué consecuencias habría que aplicar: la integración del contrato aplicando un índice sustitutivo habitual como el Euribor o dejar de aplicar el interés remuneratorio con el efecto aparejado de que el consumidor solo tendrá la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados?

El TJUE da respuesta a esta cuestión. Para ello, se remite a su propia doctrina consolidada, que se ha expuesto anteriormente, que consiste en que, como regla general, el Juez nacional tiene prohibido moderar el contenido de una cláusula abusiva al poner en peligro el objetivo previsto en el art. 7 Directiva 93/13 y “el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores”. Sin embargo, dicha regla tiene una excepción, pues en el caso de que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva, el Juez podrá sustituirla por una disposición supletoria de Derecho nacional “en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización”.

Entrando en el nudo gordiano de la integración respecto a los supuestos de IRPH, el TJUE dice que, en el contrato de préstamo, la anulación del IRPH sin posibilidad de integración conduciría al consumidor a consecuencias perjudiciales, ya que el predisponente podría exigir inmediatamente la devolución del capital, cuya cuantía “puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia,

¹⁴⁹ STJUE 3 marzo 2020 (TJCE 2020, 3).

¹⁵⁰ AJPI Barcelona 16 febrero 2018 (PROV 2018, 50716).

no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca”. Por ello, sigue diciendo el TJUE lo siguiente en sus párrafos 65 y 66:

“En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de «supletorio». En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato. En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio”.

En suma, concluye el Alto Tribunal diciendo que no se opone a los arts. 6 y 7 Directiva 93/13 que el Juez nacional, tras la declarar la nulidad del IRPH por abusivo, lo sustituya por el índice legal aplicable “siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales”.

A nuestro modo de ver, declarada la nulidad de la cláusula del IRPH, por no superar el triple control de incorporación, transparencia y abusividad, el Juez no podrá sustituir el IRPH por el índice legal aplicable, dado que supondría una modificación de la cláusula abusiva vetada por el art. 6 Directiva 93/13, pudiendo subsistir el contrato de préstamo hipotecario sin interés remuneratorio de ningún tipo, ya que ello no ocasionaría ningún perjuicio para el consumidor y el carácter gratuito del préstamo está expresamente contemplado en el art. 1755 CC, lo que implicaría que el contrato puede subsistir sin la cláusula tachada como abusiva¹⁵¹.

3. Tendencias respecto al afianzamiento.

Realizadas las anteriores aportaciones sobre la facultad de los Jueces y Tribunales nacionales de integrar el contrato, debemos adentrarnos en una de las

151 Este es el planteamiento de la SAP Toledo 29 abril 2020 (JUR 2020, 172260).

cuestiones más espinosas respecto a la nulidad de las cláusulas del afianzamiento: sus efectos. Existen dos opciones marcadas: una, declarar la nulidad parcial del contrato de fianza, de modo que una vez declara la nulidad de la solidaridad y de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se mantiene el afianzamiento en su condición de simple o subsidiario y con los citados beneficios; otra, consistente en declarar la nulidad total del contrato de fianza. Veamos cómo se han pronunciado los Juzgados hasta la fecha.

A) Nulidad parcial del contrato de fianza.

Unas de las sentencias que mejor explica la tesis por la que el contrato de fianza, sin el pacto de solidaridad y las citadas renunciaciones, debe mantenerse es la SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015⁵². La citada sentencia cita el vigésimo primer considerando Directiva 93/13 para respaldar su postura, el cual dice que “los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguiría siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia” (cursiva propia). Posteriormente, cita la STJUE 14 junio 2012, a la que ya nos referimos en este trabajo como impulsora de la reforma operada por la Ley 3/2014, y, en concreto, el parágrafo 65, que dispone que, una vez declarada la nulidad, “el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”. Tras dicha introducción, la Audiencia Provincial entra en el meollo del contrato de fianza en el fundamento de derecho quinto de la citada sentencia, diciendo lo siguiente:

“En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión por parte de los fiadores, pero no la cláusula de afianzamiento en sí”.

A juicio de la SAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015, el contrato de fianza, en sí mismo considerado, no está aquejado de abusividad, no constituyendo una

⁵² Con la misma literalidad la SAP Guipúzcoa 6 noviembre 2015.

integración contractual o, en palabras del TJUE, una modificación por el Juez de las cláusulas abusivas, el mantenimiento del afianzamiento como simple con los beneficios de orden, división y excusión, sino, simplemente, un ejercicio de que restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Similar razonamiento secundó, un año antes, el AAP Madrid 3 febrero 2014, diciendo que la abusividad de la fianza solidaria con las respectivas renunciaciones afecta a la *extensión de la fianza* y no al contrato de fianza en sí mismo considerado, de modo que la nulidad se debía limitar a dichas cláusulas “sin que ello implique en modo alguno integrar el contrato”.

