

TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA: LA SITUACIÓN DEL FIADOR CONSUMIDOR¹

Transparency and unfairness in the guarantee contract: the situation of the guarantor-consumer

LAURA SANCHO MARTÍNEZ

laura.sancho@ehu.eus

Investigadora contratada de Derecho Civil (acreditada como Profesora Adjunta)
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Cómo citar / Citation

Sancho Martínez, L. (2023).

Transparencia y abusividad en el contrato de fianza: la situación del fiador consumidor
Cuadernos de Derecho Privado, 7, pp. 114-152

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.52>

(Recepción: 22/06/2023; aceptación tras revisión: 31/07/2023; publicación: 31/12/2023)

Resumen

El presente trabajo pretende examinar críticamente la reciente doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en torno a la aplicabilidad y alcance de los controles de transparencia y abusividad en los contratos de fianza concluidos con garantes consumidores. A tal fin, se partirá del estudio de la propia posibilidad de considerar al fiador como consumidor, para pasar a analizar a continuación la aplicación de los referidos controles en los dos supuestos que mayor litigiosidad están generando en la práctica: la renuncia por parte de los consumidores a los beneficios de excusión y división, junto a la habitual constitución de la fianza como solidaria, así como la excepcional abusividad del contrato de fianza en su conjunto cuando represente una garantía desproporcionada.

Palabras clave

Fianza, transparencia, abusividad, beneficios de excusión y división, sobregarantía

Abstract

This paper aims to critically examine the recent doctrine produced by the Supreme Court on the applicability and scope of the controls of transparency and unfairness in guarantee contracts concluded with consumer guarantors. To this end, the study will start by

¹ Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 «Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales» financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) sobre «Persona, familia y patrimonio», de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurúa.

examining the possibility of considering the guarantor as a consumer, and will then proceed to analyse the application of the aforementioned controls in the two cases that are generating the most litigation in practice: the waiver by consumers of the benefits of excusion and division, together with the usual constitution of the guarantee as joint and several, as well as the exceptional unfairness of the guarantee contract as a whole when it represents a disproportionate guarantee.

Keywords

Guarantee, transparency, unfairness, benefits of excusion and division, over-guarantee

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO. II. EL FIADOR COMO CONSUMIDOR. II.1. Relevancia de la cuestión: la condición de consumidor como requisito necesario para la aplicación de los controles de transparencia material y de contenido. II.2. El fiador como consumidor en su relación contractual: la irrelevancia de la condición del deudor principal y la aplicación del criterio de la funcionalidad. III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA. III.1. Consideraciones previas. III.2. La cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división. El carácter solidario de la fianza. III.3. La excepcional abusividad de la «cláusula de afianzamiento»: la nulidad del contrato de fianza por la imposición de garantías desproporcionadas. IV. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. PLANTEAMIENTO

En la constitución de fianzas como garantía de operaciones de financiación de diversa naturaleza –operaciones que pueden ser o no de consumo, y que con frecuencia se encuentran aseguradas por medio de cauciones adicionales (de ordinario, garantías reales sobre bienes del propio deudor o de un tercero) a las que se suma la fianza–, resulta habitual la imposición por parte del acreedor-empresario de sus propias condiciones contractuales al garante personal, quien se limita a adherirse al contrato de garantía sin oportunidad real de negociar su clausulado. En estas circunstancias, es ciertamente frecuente que el profesional establezca las condiciones que se le representen como más beneficiosas, lo que en el contrato de fianza se traduce de ordinario en la renuncia por parte del fiador a una serie de beneficios –como los de excusión y división–, así como en la aceptación de cierta clase de acuerdos –en particular, la solidaridad de la fianza–, mediante los que el acreedor buscará incrementar al máximo sus posibilidades de obtener

una plena y rápida satisfacción del crédito asegurado². En esta tensión entre una ineludible utilización de modelos prerredactados por parte de los profesionales en el actual tráfico económico y el potencial riesgo de desconocimiento y desequilibrio que atenaza a los adherentes, el fiador no solo debe contar con la posibilidad efectiva –en cuanto contratante que se adhiere a un negocio con condiciones generales de la contratación– de llegar a conocer las cláusulas que el acreedor pretenda integrar en el contrato (*cf.* arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* [en adelante, LCGC]), sino, principalmente, de ver salvaguardada la íntegra transparencia –no solo formal, sino sobre todo material– de las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual, así como de tener la garantía de que serán expurgadas las que presenten un contenido abusivo, siempre y cuando aquel merezca la calificación de consumidor (*cf.* arts. 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* [TRLGDCU]).

Así pues, cuando el fiador pueda ser calificado –en los términos del artículo 3.1 TRLGDCU y con los límites que al respecto marca la jurisprudencia– como consumidor dentro de su propia relación negocial, el clausulado que le haya sido impuesto por el empresario deberá atravesar con éxito los controles de transparencia (formal y material) y de contenido previstos en el TRLGDCU para ser válido –pues ambos controles, y no solo el de contenido o abusividad, se cifran como controles de validez en el artículo 83 TRLGDCU, tras el nuevo párrafo añadido por la Disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI)–.

A todas estas cuestiones relativas a la protección del fiador consumidor, que durante largo tiempo han sido abordadas de manera discordante por los órganos judiciales y respecto a las que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse con carácter reciente en diversas resoluciones, nos referiremos y examinaremos en el presente estudio, atendiendo para ello al siguiente orden expositivo: en la primera parte del trabajo, con carácter preliminar, se abordará la posibilidad de considerar al fiador como consumidor, en los términos fijados por el TJUE, a fin de dilucidar la aplicabilidad de la Directiva 93/13/CEE³ y del TRLGDCU a su relación contractual (apartado II). Resuelto

² *Vid.* Carrasco Perera et al. (2022: 799-800); Bastante Granell (2017: 61).

³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

lo anterior, en la segunda y última parte del trabajo se discernirán los diversos controles a los que deben quedar sometidas las cláusulas no negociadas con el fiador consumidor conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al objeto de examinar su aplicación tanto a las estipulaciones impuestas por excelencia en el negocio de fianza –nos referimos a la renuncia a los beneficios de excusión y división, así como a su carácter solidario–, como del propio afianzamiento como unidad (apartado III). Tras ello, nos hallaremos en condiciones de extractar las correspondientes conclusiones (apartado IV).

II. EL FIADOR COMO CONSUMIDOR

II.1. Relevancia de la cuestión: la condición de consumidor como requisito necesario para la aplicación de los controles de transparencia material y de contenido

Como resulta conocido, el fenómeno de la contratación no negociada ha sido regulado en el ordenamiento español bajo dos prismas diferentes: de un lado, el correspondiente a las condiciones generales de la contratación, cuyo régimen se contiene en la LCGC, y que tiene por objeto proteger al adherente –sea consumidor o empresario– frente a la utilización de modelos contractuales predispuestos e impuestos por un profesional y que presenten vocación de generalidad (cfr. arts. 1 y 2 LCGC); y, de otro lado, desde la perspectiva relativa a la tutela de los consumidores, quienes cuentan con una ordenación especial –la contemplada en el Título II del Libro Segundo del TRLGDCU, y que es resultado de la transposición de la Directiva 93/13/CEE– de las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual con el empresario.

En el primer caso, la regulación especial se explica tanto por las particularidades de su objeto –las cláusulas contractuales predispuestas e impuestas y que hayan sido redactadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (cfr. art. 1 LCGC)– como de la propia realidad negocial de la adhesión, lo que conduce a proteger a la parte adherente, con independencia de su condición como consumidor o profesional, por medio del establecimiento de mecanismos relativos a la efectiva incorporación de las condiciones generales al contrato –y que consisten en la superación de ciertos requisitos formales de cognoscibilidad y de transparencia: cfr. arts. 5 y 7 LCGC–, así como de una serie de pautas interpretativas favorables al adherente (art. 6 LCGC). Mientras que, en el segundo caso, el elemento nuclear de la regulación reside en la condición esencial de consumidor, al que se protege frente al empleo de cláusulas contractuales no negociadas

individualmente con el empresario; es decir, cláusulas que, conforme al artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, hayan sido redactadas previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir el consumidor. En consecuencia, el TRLGDCU se aplica con independencia de que la cláusula no negociada individualmente sea, además, una condición predispuesta con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, esto es, aunque no represente una condición general de la contratación en los términos del artículo 1 LCGC –si bien en la inmensa mayoría de las ocasiones lo será, en cuyo caso resultará de aplicación al adherente consumidor tanto el régimen de la LCGC como del TRLGDCU (*ex art. 59.3 TRLGDCU*)–⁴.

Pues bien, a diferencia de lo que sucede en la LCGC, el consumidor que goce de la aplicación del TRLGDCU en su relación con el empresario no solo se verá beneficiado de un control de transparencia formal, sino, fundamentalmente, de un control de contenido de las cláusulas no negociadas que permite expulsar del contrato las que merezcan la tacha de abusivas, así como de un control de transparencia *material*, que fue construido inicialmente por la jurisprudencia sobre la base del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. En la actualidad, desde la entrada en vigor de la LCCI, el artículo 83 TRLGDCU no solo establece las consecuencias derivadas de la abusividad de una cláusula, sino también de su falta de transparencia (formal o material), siendo en ambos casos idéntica la sanción impuesta por la ley: la nulidad de pleno derecho de la cláusula que no supere cualquiera de los filtros antedichos.

En el siguiente epígrafe se volverá sobre dicha cuestión. Lo que ahora interesa destacar es que, para que el TRLGDCU resulte aplicable y el fiador pueda beneficiarse de los controles en él previstos –ciertamente más extensos que los contemplados por la LCGC para los contratos de adhesión, y que permiten enjuiciar la comprensibilidad real y el potencial desequilibrio de las cláusulas impuestas–, deberá reunir la condición de ser un consumidor⁵, pues aquellos no se encuentran disponibles en nuestro ordenamiento para el caso en que el adherente sea un profesional⁶. Ahora bien, el interrogante que

⁴ González Pacanowska (2015: 1028-1036); Asúa González (2019: 36-37); Pertíñez Vilchez (2020: 1953-1955).

⁵ Asimismo, dado que «[l]a protección del consumidor es una protección frente al empresario» [Bercovitz Rodríguez-Cano (2015, 50)], el acreedor interviniente en el contrato de fianza deberá poder ser calificado de profesional, en los términos previstos en el artículo 4 TRLGDCU, para que dicho texto normativo resulte de aplicación a su relación con el fiador (art. 2 TRLGDCU) [*vid.* Carrasco Perera et al. (2022: 757-759)].

⁶ Asúa González (2019: 43-44); Pertíñez Vilchez (2020: 1955). *Vid.*, no obstante, los avances que se están produciendo en la UE al respecto de la aplicación de instituciones típicamente protectoras de consumidores a las relaciones entre empresarios, de los que da cuenta Cámara Lapuente (2022: 92, 118-119)].

inmediatamente se plantea es, precisamente, si puede ser considerado consumidor, a efectos del artículo 3.1 TRLGDCU, quien asegura con su patrimonio un débito ajeno.

II.2. El fiador como consumidor en su relación contractual: la irrelevancia de la condición del deudor principal y la aplicación del criterio de la funcionalidad

De conformidad con el artículo 3.1 TRLGDCU, son consumidores las personas físicas o jurídicas, así como las entidades sin personalidad, que actúen con un propósito o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional⁷. En consecuencia, dicho artículo –fruto de la sucesión de diversas reformas legislativas alineadas con la formulación del concepto en las distintas Directivas consumeristas– ha relegado el parámetro del «destinatario final» de bienes y servicios propio de la normativa anterior⁸ por el de «actuar» con una finalidad o en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial⁹. Desde esta perspectiva, aunque por medio del contrato de fianza el garante no adquiera bienes o servicios en virtud de los cuales atienda una necesidad personal o familiar, ello no será óbice para poder considerar la fianza como acto de consumo en sentido amplio y al fiador como consumidor, siempre que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 TRLGDCU, aquel preste la fianza al margen de su actividad profesional. En este juicio, cobrará especial relevancia la posible vinculación funcional que pueda existir entre el fiador y la operación asegurada o el deudor principal, pero la condición como consumidor o empresario que corresponda a este último no será en ningún caso el elemento que determine la calificación que deba recibir el fiador en su propia relación contractual¹⁰, al contrario de lo que durante largo tiempo entendieron buena parte de nuestras Audiencias Provinciales con fundamento, ora en el carácter accesorio de la fianza, ora en su solidaridad cuando esta modalidad era la examinada.

En concreto, por dicha jurisprudencia se argumentaba que la calificación como consumidor o empresario que pudiese ser atribuida al fiador dependía irremediabilmente

⁷ Además, en el caso de las personas jurídicas y de las entidades sin personalidad –mas no así en el de las personas físicas–, el precepto exige la concurrencia adicional de la ausencia de ánimo de lucro para extenderles la calificación de consumidores.

⁸ Compárese el texto del artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), según el cual «[a] los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios 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».

⁹ Vid. Cámara Lapuente (2022: 107-112, 120).

¹⁰ Carrasco Perera et al. (2022: 760-762).

de la que correspondiese al deudor asegurado en el negocio principal, quedando aquel ligado de forma indisoluble al estatuto jurídico relativo a este último, y ello con fundamento en el principio de accesoriedad de la obligación fideiusoria con respecto a la obligación garantizada. Como botón de muestra de este razonamiento, puede verse, entre muchas otras resoluciones¹¹, el AAP Las Palmas, Secc. 5ª, 344/2016, de 4 de julio¹², donde se afirmaba que es criterio «de la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (...) que el fiador o hipotecante no deudor, *en función del carácter accesorio de la obligación que dimana de la garantía prestada, ostenta el mismo carácter que el obligado en la obligación principal garantizada*, de manera que es la calificación como de consumo de la relación principal (...) la que determina la aplicación o no de la normativa de consumidores, pues en definitiva *el garante no es consumidor de un bien ni usuario de un servicio, sino que se limita a prestar su garantía*» (FJ 1.º)¹³. En realidad, es en esta última explicación –y no tanto en el carácter accesorio de la fianza– donde parece hallarse la razón de fondo de que los tribunales no entrasen a valorar la condición del fiador de manera independiente. Así, comoquiera que se mantenía una concepción restringida de la noción de consumidor como sujeto adquirente de bienes o servicios¹⁴, el garante no era considerado por sí mismo valedor de dicha calificación ni, por tanto, se entendía protegido por la normativa sobre cláusulas abusivas, salvo que esta resultase aplicable al contrato principal y –entonces sí– también a la garantía en cuanto accesorio de dicho negocio¹⁵.

¹¹ Una amplia referencia de los diversos pronunciamientos que asumen dicha doctrina puede hallarse en Gálvez Criado (2016: 20-22), Bastante Granell (2017: 64-66) y Gómez Valenzuela (2021: 639-642).

¹² ECLI:ES:APGC:2016:75A.

¹³ Cursiva añadida (todas las cursivas empleadas en este trabajo son nuestras, salvo que se indique lo contrario).

¹⁴ Se ha de tener presente que este era, precisamente, el concepto de consumidor sobre el que pivotaba la antigua LCU de 1984 (*vid.* nota 8), que en muchos casos resultaba, además, la legislación aplicable al caso *ratione temporis* –no obstante, aunque el momento de celebración del contrato deba determinar en principio la ley aplicable al mismo, *vid.* Cámara Lapuente (2022: 110-112) y la jurisprudencia que allí se cita en cuanto a la necesidad de observar la doctrina comunitaria anterior a la promulgación del TRLGDCU respecto a la noción de consumidor–. A lo anterior se debe añadir que aquel concepto más restringido pretendió ser, en cierta medida, mantenido por el TRLGDCU aprobado en 2007. Así, aunque el art. 3.1 TRLGDCU define al consumidor como la persona que actúa con un propósito o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, su preámbulo intentó conservar la tradicional definición positiva española junto a la negativa europea al explicar que por tal puede entenderse quien *«interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros»*. Sin embargo, dicha acotación, como explica Cámara Lapuente (2022: 106-108 y 120), en ningún caso puede ser empleada para limitar los supuestos (más amplios) cubiertos por la definición del artículo 3.

¹⁵ En este orden de ideas, puede leerse en el AAP Castellón (Sección 3.ª) 4/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APCS:2015:4A), que *«[l]a aplicación de la legislación protectora de consumidores se limita a quienes actúan con el carácter de destinatarios finales tal como, al acotar el ámbito subjetivo de la misma, precisaba el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (...) y ahora hace el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre»*, de suerte que *«[s]iendo la fianza una obligación*

En definitiva, por parte de las Audiencias se sostenía 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 accesorio 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»¹⁶.

En cualquier caso, aunque muchas resoluciones afirmaban basarse en la accesoriedad de la fianza para extender al garante la condición correspondiente al deudor principal, lo cierto es que en buena parte de las ocasiones dicha decisión parecía adoptarse por haberse pactado la fianza como solidaria, y por entender –erróneamente– que dicha solidaridad tendría el efecto de fungir ambas realidades contractuales y convertir al fiador en deudor de la obligación principal, y no de la suya propia¹⁷. Así se desprende de pronunciamientos como el de la SAP Madrid, Secc. 12ª, 206/2013 de 14 de marzo¹⁸, que, tras señalar que la condición como empresario del deudor principal alcanzaba a los fiadores debido al carácter accesorio del contrato de fianza, subrayaba a continuación que el afianzamiento se había realizado, además, con carácter solidario, por lo que no resultaba «admisible que *en un mismo contrato con deudores solidarios*, se apliquen normativas distintas, según la condición de los obligados (deudor principal o fiador)», y que «al obligarse los fiadores recurrentes de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión, los mismos han asumido la deuda como propia, quedando así obligados de idéntica manera que la deudora principal» (FJ 4.º).

accesoria, ha de referirse la cuestión planteada a la principal, esto es, a la contraída por la (...) prestataria»; conclusión que resulta «asimismo aplicable a quienes intervinieron como hipotecantes, pues la garantía que ofrecieron no puede ser desvinculada de la operación a la que servía» (FJ 2.º) [vid., igualmente, el AAP Valencia (Sección 6.ª) 535/2015, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APV:2015:535A)].

¹⁶ FJ 1.º del ya citado AAP Las Palmas 344/2016, de 4 de julio.

¹⁷ Decimos que dicho razonamiento es erróneo porque el artículo 1822.II CC parte de que «el deudor y el fiador *se obligan por distinto título*, aunque lo hagan de forma solidaria. Este *fiador solidario* (...) sigue siendo un deudor de refuerzo, un garante, que se obliga como fiador. Por eso, el fiador solidario es siempre fiador, aunque solidario» [Carrasco Perera et al. (2022: 92) (la cursiva es del autor)]. En similar orden de ideas, en la asunción cumulativa de deuda –que cumple, las más de las veces, una función de garantía semejante a una fianza, y en la que no hay novación de ningún tipo– tiene lugar la adición de una *nueva obligación* para refuerzo y satisfacción del crédito del acreedor [Castellanos Cámara (2022: 38 ss.)].

¹⁸ ECLI:ES:APM:2013:4248.

Por otro lado, según se observa en diversas resoluciones¹⁹, la doctrina sobre la influencia de la accesoriedad de la garantía en la condición personal del garante parecía asimismo venir motivada, en cierta medida, por la decisión adoptada en la STJUE de 17 de marzo de 1998 [asunto C-45/96 (caso Dietzinger)]²⁰, relativa a la interpretación del ámbito aplicativo de la Directiva 85/577/CEE²¹. Según esta sentencia, de la literalidad del artículo 1 de la Directiva se desprendería que únicamente podía quedar subsumida bajo su paraguas aplicativo «una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de éste bienes o servicios» (aptdo. 22), lo que llevaba a concluir que «*un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional*» (aptdo. 23). Por tanto, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE, el TJUE solo consideraba aplicable dicho régimen al fiador cuando pudiese serlo al deudor asegurado –es decir, en caso de que este último fuese un consumidor–, con independencia de que aquel hubiese actuado movido por fines privados²².

Esbozados los principales argumentos de la doctrina judicial expuesta, no es necesario insistir en la idea de que, como resultado, y durante largo tiempo, los tribunales españoles rechazaron la condición como consumidores de los fiadores que aseguraban obligaciones entre profesionales, al extenderles automáticamente la calificación

¹⁹ Vid., entre otras, los AAP Asturias (Sección 1.ª) 248/2012, de 2 de julio (ES:APO:2010:1676) y (Sección 5.ª) 198/2015, de 6 de julio (ES:APO:2015:2135); Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) 143/2014, de 14 de julio (ES:APTF:2014:111A); 10/2015, de 14 de enero (ES:APTF:2015:42A) y 177/2015, de 14 de julio (ES:APTF:2015:1715); y Las Palmas (Sección 5.ª) 13/2016, de 22 de enero (ES:APGC:2016:4A) y 344/2016, de 4 de julio (ECLI:ES:APGC:2016:75A).

²⁰ ECLI:EU:C:1998:111.

²¹ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

²² Nótese, en cualquier caso, que dicha decisión se explica por el tenor del artículo 1.1 de la Directiva en cuestión, que restringía su ámbito aplicativo con base en un criterio objetivo relativo al tipo de contrato, y no –a diferencia de lo que sucede en la Directiva 93/13/CEE– en función de la condición de los contratantes. Así, conforme al mencionado precepto, la Directiva 85/577/CEE resultaba de aplicación a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales entre un consumidor y un comerciante «*que suministre bienes o servicios*». Debido a ello, la noción de consumidor contenida en su artículo 2 se reservaba a toda persona física que, «*para las transacciones amparadas por la presente Directiva*», actúe con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional. Esto explica que el TJUE tratase, en ese caso particular, de argumentar la posible aplicación de la Directiva 85/577/CEE a un fiador –que, estrictamente, no recibe ningún bien ni servicio de un comerciante– por la vía de su accesoriedad con respecto al contrato de crédito; razonamiento que, en fin, conducía a que la aplicación de la referida Directiva al fiador dependiese de la calificación como consumidor del propio deudor garantizado.

correspondiente al deudor principal, y por mucho que aquellos pudiesen haber prestado la garantía con fines estrictamente privados²³.