También puede verse el AJPI Almería 16 febrero 2016, que manifestó que la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión “no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes”. Similar motivación nutre el fundamento de derecho sexto de la SJM San Sebastián 18 febrero 2016¹⁵³, que dice, después de estimar como abusivas las renunciaciones del fiador, que “conviene tener presente que el único aspecto que se ha considerado no negociado y se ha sometido al control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE ha sido el referido a la opción por la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios. Su nulidad no afecta al pacto de fianza entre las partes que puede subsistir sin que ello genere un desequilibrio contractual y sin que ello pueda considerarse una modificación del contrato”¹⁵⁴.

En suma, las resoluciones que se han decantado por la nulidad parcial del contrato de fianza han partido de la base de que el afianzamiento no está afectado por el juicio de abusividad, simplemente determinados aspectos de la extensión de la fianza, amén de que mantener la fianza como simple con los beneficios de orden, división y excusión no supone una integración del contrato, sino, simple y llanamente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes¹⁵⁵.

153 SJM San Sebastián 18 febrero 2016 (JUR 2016, 88059)

154 El mismo año, el mismo Juzgado aplicó el mismo criterio, en las SSJM San Sebastián 30 septiembre 2014 (AC 2014, 1672) y 2 octubre 2014 (AC 2014, 1674), remitiéndose esta vez, simple y llanamente, al art. 10 LCGC: “El art. 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Por ello procede acordar la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, estimando la demanda”.

155 BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: “Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2020, aboga por la nulidad parcial: “La declaración de abusividad del pacto de solidaridad y de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión no afecta a la subsistencia del contrato de fianza y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula, única y exclusivamente, en cuanto a la solidaridad del afianzamiento y en cuanto a la renuncia a los indicados beneficios, no supone una integración o modificación del contenido de la fianza, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Y ello por cuanto la fianza es una relación jurídica contractual y no una cláusula contractual reguladora del contrato de préstamo, por más que el pacto de afianzamiento se

B) Nulidad total del contrato de fianza.

No obstante lo anterior, existen también sentencias que se decantan por la nulidad total del contrato de fianza. Una de ellas es la SJPI San Sebastián 14 noviembre 2016, que, contrariando la SJPI San Sebastián 18 febrero 2016, citada anteriormente y que declara la nulidad parcial de la fianza, aboga, en un supuesto en el que el fiador era también el hipotecante que garantizaba la deuda principal¹⁵⁶, por la nulidad total del contrato “de acuerdo con lo establecido en los art. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, y de la jurisprudencia del TJUE que expresamente ha venido reiterando la imposibilidad de integración de las cláusulas declaradas abusivas salvo el supuesto excepcional de que tal declaración de nulidad conlleve la nulidad del contrato y ello resulte perjudicial para el consumidor”.

También puede verse la SJPI Bilbao 5 abril 2018 que, después de estimar abusiva la solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, expone, no sin antes referirse, erróneamente, al afianzamiento como cláusula en vez de como contrato, que “no constando la existencia de alguna situación fáctica que deba restablecerse, sólo cabe declarar la misma como nula de pleno derecho y acordar que se tenga por no puesta, decayendo el contrato de fianza y continuando vigentes las restantes estipulaciones del contrato de préstamo, en los mismos términos”.

Interesante fue el caso que desembocó en la SJPI Vitoria 28 noviembre 2017 en el que los demandantes, que eran los padres de los deudores principales y no poseían conocimientos financieros ni jurídicos¹⁵⁷, interpusieron una demanda que contenía, entre otras pretensiones, que se declarara la nulidad por vicio del consentimiento del contrato de fianza inserto en el contrato de préstamo. El Juzgado estimó la demanda fundamentada en los arts. 1265 y 1266 CC, diciendo, en resumidas cuentas, y remitiéndose previamente a jurisprudencia del Tribunal Supremo que trata los requisitos del error como invalidante del consentimiento, que, para superar el error que calificó como esencial y excusable, la entidad bancaria debería haber proporcionado a los fiadores una información suficiente sobre el

documento en la propia escritura de préstamo hipotecario; el contrato de fianza es un contrato accesorio del contrato de préstamo en cuanto a su objeto y, al mismo tiempo, es un contrato distinto desde el punto de vista subjetivo, cuestión esta última que otorga al contrato de fianza sustantividad propia en función de la obligación principal que contiene. Por lo tanto, el contrato de fianza debe subsistir en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de su contenido abusivo, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

156 Es interesante el fundamento de derecho sexto: “La cláusula (la DÉCIMA) controvertida es una fianza, es decir, no es esencial para el contrato suscrito. Se trata, por el contrario de una garantía, que se añade a una garantía anterior, la hipotecaria, por lo que resulta inexplicable que se renuncie a todos los derechos que recoge. Se otorga en sede de un contrato de préstamo que viene garantizado con hipoteca que cubre la totalidad del importe prestado, por lo que las circunstancias evidencian que no era presumible que se iba tener que atender la totalidad de la deuda, ya que, en algún importe, por mucho que haya bajo el valor del inmueble, habría de satisfacerse al prestamista, sin que la situación concursal le impida hacer efectiva su garantía hipotecaria”.