Sin embargo, la anterior línea jurisprudencial fue oportunamente desechada a raíz de los Autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 [asunto C-74/15 (caso Tarçãu)]²⁴ y de 14 de septiembre de 2016 [asunto C-534/15 (caso Dumitraș)]²⁵, cuya doctrina fue recepcionada en nuestra jurisprudencia con intermediación de la sonada STC 75/2017, de 19 de junio²⁶ –en la que el Tribunal Constitucional se vio obligado a recordar el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea–²⁷. En esta nueva interpretación del alcance de la noción de consumidor proporcionada por el Auto de 19 de noviembre de 2015, el TJUE daba respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano nacional de instancia respecto al ámbito aplicativo de la Directiva 93/13/CEE, y cuya formulación giraba en torno a dos extremos fundamentales: en primer lugar, se preguntaba al TJUE si, en atención al artículo 1.1 de la referida Directiva, se hallan incluidos en su ámbito aplicativo únicamente los contratos celebrados entre consumidores y comerciantes que tengan por objeto la venta de bienes o la prestación de servicios, o si también quedan comprendidos en el mismo los contratos de garantía; y, en segundo lugar, si, de

²³ Es de destacar, además, que dicha doctrina era la que también se aplicaba al caso de los hipotecantes no deudores que garantizaban con un bien inmueble la deuda de un profesional, en cuyo caso se rechazaba igualmente su condición de consumidores con fundamento en la accesoriedad de la garantía.

²⁴ ECLI:EU:C:2015:772.

²⁵ ECLI:EU:C:2016:700.

²⁶ ECLI:ES:TC:2017:75.

²⁷ Concretamente, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva interpuesto contra el Auto de 29 de enero y la Providencia de 19 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de La Rioja, por los que, respectivamente, se desestimaba el recurso de apelación y se inadmitía el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes en amparo. A pesar de que la Audiencia conocía la interpretación del concepto de consumidor que efectuaba el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 –pues fue aportado al procedimiento por los recurrentes–, así como los criterios que en él se sentaban para poder atribuir dicha calificación a los garantes no deudores, «[f]rente a todo ello, el Auto de la (...) Audiencia Provincial (...) ni cita, ni valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Dumitru Tarçãu*, 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 (...). 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» (FJ 3.º-b). Frente a dicha aplicación automática de la doctrina jurisprudencial anterior, el Tribunal Constitucional incide en que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea «obligaba a aplicar el concepto de consumidor de la Directiva 93/23/CEE [sic] invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia» (FJ 3.º-c); una aplicación directa que, además, no precisaba de cuestión prejudicial, al tratarse de un acto aclarado por el TJUE en un asunto análogo y sobre una cuestión materialmente idéntica [*vid.*, al respecto, Pagador y Serrano (2020: 223); Cámara Lapuente (2022: 119); Martínez Escribano (2023: 71); Álvarez Olalla (2018: 122-131)].

conformidad con el artículo 2.b) de la Directiva, debe considerarse o no consumidor a la persona física que presta una garantía personal o real con la finalidad de asegurar un contrato de crédito celebrado con una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, teniendo presente que dicho garante carece de relación con la sociedad y que habría actuado con un propósito ajeno a su actividad profesional.

En relación con la primera cuestión, el TJUE contestó que, a diferencia de lo que sucede en otras Directivas consumeristas, del artículo 1.1 en relación con el considerando décimo de la Directiva 93/13/CEE se desprende que, salvo para los negocios indicados en dicho considerando²⁸, esta norma se aplica a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor con independencia de su objeto; es decir, se aplica en función de la condición de los intervinientes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional²⁹. Como explica el Tribunal de Justicia, dicho criterio se justifica porque el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE parte de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional en lo relativo tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, y que le lleva a adherirse a las condiciones prerredactadas por el profesional sin poder influir en su contenido. La necesidad de protección que se aprecia en dicho escenario resulta, por tanto, común a toda clase de contrato no negociado concluido entre un consumidor y un profesional, independientemente de su objeto; y, de hecho, es «especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor», pues dicho contrato se basa «en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero» que «comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar» (aptdo. 25).

Una vez aclarado que es la condición de los contratantes, y no el objeto del contrato, lo que determina la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE señala que, a efectos de valorar si puede considerarse como consumidor a un determinado garante, la calidad en que aquel actuó «debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza», pues si bien el contrato de garantía «puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que

²⁸ Se trata, en concreto, de 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*».

²⁹ El Tribunal de Justicia viene así a reiterar la doctrina sentada en las SSTJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11) (ECLI:EU:C:2013:341) y 15 de enero de 2015 (asunto C-537/13) (ECLI:EU:C:2015:14).

garantiza», se trata de un contrato distinto, que se celebra entre partes diferentes (aptdo. 26). En consecuencia, la condición en que estas actúan debe evaluarse en la relación que deriva del propio negocio de garantía, resultando una cuestión por completo ajena a dicha calificación la condición que merezcan en su propia relación contractual los sujetos intervinientes en el negocio principal asegurado³⁰.

En definitiva, de conformidad con la noción de consumidor contenida en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CEE, la condición del garante deberá apreciarse conforme a un criterio funcional, consistente en «evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión» (aptdo. 27); es decir, si la garantía ha sido prestada en un ámbito ajeno a una actividad profesional. Por consiguiente, en dicha valoración –que corresponde efectuar al juez nacional teniendo presentes todas las circunstancias del caso–, se deberá verificar si el garante actuó con fines de carácter privado (en cuyo caso deberá ser considerado un consumidor), o si lo hizo, bien en el marco de su propia actividad empresarial (v.gr. porque se trata de una persona que se dedica profesionalmente a ofrecer garantías para la concesión de créditos³¹), bien con una finalidad que deba tildarse de profesional debido a los vínculos funcionales que le coligan al deudor principal empresario (v.gr. cuando el deudor es una sociedad mercantil de la que el garante es gerente o tiene una participación significativa [cfr. aptdo. 29]). Todo lo anterior conduce al TJUE a resolver, finalmente, que los artículos 1.1 y 2.b) de la Directiva 93/13/CEE «deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado

³⁰ La interpretación efectuada por el TJUE resulta a nuestro juicio afortunada, pues, en buena técnica, del principio de accesoriedad de la garantía en ningún caso cabe deducir consecuencia alguna respecto al estatuto jurídico como consumidor o empresario que deba corresponder al fiador en su relación contractual con el acreedor garantizado. La accesoriedad de la fianza implica que la deuda asegurada es presupuesto de la existencia y subsistencia de la obligación fideiusoria (art. 1824 CC) –y, por tanto, límite también de su extensión (art. 1826 CC)–, a la que sigue en su vida jurídica y por cuyas vicisitudes se verá afectada, de suerte que la obligación del fiador se extingue, además de por sus propias causas, cuando lo haga aquella principal (arts. 1847 y 1190 CC), y el garante puede valerse de todas las excepciones inherentes a la deuda afianzada, mas no las que sean puramente personales del deudor (art. 1853 CC) [vid. Carrasco Perera et al. (2022: 91); Colás Escandón (2020: 5051-5052); Castilla Barea (2013: 12466-12467)]. Pero el estatuto jurídico –como consumidor o empresario– que haya de corresponder al fiador es una cuestión que se resuelve dentro del contrato de fianza, pues aunque la obligación que de él surge guarda en su vida jurídica (en su nacimiento, desarrollo y extinción) una relación de accesoriedad con respecto a la obligación asegurada, no por ello deja de ser un contrato distinto: un contrato del que nace su propia relación obligacional y que únicamente vincula a los sujetos intervinientes en su perfección, sin que quepa derivar del carácter accesorio de la garantía una suerte de propagación, ora de la calificación negocial (como acto de consumo o no), ora del estatuto jurídico de las partes, de un contrato a otro.

³¹ Carrasco Perera et al. (2022: 762-763)

entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad (...), cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad» (apdo. 30)³².

La anterior interpretación fue acogida con carácter temprano en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desde la STS 314/2018, de 28 de mayo³³, ha venido aplicando de manera reiterada dicha doctrina a los fiadores al objeto de dirimir la aplicabilidad del TRLGDCU a su relación contractual. Ya en esa sentencia, el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de incidir en la idea de que en un préstamo garantizado con fianza «no puede hacerse una afirmación unívoca sobre si el contrato se celebró o no con consumidores, porque hay dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) y porque hay una pluralidad de contratantes, lo que impone un análisis diferenciado» (FJ 5.º). Este razonamiento será objeto de posterior desarrollo en la STS 56/2020, de 27 de enero³⁴, donde subrayó que la relación de accesoriedad que media entre la obligación fideiusoria y la garantizada en ningún caso provoca que lleguen a confundirse o reducirse en un único vínculo, de suerte que «el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (...) lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)» (FJ 5.º- 4.2). En consecuencia, el Alto Tribunal concluye que, dado que ambos contratos son distintos, lo son también las partes contratantes –pues «el acreditado es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimite el riesgo que asume el fiador como garante»–, e igualmente la regulación de ambos vínculos es diferente, ambas relaciones deben ser examinadas de manera autónoma al objeto de valorar la condición como consumidores de los contratantes, sin que la calificación del deudor principal determine la correspondiente al garante³⁵. Además, aclara –frente a la opinión que venía siendo mantenida por algunas Audiencias– que idéntica solución corresponde aplicar a la fianza solidaria, pues en ella, tal y como acaece en la simple, existen dos contratos que deben ser deslinados y contemplados de forma autónoma; es decir, en la fianza solidaria no hay «una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoría), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios

³² Conclusión que será reiterada en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso Dumitras).

³³ ECLI:ES:TS:2018:1901.

³⁴ ECLI:ES:TS:2020:164.

³⁵ Vid. FJ 5.º- 4.4 de la STS 56/2020, de 27 de enero.

de naturaleza distinta» (FJ 5.º- 4.2), pues, «sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza)» (FJ 5.º- 4.4.).

En conclusión, con base en la doctrina expuesta –que ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones³⁶–, el fiador (sea simple o solidario) puede gozar de la protección de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGDCU con independencia de que la obligación asegurada derive de una operación entre empresarios, siempre y cuando actúe al margen de su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con el deudor principal empresario –pues la concurrencia de los mismos vendría a significar que el fiador no es «del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación» (STS 314/2018, de 28 de mayo, FJ 5.º- 3)–³⁷. Cumpliendo dicho criterio funcional, el fiador deberá ser considerado un consumidor en su relación contractual con el empresario, en cuyo caso gozará de la protección que, frente a la falta transparencia y la abusividad, establecen los artículos 80 a 91 del TRLGDCU.

III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA

III.1. Consideraciones previas

Como se colige de todo lo explicado hasta el momento, aunque la fianza se presente a menudo en el tráfico como una estipulación integrante del contrato del que deriva la obligación asegurada, aquella representa un contrato autónomo y diferenciado, y no una mera cláusula de aquel principal, con independencia de que ambos suelen formalizarse

³⁶ *Vid.*, entre las más recientes, las SSTS 101/2020, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:336); 820/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4376); 684/2022, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3751); 685/2022, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3946); 638/2023, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1831).