157 Así lo decía el noveno párrafo del fundamento de derecho sexto.

significado de la fianza solidaria y lo que implicaba renunciar a los beneficios de orden, división y excusión.

No estamos de acuerdo con dicha sentencia y creemos que su argumentación no debe ser el camino para vindicar la nulidad total del contrato de fianza. Consideramos loable, en términos de defensa, que se alegue el error como vicio del consentimiento, pero la nulidad que origina dicho vicio afecta a la extensión de la fianza y no al contrato de fianza, resultando harto complicado, sino imposible, defender que los fiadores no quisieron perfeccionar un contrato de fianza¹⁵⁸. Es decir, la nulidad por vicio del consentimiento afectaría a algunas de las cláusulas del contrato de fianza, en concreto, al pacto de solidaridad y a las renunciaciones, pero no al consentimiento que dieron los demandantes para constituirse como fiadores, máxime cuando se trataba de unos padres que, voluntariamente, quisieron garantizar la deuda de los hijos, aunque no en los términos que predispuso la entidad bancaria. En definitiva, el criterio de la SJPI Vitoria 28 noviembre 2017 para fundamentar la nulidad total del afianzamiento es censurable, máxime cuando podría haber empleado otros argumentos que habrían tenido mayor cobertura legal.

En el ámbito de las Audiencias Provinciales, hay dos sentencias, a la fecha de presentación del presente trabajo, que declaran, con sombras en su motivación, la nulidad total del contrato de fianza. La primera de ellas es la SAP Álava 12 junio 2017, que, después de estimar el carácter abusivo de la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, declaró la nulidad total del contrato de fianza, motivando su decisión en que “aunque declarásemos la nulidad parcial de la cláusula y la expresión “renuncia a los beneficios de orden, división y excusión” como inexistente, subsistiría el aval solidario que tampoco fue negociado con el avalista, incurriendo en los mismos vicios de falta de transparencia por no haber sido negociado con la Caja”. Igualmente, un año después la SAP Valencia 17 octubre 2018 sostuvo el mismo criterio, utilizando la técnica del “copia y pega” del fundamento de derecho tercero de la SAP Álava 12 junio 2017 que se ha expuesto.

158 La doctrina, como MIGUEL GONZÁLEZ, J.M.: “Artículo 82”, en AA.VV.: *Comentario a las Normas de Protección de Consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, p. 726 y 728, ha denominado la declaración de voluntad del consumidor respecto al objeto principal del contrato perfeccionado como “consentimiento suficiente”, lo que dificulta, según el citado autor, el vicio del consentimiento o el examen del control de incorporación, transparencia y contenido respecto a las prestaciones esenciales inherentes al objeto principal del negocio jurídico. Es decir, resulta realmente difícil vindicar, por ejemplo, la nulidad total del contrato de compra y venta, préstamo o de fianza celebrado en base a que el consumidor prestó de manera viciada su consentimiento respecto a las obligaciones esenciales y básicas del contrato. Todo ello sin perjuicio de que, en determinados supuestos, se pueda vindicar la nulidad total por otros medios, como por ejemplo en base que el contrato no pueda subsistir sin una cláusula declarada abusiva y el Juez no pueda moderarla por imperativo del art. 6 Directiva 93/13, salvo que dicha decisión sea más perjudicial para el consumidor.

4. Recapitulación: ¿Hacia una nueva cuestión prejudicial?.

Antes de entrar en el análisis de la *quaestio iuris* que jalona este subapartado, hay que partir de la premisa que el debate entre nulidad parcial o total del contrato de fianza y su posible sometimiento a una cuestión prejudicial no gravitará en torno a si es abusivo el objeto principal del afianzamiento¹⁵⁹, sino en si, después de declararse la nulidad del pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, el Juez podrá integrar el contrato subsistiendo la fianza como simple y con los citados derechos, o deberá estimar que el contrato es nulo en su totalidad al tener vetada cualquier tipo de integración o moderación de las cláusulas abusivas.

Dicho esto, podemos decir que, en relación a la posibilidad de integración del Juez, existen argumentos suficientes para defender tanto la nulidad parcial como total del afianzamiento, aunque en este trabajo no inclinemos por una opción, tal y como luego se verá. Por ello, el estilo narrativo que vertebrará las próximas líneas consistirá en exponer, sintéticamente, dado que mucho de los razonamientos se han tratado más arriba, los argumentos que permitirán vindicar una u otra opción respecto a los efectos del carácter abusivo de las cláusulas relativas a la extensión de la fianza.

159 Siempre ha existido el eterno debate si las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato pueden someterse al control de incorporación, de transparencia y de contenido. Prima facie, podría decirse que no, a la vista del art. 4.2 Directiva 93/13 que establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (...)”. Sin embargo, el citado precepto dispone, a renglón seguido, la siguiente condición: “Siempre que dichas cláusulas se redacte de manera clara y comprensible”. Es decir, se puede colegir que, si la cláusula que afecta al objeto principal del contrato, no se ha redactado de manera clara y comprensible será posible someterla al triple control de incorporación, transparencia y contenido, aunque afecta el objeto principal del contrato, pronunciándose en este sentido, el fundamento de derecho decimosegundo de la STS 9 mayo 2013, que dice, en relación al art. 4.2 Directiva 93/13 in fine, que “la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible”. Por otro lado, el hecho de que el contenido íntegro del art. 4.2 Directiva 93/13 no se ha traspuesto en la legislación española ha motivado que se sostenga que el legislador ha querido ampliar la protección del consumidor, pudiendo citarse la STJUE 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162), que dice lo siguiente: “No se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. (...) los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. La STJUE 3 junio 2010 fue criticada duramente por CÁMARA LAPUENTE, S.: “No puede calificarse como cláusula la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 1 y 2, al entender que el TJUE se extralimitó al decir, de acuerdo a la laguna legislativa de nuestro ordenamiento respecto al carácter abusivo de las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato, que el control de contenido era posible al no haberse traspuesto en el TRLGDCU el contenido íntegro del art. 4.2 Directiva 93/13.

A) Argumentos que abogan por la conservación del contrato de fianza.

Ya hemos visto que las resoluciones que se han decantado por la nulidad parcial parten de la premisa de que el contrato de fianza en si no está afectado por una tacha de abusividad, solo determinadas cláusulas relativas a su extensión, pudiendo subsistir sin estas, ya que el mantenimiento de la fianza como simple con los beneficios de orden, división y excusión no representa una integración del contrato o moderación de las cláusulas abusivas, sino, solamente, una representación de restauración del equilibrio real entre las partes. En apoyo de esta tesis, podría decirse también, a los efectos dialécticos, lo siguiente:

En primer lugar, atendiendo a la extrapolación de la exégesis labrada en torno a la reclamación de nulidad del interés remuneratorio del contrato de préstamo cuando el interés moratorio es abusivo, al socaire de que tanto el contrato de fianza como el interés remuneratorio no han sido sometidos al juicio de abusividad, máxime cuando el consumidor prestó un “consentimiento suficiente” para la perfección del contrato.

En segundo lugar, y de conformidad con el criterio de la STS 11 septiembre 2019, aplicado, *mutatis mutandi*, al afianzamiento, en las controversias que afectan a los negocios de garantía hay dos figuras inescindibles: el contrato de fianza y el crédito que garantiza, el cual tiene como fuente obligacional generalmente un contrato de préstamo. Si se declarara la nulidad total del afianzamiento las facultades del acreedor estarían lastradas, de modo que, si el predisponente hubiese conocido esa circunstancia, probablemente la financiación no habría existido, conforme, en palabras del Tribunal Supremo, “a la voluntad común real o hipotética de ambas partes”.

En tercer lugar, la nulidad total de la fianza podría dejar en aguas de borrajás la estimulación de la actividad comercial en un entorno donde reine la seguridad jurídica, debilitando la protección de la confianza de todos los agentes económicos que sean parte en las relaciones comerciales (considerando séptimo Directiva 93/13). Por ello, la nulidad total del contrato podría provocar lo que dijo la STS 11 septiembre de 2019, que, al compás de que la subsistencia de los contratos dependiera exclusivamente del interés del consumidor, en detrimento del equilibrio de las relaciones contractuales, los empresarios o profesionales difícilmente llegaría a acuerdos con los consumidores, ante el riesgo de ineficacia de los negocios perfeccionados, no sirviendo de nada poner el foco en la protección de los consumidores y usuarios si la actividad comercial se ve reducida a su mínima expresión, dificultando al acceso al crédito y a bienes y servicios.

Por último, y en relación a lo anterior, como dijo la STJUE 15 marzo 2012, para valorar si un contrato puede subsistir sin cláusulas abusivas se debe partir, al

abrigo del principio de seguridad jurídica en las actividades económicas y del art. 6 Directiva 93/13, de un enfoque objetivo, no pudiendo ser determinante solamente el interés del consumidor, sino también el del profesional o empresario. Partiendo de la hermenéutica de dicha sentencia, mantener el afianzamiento como simple con los beneficios de orden, división y excusión satisfaría ambos intereses y, sobre todo, el equilibrio real de los derechos u obligaciones entre las partes.

B) La nulidad total del afianzamiento como medida respetuosa con los objetivos del Derecho de la Unión Europea en materia de consumidores y usuarios.