³⁷ La valoración de qué se considera o no como «vínculo funcional» a tal efecto es una cuestión que queda sometida a la apreciación del órgano judicial en atención a las concretas circunstancias del caso, y que deberá ser examinada de manera individual con respecto a cada uno de los garantes intervinientes. La STS 599/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3631), haciendo recopilación de los pronunciamientos precedentes en los que se examina dicha problemática [en concreto, de las SSTS 594/2017, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3956); 314/2018, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1901); 414/2018, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2566); 203/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1441); y 204/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1438)], ha considerado que esa conexión está presente en los siguientes casos: primero, cuando el fiador es administrador –en cualquier modalidad de sistema de administración– de la sociedad garantizada. Segundo, cuando el fiador es socio y tiene una participación significativa en la sociedad garantizada –valoración que no se realiza en función de un porcentaje de participación concreto en el capital social, sino que va dirigida a comprobar si dicha persona tiene «una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan» o «un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza» (STS 314/2018, de 28 de mayo, FJ 5.º-5). Y, por último, cuando el fiador es cónyuge del deudor principal empresario en régimen de gananciales, porque responde de las deudas comunes y participa de los posibles beneficios (*vid.*, en detalle sobre cada uno de los supuestos, Carrasco Perera et al. [2022: 764-768]).

en el mismo documento y de que aquella aparezca a menudo recogida bajo la expresión «cláusula de afianzamiento» u otras fórmulas similares. Esta premisa fundamental que, como veíamos en el anterior epígrafe, permite considerar como consumidor al garante con independencia de la calificación que corresponda al deudor principal, representa al mismo tiempo, sin embargo, un límite crucial a la aplicación de los controles previstos en el TRLGDCU. Y es que, si la denominada «cláusula de afianzamiento» es, como no cabe duda, un contrato en sí mismo, entonces la intransparencia o la abusividad no puede ser valorada ni predicada de la fianza en su conjunto, pues nunca puede ser declarado nulo por no transparente o por abusivo un contrato en su integridad³⁸.

A esa misma conclusión llega el Tribunal Supremo en la STS 56/2020, de 27 de enero, donde señala que, en principio –y salvo una importante excepción, en la que posteriormente nos detendremos (*vid. infra* III.3)– no cabe declarar la nulidad total de la fianza con fundamento en la normativa sobre abusividad, habida cuenta que dicho control está previsto legalmente «no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas» (FJ 5.º- 4.5). No obstante, sí cabrá la posibilidad, tal y como reconoce la misma sentencia, de extender los controles previstos en el TRLGDCU a las cláusulas que integren el contrato de fianza, habiéndose concentrado la litigiosidad en este ámbito en torno a las dos principales condiciones que suelen imponer los profesionales: la renuncia a los beneficios de excusión y división, así como la solidaridad de la fianza.

III.2. La cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división. El carácter solidario de la fianza

Desde la STS 56/2020, de 27 de enero, nuestro Alto Tribunal viene considerando que las cláusulas no negociadas en el contrato de fianza se encuentran sometidas, en caso de que el fiador tenga la condición de consumidor, a los controles de incorporación, de transparencia material y de contenido o abusividad (*cf.* FJ 6.º- 4).

En realidad, el primer control hace referencia, como señalábamos al comienzo de este trabajo, al contemplado en los artículos 5 y 7 LCGC, aplicable en caso de que la cláusula en cuestión sea una condición general de la contratación, en tanto que los dos

³⁸ *Vid.* Marín López (2022: 3).

últimos son específicos de la contratación con consumidores³⁹. En cualquier caso, presupuesta –como de ordinario será– la aplicación de dicho texto normativo a las condiciones impuestas al fiador consumidor, para poder superar los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia formal previstos en los artículos 5 y 7 LCGC y 80.1.a) y b) TRLGDCU, será preciso que las mismas hayan podido ser conocidas y comprendidas gramaticalmente por el fiador. La primera exigencia se traduce en que este haya tenido oportunidad real de conocer tanto la existencia como el contenido de las cláusulas impuestas antes de la celebración del contrato [arts. 80.1.b) TRLGDCU y 7.a) LCGC], lo que se entiende superado, en caso de que la fianza se haya documentado por escrito, cuando se cumplan los siguientes dos requisitos: en primer lugar, el acreedor ha tenido que facilitar al fiador un ejemplar de las condiciones con carácter previo o simultáneo a la conclusión del contrato de garantía, al cual este debe efectuar referencia expresa [arts. 80.1.a) TRLGDCU y 5.1.II, *in fine*, LCGC]; y, en segundo lugar, el documento en que se contienen dichas condiciones ha tenido que ser firmado por el garante [arts. 5.1 y 7.a) LCGC y 63.1 TRLGDCU]⁴⁰. Lo habitual en la práctica será que todas las condiciones impuestas al fiador se recojan dentro de la misma «cláusula de afianzamiento», por lo que su puesta a disposición y firma tendrá lugar, en dicho caso, por medio de la entrega y rúbrica del propio documento contractual en que aquella se contenga⁴¹.

Admitida la observancia del requisito de cognoscibilidad, las cláusulas impuestas deberán resultar, asimismo, transparentes desde la perspectiva de su adecuada legibilidad,

³⁹ No obstante, debe tenerse presente que los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia formal exigidos por la LCGC a fin de entender incorporada una condición general al contrato, se encuentran también presentes en el artículo 80.1.a) y b) TRLGDCU; y que tales criterios, junto a la exigencia de transparencia material propia de este último ámbito, conforman un único control de transparencia que, en la actualidad, queda configurado como un control de validez por el artículo 83.II TRLGDCU. Por tanto, para todos los contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de este último precepto (es decir, a partir del 16 de junio de 2019, conforme a la Disp. Final 16.ª de la LCCI), ha dejado de ser necesaria la remisión al control de incorporación previsto en la LCGC a fin de enjuiciar la transparencia formal de las cláusulas impuestas a consumidores, puesto que ahora cualquier control de transparencia (sea formal o material) se resuelve en el TRLGDCU como un control de validez.

⁴⁰ Pertíñez Vílchez (2020: 1972-1974). No obstante, dado el tenor literal del artículo 5.1 LCGC, existen discrepancias al respecto de si el ejemplar que contiene las condiciones generales debe ir también firmado, o si es suficiente la remisión expresa al texto facilitado en la antefirma del documento contractual [a favor de esta última interpretación, *vid.* González Pacanowska (2015: 1054-1055)].

⁴¹ Como explica al respecto la doctrina, «cuando la fianza se incluye en el propio contrato de préstamo como una cláusula de afianzamiento, esa cláusula debe ser “accesible”, lo que significa que si la cláusula figura en el anverso del contrato de préstamo, debe aparecer sobre la firma del fiador. Lo habitual en estos casos es que el fiador firme el contrato de préstamo en los mismos lugares que el propio prestatario, en la medida en que todo el contenido del contrato crediticio “conforma” el régimen de la fianza y, en consecuencia, le afecta» [Carrasco Perera et al. (2022: 800)].

lo que remite al cumplimiento de ciertos requisitos formales tanto de perceptibilidad material⁴² como de redacción. En particular, aquellas deben ser claras, concretas, sencillas y con posibilidad de comprensión directa –sin reenvíos a textos que no se hayan facilitado antes de la conclusión del contrato– [cfr: art. 80.1.a) TRLGDCU], de suerte que no quedarán incorporadas –serán nulas, conforme al actual artículo 83.II TRLGDCU– las que resulten ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles [art. 7.b) LCGC].

En definitiva, para superar el control de transparencia documental y gramatical bastará con que la cláusula impuesta al fiador presente una «redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato»⁴³, con independencia de que aquel haya comprendido su real significado y alcance⁴⁴.

Ahora bien, en materia de transparencia es preciso diferenciar, cuando nos encontramos en el ámbito del consumo, entre la que acabamos de referir como transparencia formal y la denominada transparencia *material*, que junto aquella forma parte de la exigencia general de transparencia –de claridad y comprensibilidad– del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Así, conforme a jurisprudencia reiterada del TJUE, la transparencia exigida por este artículo de la Directiva no puede reducirse al mero carácter comprensible de la cláusula desde una perspectiva formal y gramatical, sino que debe interpretarse de una manera extensiva, en el sentido de que «el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él», lo que deberá ser examinado por el órgano jurisdiccional nacional a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, incluyendo la información ofrecida por el empresario en cuanto al contenido y funcionamiento de la cláusula⁴⁵. No obstante, debe tenerse presente que la falta de transparencia no tiene asociada ninguna consecuencia específica en la Directiva 93/13/CEE, ni la tuvo tampoco durante mucho tiempo en el TRLGDCU, que, con carácter previo al nuevo párrafo

⁴² En concreto, el artículo 80.1.b) TRLGDCU dispone, en su texto vigente desde el 1 de junio de 2022, que «[e]n ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».

⁴³ STS 23/2020, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:98) (FJ 3.º- 3).

⁴⁴ Carrasco Perera et al. (2022: 781); Miranda Serrano (2022.a: 118); Pagador y Serrano (2020: 228).

⁴⁵ Vid. aptdos. 30, 31 y 35 de la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) (ECLI:EU:C:2023:212).

segundo adicionado a su artículo 83 por la Disposición final 8.^a de la LCCI, tampoco disciplinaba los efectos ligados a la falta de transparencia⁴⁶.

A pesar de ello, con carácter previo a la existencia del artículo 83.II TRLGDCU, y con apoyo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el Tribunal Supremo vino a elaborar una doctrina sobre la falta de transparencia material circunscrita a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Así, partiendo de que dicho precepto dispone que la apreciación del carácter abusivo no se referirá a ese tipo de cláusulas «*siempre que (...) se redacten de manera clara y comprensible*» –es decir, de manera transparente⁴⁷–, el Alto Tribunal ha venido considerando desde la STS 241/2013, de 9 de mayo⁴⁸, que tales cláusulas se someten a un control de transparencia superior, que tiene por finalidad que el consumidor pueda conocer con sencillez la carga económica y jurídica que asumirá con la celebración del contrato⁴⁹. E, interpretando desde esa perspectiva el artículo 80.1 TRLGDCU, ha concluido que ese tipo de cláusulas se someten a un doble control de transparencia: el formal –que encontraba cobertura en el control de incorporación de la LCGC– y el reforzado, ubicado en el control de contenido⁵⁰.

En cuanto a la relación entre esa mayor exigencia de transparencia y la abusividad, si bien ciertas resoluciones han considerado aquella como una causa determinante por sí misma de abusividad⁵¹, la doctrina actual del Tribunal Supremo⁵² considera que el hecho de que «la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva.

⁴⁶ *Vid.* Asúa González (2019: 51).

⁴⁷ A este respecto, debe tenerse presente que la transparencia formal, gramatical y material exigida por el artículo 5 de la Directiva es la misma a que se refiere su artículo 4.2. Así lo ha afirmado el TJUE en numerosas sentencias: «la exigencia de transparencia que se incluye en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 figura también en su artículo 5, que preceptúa que las cláusulas contractuales escritas deberán estar redactadas “siempre” de forma clara y comprensible. Como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, *la exigencia de transparencia prevista en la primera de estas disposiciones tiene el mismo alcance que la formulada en la segunda de ellas* (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 36 y jurisprudencia citada)» (aptdo. 28 de la STJUE de 16 de marzo de 2023).