No obstante lo expuesto, en el supuesto de que se estime abusivo el pacto de solidaridad y las renunciaciones a los beneficios de orden, división y excusión, se podría vindicar la nulidad total del contrato, y ello por lo que se dirá a continuación:

Si bien es cierto que, al igual que sucedía con el interés remuneratorio y el interés de demora, el contrato de fianza no está viciado por el juicio de abusividad, ello no debe ser óbice para poder vindicar en un proceso la nulidad total del afianzamiento. Hay que tener en cuenta que en el caso del interés remuneratorio y el moratorio el Juez no tuvo que encomendarse a ninguna labor integradora respecto al interés que remuneraba el préstamo, al ser intereses totalmente distintos que, ni de manera periférica, se solapaban¹⁶⁰. Sin embargo, con la nulidad de la fianza solidaria y las renunciaciones la labor de integración del Juez afecta al nudo gordiano del afianzamiento y, sobre todo, al marco jurídico que debe regir las relaciones entre el acreedor y el fiador.

Así, desligándonos del criterio secundado por las SSAP Guipúzcoa 30 septiembre 2015 y 6 noviembre 2015, en torno a que mantener el afianzamiento como simple tras declarar el carácter abusivo de la fianza solidaria y las renunciaciones a los beneficios de orden, división y excusión “no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes”, entendemos que sí supone un ejercicio de integración mantener la vigencia del contrato, y ello es así porque, en defecto de la fianza solidaria, existe una laguna normativa en el negocio contractual que precisa de integración a fin de disciplinar las relaciones entre el acreedor y el fiador, pues no es lo mismo una fianza solidaria, que por mor del art. 1822 CC se regirá por lo dispuesto en la sección 4ª, Capítulo III, Título I, del Libro IV del Código Civil, que una fianza simple o subsidiaria donde sí serán aplicables los arts. 1830, 1831, 1832, 1833, 1834, 1836 CC, sin perjuicio del vacío existente en los escenarios de

¹⁶⁰ En contra puede verse BASOZÁBAL ARRÚE, X.: “¿Interpretación integradora del contrato con condiciones generales abusivas? (Un diálogo entre amigos)”, en AA.VV.: *Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dir. A.M. MORALES MORENO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, pp. 88-91, que dice que no deja de ser una forma de integrar el mantenimiento de los intereses remuneratorios una vez declarada la nulidad del moratorio.

cofianza para el caso de estimarse la nulidad de la renuncia al beneficio de división, donde, en defecto del art. 1144 CC, por ejemplo, será de plena aplicación el art. 1837 CC¹⁶¹.

Por tanto, desligándonos totalmente del eufemismo con el que se intenta justificar la nulidad parcial del contrato de fianza en el entendido de que no es una integración del contrato, sino una restauración del equilibrio de las partes, debemos despejar la incógnita sobre si dicha facultad de integración resulta posible.

Ya hemos visto que la STJUE 15 marzo 2012, citada más arriba, postuló, a la hora de discernir si un contrato puede subsistir sin cláusulas abusivas, que el principio de seguridad jurídica en las actividades económicas aboga por dotar a la controversia de un enfoque objetivo, atendiendo a que la posición del consumidor no debe ser determinante, sino que habría que ponderar los intereses de este con los del empresario o profesional. Dicha tesis parece defender a ultranza el principio de conservación del contrato al margen de los objetivos previstos en el art. 7 Directiva 93/13, sin embargo, este planteamiento debe entenderse superado por las numerosas resoluciones del TJUE dictadas posteriormente y que han sido citadas en este trabajo, las cuales abogan por entender que se opone a la norma del Derecho nacional la labor del Juez de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, al poder poner en peligro el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la utilización indiscriminada de cláusulas abusivas. De este modo, puede afirmarse, a la vista de la doctrina consolidada del TJUE, que el Juez, respecto al afianzamiento, solo podrá integrar el contrato o modificar las cláusulas declaradas abusivas cuando la nulidad total perjudique al fiador, lo que no acontece en el contrato de fianza, pues el consumidor quedará liberado del vínculo contractual y el empresario o profesional verá como, por no aplicar prácticas comerciales leales ni emplear protocolos de transparencia, la satisfacción del crédito procedente de la deuda principal está huérfano de una garantía personal.

Dicho al estilo socrático: ¿Por qué los profesionales iban a dejar de insertar, con alevosía y nocturnidad, el pacto de solidaridad de la fianza con la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión si tuviesen la certeza de que, aún en el supuesto de estimarse dichas cláusulas como abusivas, el contrato de fianza seguirá indemne porque el Juez procedería a integrar las reglas de extensión del afianzamiento? Evidentemente, la respuesta conforme a lo que se acaba de exponer se antoja tautológica.

161 Teniendo por finalidad la integración, siguiendo a O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 260, "determinar los efectos totales del contrato, cuando éstos no han sido plenamente completados por las partes", es evidente que, tras la nulidad de la solidaridad de la fianza y sus beneficios, existe un vacío normativo que es preciso completar y determinar mediante las normas dispositivas aplicables (art. 1258 CC) en defecto de pacto o cláusulas de salvaguardia, que es lo que han venido haciendo los Tribunales manteniendo el afianzamiento como simple.