⁴⁸ ECLI:ES:TS:2013:1916.

⁴⁹ «Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE (...) el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez *tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado*, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, *como la carga jurídica del mismo*, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo» [STS 744/2021, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3969), FJ 2.º].

⁵⁰ *Vid.* González Pacanowska (2015: 1065); Asúa González (2019: 57); Marín López (2019: 262).

⁵¹ Una exposición sobre la evolución experimentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto de la relación entre transparencia material y abusividad puede hallarse en Asúa González (2019: 54-62).

⁵² Orientada por el criterio del TJUE sobre dicho extremo, que ha declarado que la transparencia material es un filtro que, en caso de no ser superado, permite someter las cláusulas relativas al objeto principal del contrato al control de abusividad [*vid.*, entre otras, la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) (ECLI:EU:C:2017:60)].

Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (...) que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo (...). Es decir (...) la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad» [STS 595/2020, de 12 de noviembre⁵³, FJ 5.º- 1].

En definitiva, en la jurisprudencia recaída al respecto de cláusulas no negociadas en las que aún no estaba vigente el actual artículo 83.II TRLGDCU, el Tribunal Supremo ha considerado que el control de transparencia material 1.º se circunscribe a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y 2.º actúa como un filtro para poder someter a control de abusividad a dicho tipo de cláusulas.

Sin embargo, la situación parece haber cambiado para todas las cláusulas no negociadas con consumidores en contratos concluidos con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo párrafo segundo del artículo 83 TRLGDCU, en el que se dispone que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». La noción de transparencia manejada por el precepto debe entenderse como omnicomprensiva de la exigencia de transparencia en todas sus vertientes (formal y material); no obstante, si a alguna transparencia en especial se está refiriendo el precepto, esa es, sin lugar a duda, la material, pues si se interpretase que solo alude a la formal, la norma no añadiría ninguna nueva regla relevante a nuestro ordenamiento⁵⁴. Ahora bien, asumido que el artículo 83.II TRLGDCU encuentra su especial sentido en el ámbito de la transparencia material, aquel ha generado discrepancias en cuanto a su genuino alcance, pues su tenor literal supone dejar de lado la doctrina elaborada durante años por el Tribunal Supremo respecto a dicho control: así, de su letra se desprende, en primer lugar, que la exigencia de transparencia (formal y material) se erige como un control de validez, de suerte que la constatación de intransparencia de una cláusula conlleva inexorablemente su nulidad; y, en segundo lugar, que dicho control alcanza a cualquier cláusula no negociada en un contrato con consumidores, y no solo a las cláusulas que versen sobre el objeto principal del contrato⁵⁵.

⁵³ ECLI:ES:TS:2020:3613.

⁵⁴ Miranda Serrano (2022.b: 6).

⁵⁵ Conclusión esta última que, por otro lado, es la que ya se desprendía de la jurisprudencia del TJUE, que de forma reiterada ha venido manteniendo que la exigencia de transparencia a la que alude el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE coincide con la general de su artículo 5 (*vid.*, *v.gr.*, el aptdo. 28 de la STJUE de 16 de marzo de 2023); y que, de hecho, conducía a parte de nuestra doctrina a denunciar la ausencia de plausibilidad normativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la «circunscripción del

No obstante, parte de nuestra doctrina señala que el inciso «*en perjuicio de los consumidores*» que contiene el precepto a la hora de establecer la sanción de nulidad lleva a preguntarse a qué supuestos se refiere⁵⁶; es decir, si la norma solo exige que la cláusula en cuestión sea efectivamente perjudicial para el consumidor para poder ser anulada por intransparencia, o si de aquel requisito cabe deducir que es preciso que la cláusula intransparente cause, además, «*en contra de las exigencias de la buena fe (...), en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (art. 82.1 TRLGDCU). A favor de esta última interpretación se han pronunciado diversos autores, que entienden que el artículo 83.II TRLGDCU ha venido a recoger la regla jurisprudencial según la cual la falta de transparencia material no es motivo determinante de nulidad, sino que abre la puerta al control de abusividad, conforme al cual deberá evaluarse la validez o no de la cláusula⁵⁷. Otros autores, en cambio, se muestran cautelosos sobre el alcance que debe otorgarse al referido inciso⁵⁸, a la vista, en especial, de ciertos *obiter dictum* contradictorios del Tribunal Supremo sobre el precepto⁵⁹.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, con cuya opinión coincidimos, «tras la entrada en vigor de la LCCI, la verificación de la falta de transparencia de una cláusula o condición contractual predispuesta debe llevar aparejada de forma inexorable su abusividad y subsiguiente nulidad, sin entrar a valorar si contraviene la buena fe por generar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes»⁶⁰. Así

enjuiciamiento de la falta de transparencia material a propósito de abusividad a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato» [vid. Asúa González (2019: 64-65)].

⁵⁶ Martín Fuster (2020: 6).

⁵⁷ Vid. Marín López (2019: 271-272); Martínez Espín (2021: 5-6); Cadenas Osuna (2021: 1990).

⁵⁸ Vid. Martín Faba (2023: 9-10); Crespo Mora (2023: 11); Martín Fuster (2020: 5).

⁵⁹ Así, la STS 121/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:504), parece apuntar a una interpretación literal de la nueva norma cuando señala que «teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (...) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad» (FJ 4.º- 3). Sin embargo, con pocos meses de separación, la STS 597/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3756), ha manifestado críticamente, tras aplicar al caso la doctrina de que la intransparencia no implica necesariamente abusividad, que «[l]a redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario (...) y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el “perjuicio de los consumidores” aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes» (FJ 5.º- 1) [vid. Tomillo Urbina (2021: 16-17)].

⁶⁰ Miranda Serrano (2022.b: 6), quien subraya que aquella es, además, una solución de política legislativa admitida en las «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores» [DOUE de 27 de septiembre

pues, el inciso «*en perjuicio de los consumidores*» debe ser interpretado conforme a su tenor literal; es decir, que la sanción de nulidad por intransparencia no alcanzará a aquellas cláusulas impuestas que, aunque oscuras o incomprendidas, resulten inocuas o incluso beneficiosas para el consumidor⁶¹. Por otro lado, debe hacerse notar que, como bien ha apuntado parte de nuestra doctrina, la dicción del artículo 83.II TRLGDCU, en realidad, «huye del debate acerca de si la cláusula no transparente es “directamente” abusiva o merece una abusividad “ponderada” (es decir, si tras comprobar su falta de transparencia es preciso verificar los parámetros propios de las cláusulas abusivas del art. 82.1 y 82.3, como ir contra la buena fe, causar desequilibrio importante de derechos y obligaciones y perjuicio al consumidor; sólo este último se acoge ahora); la nueva regla *no califica la cláusula transparente* [sic] *como abusiva*, directamente dice que es nula si es perjudicial (acogiendo así en alguna medida el postulado del §.307.1.2 BGB alemán)»⁶².

En fin, en lo que hace, por último, al control de contenido, debe tenerse presente que, junto a la regla general de abusividad prevista en el artículo 82.1 TRLGDCU⁶³, el artículo 86 dispone que «*[e]n cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*», lo que incluye «*[l]a imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*» (art. 86.7). Es en este precepto en el que, en buena medida, se vienen sustentando las impugnaciones de las cláusulas de renuncia a los beneficios de excusión y división en los contratos de fianza, a partir del razonamiento de

de 2019 (2019/C 323/04)], donde se señala que «[e]l Derecho nacional puede (...) establecer (...) que la falta de transparencia puede llevar directamente a la invalidez de las cláusulas del contrato sin tener que evaluar el carácter abusivo en virtud del artículo 3, apartado 1» (aptdo. 2.1).

⁶¹ Cámara Lapuente (2019: 15).

⁶² Cámara Lapuente (2019: 15-16) (la cursiva es del autor).

⁶³ Según dicho precepto, una cláusula no negociada deberá ser considerada abusiva cuando, en contra de las exigencias de la buena fe, cause en perjuicio del consumidor «*un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*». El desequilibrio determinante de abusividad es, por tanto, jurídico y no económico, y su estándar de ponderación viene conferido por el derecho dispositivo –que representa el modelo de equilibrio concebido por el legislador en abstracto–, lo que significa que una cláusula presentará un «*desequilibrio importante*» cuando se separe considerablemente de él. Dicha desviación debe resultar, por supuesto, perjudicial para el consumidor para poder ser reputada abusiva; pero, además, es preciso que lo sea «*en contra de las exigencias de la buena fe*», es decir, que carezca de justificación y obedezca al exclusivo interés del empresario, lo que deberá ser valorado por el juez «*teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o 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*» (art. 82.3 TRLGDCU) [Marín López (2022: 782-785); Pertíñez Vilchez (2020: 2001-2004); Cañizares Laso (2022: 1182-1186)].

que, comoquiera que los artículos 1830 y 1837 CC conceden al fiador consumidor tales facultades⁶⁴, la renuncia impuesta por el acreedor sería –presuntamente⁶⁵– abusiva.

La cuestión es que, alegada la abusividad de las cláusulas de renuncia a los beneficios de orden y excusión, el desarrollo argumental del Tribunal Supremo al respecto ha transitado en todos los casos, de manera preliminar, por el examen de transparencia material de tales condiciones. Así, nos encontramos con que, cuando la STS 56/2020, de 27 de enero, se pronuncia por primera vez al respecto de la aplicación de la legislación sobre protección de consumidores y usuarios al contrato de fianza –en el caso, una fianza solidaria en garantía de un crédito hipotecario en la que los cofiadores renunciaban expresamente a los beneficios de excusión y división–, nuestro Alto Tribunal declara que, cuando el fiador actúa como consumidor, «cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y *transparencia material*» a las cláusulas de dicho contrato, «y, *entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador*» (FJ 6.º- 4). Por tanto, el Tribunal Supremo parte de la suposición, en congruencia con su doctrina sobre la transparencia material elaborada en torno al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que la cláusula de renuncia examinada, al definir el riesgo asegurado por el fiador, versa sobre el objeto principal del contrato de fianza; y explica que la aplicación de dicho control no

⁶⁴ Es preciso tener en cuenta que existen discrepancias doctrinales al respecto de si las renunciaciones y limitaciones a derechos reconocidos en las normas dispositivas a que se refiere el artículo 86.7 TRLGDCU incluyen solo los derechos contenidos en la legislación de consumo [Zumaquero Gil (2022: 1292); González Pacanowska (2015: 1259); Pertíñez Vélchez (2020: 2039)], o si, por el contrario, el precepto alude a todo el Derecho privado dispositivo. Esta última tesis resulta coherente con el enunciado del precepto (que se refiere en general a cualquier norma dispositiva), así como con el principio *pro consumatore*, lo que llevaría a interpretar que cualquier separación del régimen dispositivo de la fianza es presuntamente abusiva [vid. Carrasco Perera et al. (2022: 802); Gómez Valenzuela (2021: 663-664); Redondo Trigo (2019: 3156); Pagador y Serrano (2020: 246)].