Finalmente, podría reprocharse a este planteamiento que olvida el argumento esbozado por la STS II septiembre 2019, a modo de *obiter dicta*¹⁶² y que aquí adaptamos al afianzamiento, en torno a que, en relación al préstamo y las garantías, hay dos figuras jurídicas inescindibles, de modo que aquel contrato no existiría si las posibilidades de cobro del acreedor se viesan debilitadas y que, seguramente, la financiación se concedió por el predisponente gracias a la perfección de la garantía, ya sea esta personal o real, procediendo la integración porque el contrato que origina la deuda principal no se habría celebrado sin el contrato de fianza.

A pesar de que más arriba reprobamos dicho argumento, entendemos que debe invertirse el enfoque al compás de los principios comunitarios cristalizados en la Directiva 13/93, pues no se trata, una vez declarada la nulidad de determinadas cláusulas, de averiguar la voluntad de las partes o, mejor dicho, del predisponente, en un ejercicio de reinterpretación del contrato, sino de integrar las lagunas normativas que tenga el clausulado contractual¹⁶³; por ello, y debiéndose alejar los Juzgados y Tribunales de cualquier ejercicio de interpretación, lo que deben de hacer es comprobar si, declarada la abusividad de las cláusulas de extensión del afianzamiento, la nulidad total perjudica el fiador y, en caso negativo, que será lo más frecuente dada la generalización del carácter gratuito de la fianza, sancionar con la nulidad total no solo el afianzamiento en sí¹⁶⁴, sino las prácticas comerciales desleales del predisponente, pues en caso contrario el mensaje que se transmitiría no sería otro que las entidades bancarias podrán volver a utilizar las citadas cláusulas, ya que, en cualquier caso y con olvido de los arts. 6 y 7 Directiva 93/13, la sanción brillaría por su ausencia.

Es decir, el escenario variaría notablemente en caso de nulidad total o parcial, pues en el primer caso el acreedor podrá ver como el cobro del crédito se demora *sine die*, ante la insolvencia del deudor principal, o verá, en caso de conservación del afianzamiento, que seguiría gozando de la garantía personal, aún sin ser solidaria y con los beneficios de orden, división y excusión, brillando el efecto disuasorio por su ausencia, pues el predisponente, según Carrasco Perea, no tendría ningún incentivo a extremar su ventaja “ya que de todas formas puede contar con que

162 Decimos *obiter dicta* porque, en relación a la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, la *ratio decidendi* gravitó sobre los argumentos *pro consumatore* empleados por la STJUE 26 marzo 2019.

163 Precisamente dice LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Sobre integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977”, *Revista de Derecho Privado*, vol. I, 1980, p. 71, en relación al art. 1258 CC, que la remisión del precepto a la buena fe, al uso y a la ley como medios de integrar el contrato “no tiene como finalidad reinterpretar el contrato, sino incardinarlo en un ambiente normativo que excede de la propia disponibilidad de las partes”.

164 Volvemos a remitirnos a los argumentos del Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno en el voto particular de las SSTS 23 diciembre 2015 y 18 febrero 2016, los cuales son extrapolables al afianzamiento: “Hay que insistir, una vez más, y las veces que resulten necesarias, que la integración del vacío que deja la cláusula declarada abusiva sólo puede, excepcionalmente, realizarse a través de una aplicación supletoria cuando dicha nulidad afecte a un elemento esencial de contrato principal, sin que éste puede seguir subsistiendo, y además se realice sólo en atención de los intereses y derechos del consumidor”.

nunca perderá más de lo que hubiera perdido de haberse conformado de buena fe”¹⁶⁵.

C) *El necesario y obligado planteamiento de una cuestión prejudicial.*

Hemos podido comprobar que existen argumentos suficientes para defender tanto la nulidad parcial o total del contrato de fianza, no obstante, el hecho de que el lector se incline por una y otra opción no será óbice para eliminar el acervo disyuntivo que existe en la presente causa, máxime cuando, a la fecha de presentación de este trabajo, no se ha planteado ninguna cuestión prejudicial sobre los efectos de la nulidad de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, como ya se hiciera con los intereses de demora, el vencimiento anticipado o el IRPH.

Por ello, y lejos de poder incardinarse la presente controversia en la “doctrina o teoría del acto claro”¹⁶⁶, que vetaría cualquier cuestión prejudicial, existe una duda más que razonable sobre la manera en que se ha de resolver los efectos de la abusividad de las cláusulas de extensión del afianzamiento, representado una desidia de los Juzgados y Tribunales inhibirse en el planteamiento de una cuestión prejudicial, pues aunque un órgano jurisdiccional este convencido de que la nulidad parcial o total se impone en la controversia sometida a su jurisdicción, ello no implica, ni mucho menos, que la misma perspicuidad y determinación se pueda imponer al resto de órganos jurisdiccionales¹⁶⁷, tal y como hemos visto con las respuestas dispares que han dado los Juzgados, decantándose unos por la conservación del afianzamiento, en la tesis de que declarar la fianza como simple, con los derechos de orden, división y excusión, no supone una integración proscrita por el art. 6 Directiva 93/13, y otros por la nulidad total, al socaire de que no existe ninguna situación que deba restablecerse, so riesgo de moderar el contenido de cláusulas que han sido declaradas abusivas y cuya integración en nada beneficia al consumidor, que afianzó gratuitamente y movido, generalmente, por fines solidarios y altruistas con el deudor principal.

VII. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.

En esta investigación hemos podido ver que, en la práctica bancaria, la fianza inserta documentalmente en un contrato de préstamo, lejos de configurarse como

165 CARRASCO PEREA, Á.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 830 y 831.

166 MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 499.

167 Así lo decía el parágrafo 16 de la STJUE 6 octubre 1982: “La correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad”.

una cláusula de este, se trata de un contrato autónomo e independiente, aunque accesorio y relacionado con el contrato principal. El tratamiento del afianzamiento como un contrato ha permitido que el TJUE avale la posición del fiador; a fin de que este pueda ser considerado como un consumidor.

Efectivamente, a pesar de que en el pasado la condición del fiador como consumidor sembraba dudas en el seno de los Juzgados y Tribunales españoles, actualmente a este se le pueden aplicar las normas tuitivas de consumidores y usuarios, incluso en el supuesto de que el prestatario sea una mercantil y el contrato de préstamo relacionado con el afianzamiento tenga por objeto financiar una actividad empresarial o comercial. Generalmente, el TJUE exige que el fiador no encarne un órgano de administración de la mercantil prestaría ni tenga una participación significativa en el capital social., sin embargo, a día de hoy siguen latentes incógnitas en torno a qué se entiende por participación significativa, por no decir los supuestos conflictivos que hemos abordado en este trabajo respecto a la persona jurídica como garante o el fiador que es cónyuge del administrador o socio de la empresa prestataria.

Por otro lado, aunque el contrato de fianza no pueda tacharse como una condición general de la contratación, por afectar al objeto principal del contrato, las cláusulas relativas al afianzamiento, como el pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se configuran en la práctica bancaria, por su carácter habitual y su vocación de generalidad, como condiciones generales de la contratación, tal y como hemos tenido la oportunidad de comprobar.

Respecto al carácter abusivo de las cláusulas de extensión del afianzamiento, la regla general en la contratación bancaria ha sido la opacidad en detrimento de la perspicuidad, abundando los contratos de fianza insertos documentalmente en el contrato de préstamo donde el predisponente, lejos de explicar al consumidor las vicisitudes del afianzamiento y, sobre todo, la repercusión económica de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se ha limitado, simple y llanamente, a dar una explicación eminentemente lacónica o a remitirse a los preceptos del Código Civil que avalan dichas renunciaciones, sirviéndose a menudo de una letra milimétrica y una redacción sin riqueza tipográfica que socavan los requisitos básicos de los controles de incorporación y de transparencia.

Lamentablemente, estas prácticas comerciales desleales revestidas de inequidad han sido acreedoras del beneplácito del Tribunal Supremo, en las sentencias dictadas este año, cuya exégesis ha ido por la senda de presumir que el consumidor conocía el contenido de las renunciaciones, bajo el argumento discutible, como no podía ser de otro modo, de que la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión es la regla general en el tráfico económico, estando avaladas por el Código Civil.

A menudo, la situación del fiador se vislumbra sangrante, tanto desde el plano económico como jurídico, motivo por el cual mostramos nuestros recelos respecto a que las renunciaciones predispuestas superen el control de contenido, pues, colocándose el consumidor en fiador gratuitamente y afianzando una operación que no va ligada a un fin crematístico propio, merced de que presta su consentimiento movido por fines tan loables como la generosidad, el altruismo o la amistad con el deudor principal, ve como todo su patrimonio tiene que responder, de la noche a la mañana, de una deuda que tiene como acreedora a una entidad bancaria, agravándose el desequilibrio en los frecuentes casos en los que esta, además de la garantía personal, ostenta un derecho real de hipoteca.

A nuestro juicio, y de acuerdo a los principios comunitarios, las entidades bancarias deberán someterse a un proceso de sensibilización adoptando una nueva perspectiva de competencia en la que lo primordial no será reforzar la garantía del crédito a costa de que el consumidor renuncie, con nocturnidad y alevosía, a derechos y beneficios que le reconoce nuestro legislador desde el siglo decimonónico, sino de significarse en el mercado bancario como entidades que han instalado eficaces protocolos de transparencia que garanticen una negociación leal y equitativa con la parte más débil.

Finalmente, respecto a los efectos que tendrá en el devenir del contrato de fianza la nulidad de la solidaridad y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, se trata, desde cualquier punto de vista, de una cuestión controvertida donde entra en conflicto el principio de conservación del contrato y los objetivos marcados en materia de consumidores y usuarios por la Unión Europea, siendo urgente y necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al órgano a quien, el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, le encomendó la función nomofiláctica respecto al Derecho de la Unión.