⁶⁵ A pesar del tenor literal del artículo 86 TRLGDCU, debe entenderse que el precepto no puede conducir por sí solo, y de manera automática, a la declaración de abusividad de la cláusula limitativa o privativa de derechos dispositivos, pues tal intelección del precepto contravendría la regla general de abusividad contenida en el artículo 82.1 TRLGDCU, que requiere un desequilibrio importante contrario a la buena fe [vid., a este respecto, Pertíñez Vélchez (2020: 2005), quien recuerda que, aunque el derecho dispositivo represente el modelo de equilibrio abstracto de referencia, no se puede considerar que su mera contravención «sea motivo suficiente para calificar una cláusula relativa al contenido jurídico del contrato directamente como abusiva», pues «[e]l propio Derecho dispositivo prevé que las partes escojan una regulación distinta, dentro de los límites marcados por la ley imperativa, que se adecue mejor a sus necesidades y preferencias». De ahí que parte de la doctrina haya señalado que el artículo 86.7 TRLGDCU contiene una presunción *iuris tantum*, conforme a la cual la cláusula que, separándose del Derecho privado, imponga al consumidor una renuncia o limitación de sus derechos, resulta abusiva a menos que el empresario predisponente acredite que no causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe [vid. Carrasco Perera et al. (2022: 802)].

tiene por finalidad, en tal caso, permitir al consumidor comparar ofertas en el mercado, sino comprender el alcance del riesgo asumido (FJ 5.º- 4).

Dado que, según hemos visto, el control de transparencia material se traduce en que el consumidor pueda conocer, de manera clara y precisa, el «funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate»⁶⁶ a fin de que pueda calibrar las consecuencias económicas y jurídicas que derivarán de la conclusión del contrato⁶⁷, será preciso verificar que el fiador ha podido comprender el significado de su renuncia para poder considerar que la cláusula es, para dicho consumidor, materialmente transparente⁶⁸. En conformidad con lo anterior, en el caso resuelto por la STS 56/2020, de 27 de enero, el Tribunal Supremo somete la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división a un verdadero control de transparencia material, pues, una vez cotejado que la misma resulta gramaticalmente transparente, subraya que su contenido no se limita a referirse a dicha renuncia, sino que incorpora una explicación breve y clara que permite al fiador hacerse una idea cabal de la carga jurídica y económica asumida, al expresarse en ella que «(...) afianzan, con carácter solidario, *de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos* (...)» (FJ 5.º- 4).

Sin embargo, en muchas de las sentencias dictadas posteriormente sobre la cuestión, se observa que el Alto Tribunal no ha aplicado el control de transparencia material en toda su intensidad, pues, a pesar de afirmar que lo determinante para la transparencia de la cláusula de renuncia es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, se limita a razonar en términos de transparencia formal. Así sucede en la STS 820/2021, de 29 de noviembre, en la que confirma el criterio seguido en instancia, y concluye que la cláusula examinada –que no incluía ninguna explicación concreta sobre su funcionamiento⁶⁹– aparece destacada en el texto y que «el alcance del compromiso obligatorio del fiador,

⁶⁶ Apto. 31 de la STJUE de 16 de marzo de 2023.

⁶⁷ Bastante Granell (2017: 80); Gómez Valenzuela (2021: 652-653).

⁶⁸ En dicha valoración tendrá relevancia la información que haya podido suministrar el acreedor sobre el concreto funcionamiento de la cláusula –incluyendo la explicación que pueda contenerse en el propio contrato de fianza–, pero también adquirirán un cariz relevante todas las circunstancias que puedan haber contribuido a una correcta comprensión de la renuncia por parte de ese concreto consumidor, como su formación o conocimiento profesional [Asúa González (2019: 65)]. Sin embargo, según la STJUE de 16 de marzo de 2023, el «conocimiento generalizado» o la notoriedad de la cláusula no será un elemento que pueda tomarse en consideración para valorar su carácter claro y comprensible (apto. 41).

⁶⁹ La cláusula controvertida rezaba como sigue: «El/los fiadores afianzan solidariamente entre sí, y con igual carácter respecto al deudor/es principal/es, el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el mismo en este contrato con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y excusión».

en cuanto a su contenido esencial de garantía (...) *está delimitado de forma concreta, sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o lo farragoso de su contenido*, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos» (FJ 3.º- 3.3). Es decir, se valora que la redacción de la cláusula resultaba gramaticalmente transparente, de forma que habría quedado garantizada la posibilidad de conocimiento de su contenido por el consumidor al tiempo de la celebración del contrato, pero no la comprensión real de su carga jurídica y económica.

En idénticos términos de que la cláusula es formal y gramaticalmente transparente, pero sin llegar a evaluar si la misma⁷⁰ resultaba materialmente inteligible para los consumidores recurrentes, se pronuncia la STS 684/2022, de 19 de octubre (*vid.* FJ 2.º-4). Y lo mismo sucede en la STS 685/2022, de 21 de octubre, en la que se señala, además, como parte del razonamiento sobre la transparencia de la cláusula⁷¹, que «para su comprensión no son necesarios conocimientos financieros o económicos especiales» (FJ 3.º- 3.3); y ello a pesar de que conceptos como «solidaridad», «beneficio de excusión» o «beneficio de división» son claramente técnicos –y repercuten directamente en el riesgo asumido por el fiador–, y a pesar también de que en la STS 56/2020, de 27 de enero, se valoró como elemento concluyente el hecho de que la cláusula no se limitase a mencionar la renuncia a tales beneficios, sino que incorporase una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas.

Hasta ahí el criterio del Alto Tribunal en cuanto a la transparencia material de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división, y, en algunos casos, también en cuanto al carácter solidario del afianzamiento. No obstante, es preciso añadir que, aunque el pronunciamiento favorable sobre la transparencia material de las cláusulas examinadas resultaba suficiente para estimarlas válidas, en varias de las sentencias expuestas el Tribunal Supremo ha emitido una valoración respecto a su posible abusividad; en particular, a la vista de la disposición que establece que será considerada abusiva la imposición de renunciaciones o la limitación de derechos del consumidor.

⁷⁰ El tenor de la cláusula era el siguiente: «Don (...) y doña (...) se constituyen en fiadores solidarios con la parte deudora de todas las obligaciones que esta contrae por la presente escritura, renunciando a los beneficios de excusión, división y cualesquiera otros que pudieran favorecerles, queriendo que su fianza tenga plena eficacia, aunque la Caja de Ahorros (...) no exija a su vencimiento la cantidad debida».

⁷¹ «[L]os fiadores garantiza[n] las obligaciones contraídas por la parte prestataria en esta escritura, en los mismos términos y condiciones en ella expresados, constituyéndose en fiador obligado al pago solidariamente entre sí y con el deudor principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden o excusión y división».

Concretamente, lo que el Alto Tribunal ha venido a señalar es que, aunque no cabe excluir *a radice* el control de contenido o abusividad de las cláusulas del contrato de fianza, «no puede obviarse que *tanto la renuncia a la excusión como el pacto de solidaridad están expresamente previstas y autorizadas por el Código civil y que (...) tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria* (prevista expresamente en el art. 1822.2), y que *el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837.1 CC)*. Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones a los beneficios de división, orden y excusión, por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, *carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código* (art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE)» (FJ 3.º- 5, de la STS 685/2022, de 21 de octubre)⁷².

Para arrojar luz sobre el anterior razonamiento, conviene traer a colación algunos Autos del Tribunal Supremo recaídos sobre esta materia, en los que se inadmitían los recursos de casación interpuestos, fundamentalmente, por solicitarse en ellos la nulidad por intransparente y abusiva de la «cláusula de afianzamiento solidario» en su totalidad (es decir, del contrato de fianza, y no de alguna de sus cláusulas). Tras exponer este motivo de inadmisión, en algunos Autos se explica, a renglón seguido, que «*[t]ampoco procedería la declaración de abusividad del mero “carácter solidario” del negocio en la medida en que la fianza solidaria está prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado y autónomo*» [FJ 3.º del ATS de 2 de noviembre de 2022⁷³]⁷⁴.

Creo que esta es una aclaración esencial que, sin embargo, no se deduce fácilmente de las sentencias previamente referenciadas; y que, puesta en relación con el razonamiento sobre el control de abusividad previamente expuesto, permite derivar dos conclusiones. La primera es que, bajo mi punto de vista, cuando el Tribunal Supremo señala que «*tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822.2)*», viene a querer decir que tanto la fianza simple como la solidaria presentan una tipicidad

⁷² En idéntico sentido, *vid.* las SSTS 56/2020, de 27 de enero y 820/2021, de 29 de noviembre.

⁷³ Rec. 4403/2020 (ECLI: ES:TS:2022:15167A). En el mismo sentido, *vid.* los AATS de 14 de septiembre de 2022, rec. 1934/2020 (ECLI: ES:TS:2022:12639A) y de 10 de noviembre de 2021, rec. 5740/2018 (ECLI:ES:TS:2021:14971A).

⁷⁴ Carrasco Perera también entiende que «la “solidaridad en la fianza” no es una “cláusula” contractual sujeta a control de contenido ni puede aplicarse el art. 86.7 LGDCU» [Carrasco Perera et al. (2022: 87)].

legal autónoma, y que, en la medida en que «*la fianza solidaria está prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado*», cada una goza de su propio régimen normativo en contraste del cual se deberá valorar si la renuncia a los beneficios de excusión y división resulta o no abusiva⁷⁵. Si, como es lo habitual en el tráfico negocial, el contrato en que dicha cláusula se incluye es una fianza solidaria, la renuncia efectuada carecerá de todo efecto útil, pues la inexistencia de tales beneficios va implícita en el propio régimen de dicha clase de garantía (cfr. arts. 1831.2.º y 1837.II CC), de suerte que no existirán derechos a los que el consumidor haya renunciado cuya abusividad quepa controlar. Por el contrario, en caso de hallarnos en el paradigma de la fianza simple, el modelo dispositivo de contraste sería otro radicalmente distinto, pues aquel sí incluiría, por defecto, los referidos beneficios (cfr. arts. 1831.1.º y 1837.I CC), de forma que la imposición de su renuncia sí caerá en la presunción *iuris tantum* de abusividad contenida en el párrafo primero e inciso séptimo del artículo 86 TRLGDCU. El hecho de que la renuncia a dichos beneficios esté expresamente prevista y autorizada por el Código Civil no desdice en nada lo anterior, pues solo implica que son derechos de los que las partes pueden, en efecto, disponer, con la consiguiente presunción de abusividad en caso de ser impuesta su renuncia a un consumidor.