En este estudio, nos inclinamos porque los Jueces, generalmente, no podrá integrar el contrato de fianza o, dicho de otro modo, tienen vetado el mantenimiento del afianzamiento como simple con los beneficios de orden, división y excusión, pues ello iría en contra de la exégesis dibujada por el TJUE que ha expuesto, reiteradamente, que resultaría incompatible con el efecto disuasorio que reclama el art. 7 Directiva 93/13 la moderación de las cláusulas abusivas, máxime cuando, respecto al afianzamiento, la nulidad total no ocasionaría ningún perjuicio al consumidor y con ello se lograría que, amén de garantizar la transparencia, en el futuro los profesionales expliquen pormenorizadamente a los adherentes las consecuencias económicas de los beneficios a los que renuncian, so riesgo de que la garantía personal que han perfeccionado se torne ineficaz, pues no servirá de nada la nulidad parcial del contrato de fianza si el empresario tuviese la certeza que, aún declarándose la nulidad de las cláusulas relativas a la extensión

del afianzamiento, el contrato seguiría indemne, pudiendo exigir posteriormente el cumplimiento al fiador.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, M^a. T.: *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: "Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 5°.

BASOZÁBAL ARRÚE, X.: "¿Interpretación integradora del contrato con condiciones generales abusivas? (Un diálogo entre amigos)", en AA.VV.: *Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dir. A.M. MORALES MORENO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017.

BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: "Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2020

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Disposición adicional 1^a. Tres: Art. 10 bis. 1^o", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1999.

BLANDINO GARRIDO, M^a. A.: "Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado de la cuestión", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 32, 2013.

BUSTO LAGO, J.M., COLÁS ESCANDÓN, A.M^a, MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de contratos*, t. IV (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "No puede calificarse como cláusula la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

CARRASCO PEREA, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

CASTILLA BAREA, M.: "Comentario al artículo 1822 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. IX (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1986.

CAÑIZARES LASO, Á.: "Condiciones generales de la contratación y control de incorporación, información y transparencia", en AA.VV.: *Guía sobre contratación bancaria de productos complejos* (coord. E. Sanjuán y Muñoz), Sepín, Madrid, 2015.

COLÁS ESCANDÓN A.M.: "Contratos de garantía", en AA.VV.: *Tratados de Contratos*, t. IV (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 4, 1982.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. y AA.VV.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Obligaciones y Contratos*, Civitas, Madrid, 1988.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016.

DIEZ-PICAZO, J.L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.

DIEZ-PICAZO, J.L.: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993.

DIEZ-PICAZO, J.L.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2012.

GARCÍA-CUECO MASCARÓS, J.: "La fianza", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, vol. 3º (coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), Civitas, Madrid, 2001.

GÓMEZ-BLANES, P.: *El principio de Accesoriedad de la Fianza*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

GÓMEZ POMAR, F.: "¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2019.

LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, Edersa, Madrid, 1958.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Contratos, Principios de Derecho civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2019.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Sobre integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)", *Revista de Derecho Privado*, vol. I, 1980.

MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2020.

MARQUÉS MOSQUERA, C.: "La fianza en los préstamos hipotecarios", *Cuadernos de Derecho y Comercio Extraordinario*, 2014.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: "Disposición adicional 1^a.3", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (dir. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ Y L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), Civitas, Madrid, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: "Artículo 82", en AA.VV.: *Comentario a las Normas de Protección de Consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: "Artículo 83", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011.

MONSERRAT VALERO, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

MORENO GARCÍA, L.: *Las Cláusulas Abusivas. Tratamiento sustantivo y Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "El control de transparencia en las cláusulas suelo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, enero 2018.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

ORDÁS ALONSO, M.: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos (especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia)*, Bosch, Barcelona, 2014.

PAZ-ARES, C.: "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en AA.VV.: *Curso de Derecho mercantil*, vol. I (dirs. URÍA Y MENÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2006.

PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PASCUAL BROTONS, C.C.: *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Reus, Madrid, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Artículo 80", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", en AA.VV.: *Tratado de Contratos*, t. II (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020,

PLAZA PENADÉS, J.: "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Diario la Ley*, núm. 8112, junio 2013.

RAGA BLANCH, P.V.: *Subrogación por pago y juicio ejecutivo basado en pólizas de contratos mercantiles y escrituras públicas (Fianza, Solidaridad, Acumulación de acciones, Sucesión Procesal, con referencias a la nueva LEC)*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

ROCA GUILLAMÓN, J.: "Comentario al artículo 1258", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. I, Edersa, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ PAREDES, M. L.: "Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM I Oviedo 18.2.2010)", *Anuario de derecho concursal*, núm. 21, 2010.

ZUMAQUERO GIL, L.: "El carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en materia en préstamos hipotecarios", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo* (dir. M. CUADRADO IGLESIAS y L. NÚÑEZ BOLUDA), t. II, La Ley, Madrid.