En cuanto a la segunda conclusión, es la que adelanta el propio ATS de 2 de noviembre de 2022: desde el instante en que se sostenga que la fianza solidaria está «prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado y autónomo», no cabrá declarar la abusividad del “carácter solidario” del contrato de fianza, pues aquel implica la elección por las partes de un tipo contractual específico –con la consiguiente designación del régimen a queda sometido–, y no una mera «cláusula» del contrato cuyo contenido quepa enjuiciar vía abusividad. Además, si la fianza solidaria constituye un régimen autónomo alternativo o *genus* propio, parece que la derivada que de ahí sigue es que, entonces, tampoco cabrá someter la solidaridad de la fianza al control de transparencia previsto en el TRLGDCU; cuestión esta no carente de relevancia, pues, tal

⁷⁵ Por el contrario, Marín López opina que lo que se quiere argumentar con la afirmación de que «*tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria*», es que la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión o división «no se separa del derecho dispositivo, lo que dificulta su consideración como abusiva. Y es que *en el Código Civil no hay un modelo típico de fianza con beneficio de excusión, porque la fianza solidaria, que no goza de ese beneficio, se encuentra en el mismo orden de tipicidad ordinaria normativa que la fianza subsidiaria*» [Carrasco Perera et al. (2022: 807-808)].

y como explicábamos *ut supra*, en los contratos a los que el actual artículo 83.II TRLGDCU resulte aplicable, «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente (...) en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

Estas son las principales conclusiones que, a mi parecer, pueden extraerse de la fundamentación seguida por el Tribunal Supremo en las anteriores resoluciones. Ahora bien, si lo anterior es así, es preciso advertir que la argumentación empleada resulta francamente discutible, pues se construye a partir de un razonamiento puramente *formal*, como lo es pretender establecer una escisión entre el régimen correspondiente a la fianza simple y el atinente a la fianza solidaria. Dicha pretendida separación es, en realidad, meramente formal, aparente o lingüística; pero no parece que pueda serlo en términos materiales o jurídicos, pues, de conformidad con el marco provisto por el Código Civil, el régimen general es el correspondiente a la fianza simple. Esta última constituye el modelo que se hallaba presente en la *mens legislatoris* cuando acometió su ordenación en el Código –tal y como se desprende de la propia sistemática y contenido del Título XIV de su Libro Cuarto–, y todas las alternativas que de ahí surgen –como el pacto de solidaridad de la fianza o la renuncia a los beneficios de excusión y división– son meras variantes dentro de ese régimen general. Así pues, la fianza solidaria no configura un tipo contractual autónomo o régimen alternativo, sino que representa una variante de la fianza tipo –la simple– que se alcanza por medio de la inserción del correspondiente pacto contractual. Por consiguiente, igual de intransparente y abusiva puede ser tanto la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división como el pacto de solidaridad que se incluya en el contrato de fianza; tanto o más, incluso, en este último caso, en que el fiador queda posicionado en una situación mucho más gravosa que la que correspondería a quien solo ha renunciado a los referidos beneficios; y que, por lo demás, no se corresponde con el ideal de fianza que se representa el consumidor medio, coincidente con el modelo tipo previsto en el Código Civil, a saber: que quien es fiador solo responde de manera subsidiaria al deudor principal y cuando el acreedor haya hecho previa excusión de sus bienes.

III.3. La excepcional abusividad de la «cláusula de afianzamiento»: la nulidad del contrato de fianza por la imposición de garantías desproporcionadas

Como explicábamos al comienzo de este epígrafe, conforme a la STS 56/2020, de 27 de enero, no cabe pretender que el contrato de fianza en su totalidad sea declarado nulo

por abusivo. Ahora bien, a pesar de que esta es la conclusión a la que inevitablemente conduce el artículo 82 TRLGDCU y el propio sentido dogmático de la institución de la abusividad, nuestro Alto Tribunal ha manifestado que dicha regla general puede ser objeto de una excepción particular que vendría suministrada, precisamente, por el propio TRLGDCU, al menos cuando se realiza una interpretación flexible de su normativa. En concreto, según la STS 56/2020, de 27 de enero, y todas las que sobre esta materia que le siguen⁷⁶, cuando el contrato de garantía haya sido «incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada», aquel quedará sometido al cedazo de la abusividad en caso de que pueda «apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual» (FJ 5.º- 4.6).

Esta vía excepcional de control del contrato de garantía por abusividad se fundamenta en una intelección amplia y *pro consumatore* del artículo 88.1 TRLGDCU⁷⁷, a cuyo tenor «[e]n todo caso se consideraran [sic] abusivas las cláusulas que supongan (...) [l]a imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido». Así, aunque conforme al tenor literal de este precepto –y en coherencia con el sentido general del artículo 82 TRLGDCU– solo pueden quedar incursas en dicha presunción de abusividad⁷⁸ las «cláusulas» por las que el empresario imponga garantías desproporcionadas al consumidor, el Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación extensiva de la norma a fin de abarcar los contratos de garantía en su plenitud, con base en dos argumentos principales: de un lado, la especial protección que los consumidores requieren en este sector negocial –pues, como reconoce el propio TJUE en el asunto Tarçãu, por medio de los contratos de garantía los consumidores asumen obligaciones que gravan su patrimonio con un riesgo financiero difícil de calibrar–; y, de otro lado, la estrecha dependencia del contrato de garantía con respecto al principal asegurado, que «se traduce en el hecho de

⁷⁶ Vid. las SSTS 820/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4376); 684/2022, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3751); 685/2022, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3946); y 638/2023, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1831).

⁷⁷ Interpretación con la que, en lo esencial, ha venido a coincidir la doctrina científica [vid., entre otros, Marín López (2022: 7); Cepero y Estrada (2020: 4-6); Pertíñez Vilchez (2020: 2042); Pagador y Serrano (2020: 245-246); Belhadj-Ben Gómez (2020: 6); Sánchez Hernández (2022: 9)].

⁷⁸ A pesar de la rotundidad de la expresión «en todo caso» que abre el precepto, de su propio contenido se deduce que siempre será precisa una valoración de las circunstancias del caso para poder apreciar la desproporción determinante de nulidad, lo que pone en evidencia el carácter relativo de la abusividad en este supuesto, y, por tanto, su pertenencia al denominado listado de «cláusulas grises» [vid. González Pacanowska (2015: 1307-1309); Pertíñez Vilchez (2020: 2031-2032 y 2040); Pazos Castro (2022: 1312)].

que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia» (FJ 5.º- 4.6, de la STS 56/2020, de 27 de enero).

En consecuencia, partiendo del presupuesto de que una interpretación extensiva del artículo 88.1 TRLGDCU resulta posible con base en el principio *pro consumatore* y en la especial protección que requieren los consumidores en este ámbito, la valoración de la desproporción a que se refiere dicho precepto –y que toma como punto de referencia el riesgo crediticio del acreedor predisponente como medida para poder apreciar la existencia de una sobregarantía– se extiende a todas las cauciones que aseguren la obligación principal, incluidas las que puedan derivar de un contrato de garantía perfeccionado con un tercero distinto del deudor asegurado, y aunque la apreciación de desproporción pueda conducir a la nulidad de dicho contrato en su integridad. Por consiguiente, dado que *a)* el riesgo garantizado (y, por tanto, el acreedor predisponente) es el mismo; *b)* existe una sincronía en la celebración del contrato principal y el de garantía que afecta al concreto contenido de las estipulaciones de ambos negocios, y que aconseja que ambos deban ser valorados de manera conjunta⁷⁹; y *c)* el riesgo asumido por el fiador –que es, en definitiva, lo que conduce al Tribunal Supremo a justificar una mayor tuición en su caso– queda definido habitualmente por la extensión de la deuda principal, se concluye que el posible estado de sobregarantía que haya podido procurarse el empresario para asegurar su riesgo debe evaluarse en atención a todas las garantías que aquel haya podido imponer con ocasión de la celebración del contrato principal, aunque no representen una mera cláusula integrante del mismo, sino un contrato diferenciado. No obstante, dadas las excepcionales consecuencias que conlleva la interpretación extensiva

⁷⁹ A estos efectos, el hecho de que la fianza haya podido o no formalizarse en el mismo documento que el contrato principal resulta, en nuestra opinión, irrelevante, por mucho que la STS 56/2020 comentada parezca reservar la aplicación extensiva del artículo 88.1 TRLGDCU a ese supuesto: «A juicio de esta Sala esta previsión es aplicable no sólo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) *que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada*, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual» (FJ 5.º- 4.6).

propuesta, el Tribunal Supremo advierte que resulta preciso que «pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor» (STS 56/2020, de 27 de enero, FJ 5.º- 4.6).

El supuesto de hecho principal que el Alto Tribunal se está representando a efectos de la interpretación expuesta –y que es el examinado en la STS 56/2020, de 27 de enero, que da inicio a esta doctrina, así como en las posteriores SSTS 685/2022, de 21 de octubre y 638/2023, de 27 de abril– consiste, como hipótesis principal o cuantitativamente más relevante en la práctica⁸⁰, en la imposición cumulativa de una fianza junto a una hipoteca inmobiliaria en garantía del mismo crédito⁸¹. Desde esta perspectiva, tomando como modelo de partida un crédito hipotecario acompañado de una fianza, el Tribunal Supremo ha elaborado un listado abierto de factores que deben tenerse presentes a fin de evaluar la proporcionalidad de la garantía personal impuesta, y que son: 1.º) el importe total de las cantidades garantizadas mediante hipoteca por todos los conceptos (capital, intereses y costas); 2.º) la tasación del inmueble hipotecado; 3.º) las cantidades no cubiertas por la cifra de responsabilidad hipotecaria; 4.º) las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado; 5.º) la solvencia personal de los deudores; 6.º) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor –dado que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE permite tener en cuenta, a la hora de valorar el carácter abusivo de una cláusula, no solo todas las demás estipulaciones del contrato en cuestión, sino también las que integren «*otro contrato del que dependa*», incluyendo las

⁸⁰ Mas no única, desde luego, pues la valoración de la desproporción de la fianza impuesta exigirá tener presente, además de la posible concurrencia de una garantía real, cualquier otro mecanismo de seguridad que, en sentido amplio, asegure idéntico riesgo crediticio del acreedor empresario –v.gr. que el deudor principal tenga suscrito un seguro de amortización del préstamo– [vid., en este sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife (sección 4.ª) 633/2022, de 24 de junio (ECLI:ES:APTF:2022:597); y al respecto de la noción amplia de «garantía» en el artículo 88.1 TRLGDCU y sus supuestos, González Pacanowska (2015: 1308-1313); Pertíñez Vílchez (2020: 2040-2042); Pazos Castro [2022: 1313-1320)].

⁸¹ Práctica ciertamente frecuente en el ordenamiento español –al que algún autor ha llegado a calificar, con razón, de «multigarantista» de los derechos del acreedor hipotecario [Gálvez Criado (2016: 17)]–, en el que ha existido una clara tendencia por parte de las entidades financieras a robustecer su posición en los préstamos hipotecarios mediante la exigencia de garantías adicionales –usualmente personales, aunque también por medio de hipotecas constituidas por terceros distintos al deudor–, con las que, las más de las veces, se pretendía suplir la reducida o nula solvencia de los solicitantes de crédito a fin de conceder préstamos a quienes difícilmente se hallaban en posición de devolverlos [Gálvez Criado (2016: 17-18 y 28-29); Bastante Granell (2017: 56); Serrano Fernández (2019: 85); Gómez Valenzuela (2021: 632-633)].

relativas al precio (cfr. considerando 19.º de la Directiva)⁸²; 7.º) que el contrato de financiación o de garantía pactado a favor de la entidad financiera se ajuste a su normativa específica –pues, en caso de hacerlo, el artículo 88.1.II TRLGDCU presume que no habrá desproporción–; y 8.º) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado.

En aplicación de los criterios expuestos, la STS 56/2020, de 27 de enero, concluyó que, dado que la hipoteca constituida en el supuesto analizado no cubría la totalidad de las responsabilidades derivadas del crédito por todos los conceptos, la exigencia adicional de una fianza solidaria no podía considerarse desproporcionada, teniendo presente que en el caso no había otros datos que permitiesen apreciar lo contrario –datos tales como, según destaca el propio Tribunal, la solvencia personal de los deudores principales, la alta improbabilidad de insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda o la ausencia de ventajas correlativas a la mayor garantía que representa la fianza (v.gr. una disminución del tipo de interés del crédito o un mayor plazo de amortización)⁸³.

A la vista de los factores valorados, parte de nuestra doctrina ha manifestado la dificultad de que una fianza anexa a una hipoteca pueda calificarse de sobregarantía, teniendo en cuenta que, en una hipoteca a largo plazo, ni puede desdeñarse la posibilidad de que el valor del activo caiga por debajo del montante de deuda subsistente, ni puede excluirse *a priori* la insolvencia sobrevenida de ninguna persona⁸⁴.

No obstante, dado que el juicio de abusividad debe realizarse en consideración de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato (cfr. art. 82.3

⁸² Al respecto de este criterio, parte de la doctrina ha apuntado que su razón de fondo podría hallarse en evitar caer en una suerte de «control de precios» indirecta o impropia, dada la estrecha conexión que suele existir entre la exigencia de mayores garantías y el precio del préstamo [Cepero y Estrada (2020: 5-9)].

⁸³ La conclusión ha sido idéntica en los otros dos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de volver a considerar esta cuestión, y que han sido resueltos en las SSTs 685/2022, de 21 de octubre y 638/2023, de 27 de abril. En el primer caso, se trataba de un préstamo hipotecario destinado a financiar la adquisición de una vivienda cuyo capital principal (299.000 euros) superaba el valor de tasación de la finca (250.000 euros). En estas circunstancias, la entidad financiera requirió la constitución de garantías adicionales; en concreto, la constitución de una segunda hipoteca sobre un inmueble de los padres del deudor principal, así como la prestación de una fianza solidaria por aquellos. El Tribunal Supremo se pronunció acerca de la proporcionalidad de la segunda hipoteca, y suscribió la opinión de la Audiencia de que la misma resultaba proporcionada al riesgo asumido por el acreedor, habida cuenta que el valor de tasación de la finca ni siquiera cubría el capital del préstamo.

En el segundo supuesto –el resuelto por la STS 638/2023, de 27 de abril–, el acreedor requirió la constitución de una fianza solidaria en un préstamo hipotecario en el que el total de responsabilidad hipotecaria ascendía a 315.250 euros y la finca había sido tasada en 281.514,04 euros. En tales circunstancias, dada la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda, y, nuevamente, sin datos adicionales acerca de la solvencia personal de los deudores principales, el Tribunal Supremo vuelve a concluir que no existe «una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe» (FJ 3.º- 4).

⁸⁴ Marín López (2022: 9).

TRLGDCU)⁸⁵, parece que la proporcionalidad de la fianza deberá valorarse en atención a las condiciones existentes en el momento de su constitución, evitando caer en sesgos retrospectivos motivados por la evolución que hayan podido experimentar posteriormente las garantías prestadas o porque los riesgos finalmente se hayan materializado⁸⁶. En este sentido, en caso de que el valor de tasación de la finca ofrecida como garantía hubiese resultado insuficiente para cubrir las responsabilidades derivadas del préstamo⁸⁷, parece que el elemento esencial que deberá evaluarse para concluir si la fianza adicional exigida por el acreedor resultaba o no proporcionada es la concreta solvencia que presentaba el deudor principal en el momento de serle concedido el crédito⁸⁸, sin que en la valoración de dicho parámetro pueda tener repercusión el hecho de que el deudor haya podido devenir finalmente insolvente⁸⁹.

⁸⁵ Cepero y Estrada (2020: 6)

⁸⁶ Juan Gómez (2022: 5).

⁸⁷ Por el contrario, si el valor de la finca hipotecada se estima suficiente para garantizar lo adeudado, la fianza tendrá todos los visos de conformar una sobregarantía. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Barcelona (Sección 1.ª) 679/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:15041), la Audiencia Provincial entendió que, en un préstamo garantizado con dos hipotecas y una fianza solidaria, la garantía personal impuesta resultaba desproporcionada por cuanto el valor conjunto de las dos fincas hipotecadas resultaba suficiente para cubrir el capital prestado, los intereses y las costas del procedimiento.

⁸⁸ A tal efecto, la evaluación positiva de solvencia que obtengan los deudores en el momento de acceder al préstamo se tornará, de hecho, en un elemento fundamental en todos los contratos posteriores a la entrada en vigor de la LCCI que recaigan bajo su ámbito aplicativo, pues, dadas las estrictas exigencias que impone el artículo 11 a dicho respecto –y, en especial, teniendo presente que su apartado cinco dispone que el prestamista «solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato»–, la exigencia de una fianza personal por parte de los acreedores hipotecarios a los consumidores dejará de resultar *a priori* razonable, a efectos del artículo 88.1 TRLGDCU, salvo que se demuestre el alto riesgo de depreciación del inmueble gravado en consideración de sus específicas circunstancias, o que el deudor ha obtenido por esa mayor garantía ventajas correlativas en las condiciones esenciales del crédito –que, al parecer de la STS 56/2020, de 27 de enero, es uno de los parámetros que permite valorar la posible proporcionalidad de la garantía exigida–.

⁸⁹ En este sentido, atendiendo a la importancia del criterio de la solvencia personal del deudor como factor de valoración de la proporcionalidad de las garantías impuestas, la SAP Guadalajara 357/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APGU:2022:580), consideró que, en un préstamo garantizado con tres hipotecas, a pesar de que el valor conjunto de tasación de los inmuebles era ligeramente inferior al valor de las responsabilidades hipotecarias, la fianza solidaria impuesta resultaba desproporcionada habida cuenta de la solvencia que presentaba el deudor principal en el momento de constituir el préstamo. Así, según su FJ 3.º, «representando la cuota del préstamo el 35 % de su nómina, el establecimiento de un afianzamiento personal, solidario e ilimitado de los hipotecantes no deudores en el momento de constituirse sí debe considerarse desproporcionado en relación con el riesgo asumido por el acreedor; contrario a las exigencias de la buena fe. No debe olvidarse que la fianza personal de los fiadores además de ser solidaria era también sin limitación de tiempo, es decir, que la misma se mantiene hasta que el préstamo se encontrase cancelado por todos los conceptos, durante 40 años. Por ello (...) sí se considera sobregarantía el afianzamiento personal, solidario e ilimitado asumido por los apelados-fiadores (...), en el sentido de una desproporción entre la garantía y el riesgo asumido por el acreedor».

En cambio, en la SAP Toledo 144/2021, de 4 de febrero (ECLI:ES:APTO:2021:70), las apreciaciones respecto a la insuficiente solvencia de los deudores hipotecarios condujeron a estimar proporcionada la fianza solidaria impuesta: «para la apreciación de la existencia de desproporción entre la fianza y la garantía

IV. CONCLUSIONES

1. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, el fiador –sea simple o solidario– puede ser considerado consumidor, a efectos de los artículos 2.b) de la Directiva 93/13/CEE y 3.1 TRLGDCU, siempre que preste la garantía en un ámbito ajeno a su actividad profesional, con independencia de que la obligación asegurada derive de una operación entre empresarios –salvo que concurran vínculos funcionales que le unan a un deudor principal de tal condición–.

2. Aunque la fianza se presente a menudo en el tráfico como una estipulación integrante del contrato del que deriva la obligación asegurada, aquella representa un contrato diferenciado, y no una mera cláusula o condición de aquel principal, lo que significa que no puede pretenderse su nulidad total por intransparencia o abusividad, salvo que constituya una garantía desproporcionada. No obstante, las cláusulas impuestas al fiador consumidor en el contrato de fianza sí se encuentran sometidas a los controles de transparencia y contenido regulados en los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU.

3. El Tribunal Supremo ha venido considerando desde la STS 56/2020, de 27 de enero, que la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división debe ser objeto de un control de transparencia material, y no solo formal y gramatical, que permita al consumidor comprender el alcance del riesgo asumido. No obstante, aunque en esa primera sentencia se aprecia una verdadera vocación por evaluar si el fiador ha podido hacerse una idea cabal de la carga jurídica y económica asumida, en posteriores pronunciamientos nuestro Alto Tribunal se ha limitado a razonar en términos de transparencia formal y gramatical.

4. Según diversas resoluciones del Tribunal Supremo, el «carácter solidario» de la fianza no puede ser declarado abusivo, en la medida en que la fianza solidaria está prevista en nuestro Código Civil como un negocio jurídico diferenciado y autónomo. Por el mismo motivo, dado que se argumenta que la solidaridad en la fianza no es una cláusula, sino la designación por las partes de un tipo contractual propio, parece que dicho aspecto tampoco podrá ser susceptible de control de transparencia. Por otro lado, si tanto la fianza

(...) no es suficiente solo con una relación meramente aritmética entre la cantidad prestada y el importe de la tasación (...) porque es preciso tener el [sic] cuenta la cantidad total garantizada, la posibilidad de que exista una depreciación del bien (...) y también debe contarse con solvencia personal de los contratantes y sobre esta cuestión es significativo lo que expone el Banco (...): la cuota era de 1.385 euros y la suma de los ingresos de los prestatarios era de 1.440 euros al mes, es decir dejaba poco margen a cualquier eventualidad lo que hace que no se ha demostrado la existencia de desproporción» (FJ 2.º).

simple como la fianza solidaria presentan una tipicidad legal autónoma, de dicha fundamentación se sigue que cada una de dichas figuras dispone de su propio régimen normativo en contraste del cual se deberá valorar si la renuncia a los beneficios de excusión y división resulta o no abusiva. Esto significa que, si el contrato en que dicha cláusula se incluye es una fianza solidaria, conforme a dicho modelo no existirán derechos a los que el consumidor haya renunciado cuya abusividad quepa controlar, pues la inexistencia de tales beneficios va implícita en el propio régimen de dicha clase de garantía (cfr. arts. 1831.2.º y 1837.II CC). Por el contrario, en caso de hallarnos en el paradigma de la fianza simple, el modelo dispositivo de contraste sí incluirá, por defecto, los referidos beneficios (cfr. arts. 1831.1.º y 1837.I CC), de manera que la imposición de su renuncia por parte del acreedor-empresario caerá en la presunción *iuris tantum* de abusividad contenida en el párrafo primero e inciso séptimo del artículo 86 TRLGDCU.

5. La anterior argumentación resulta altamente discutible, pues se construye a partir de un razonamiento puramente formal, como lo es pretender establecer una escisión entre el régimen relativo a la fianza simple y el atinente a la fianza solidaria, cuando, de conformidad con el marco provisto por el Código Civil, el régimen general es el correspondiente a la fianza simple. Esta última constituye el modelo de fianza presente en la *mens legislatoris* cuando acometió su ordenación en el Código – tal y como se desprende de la sistemática y contenido del Título XIV de su Libro Cuarto–, y todas las alternativas que de ahí surgen –como el pacto de solidaridad de la fianza o la renuncia a los beneficios de excusión y división– son meras variantes dentro de ese régimen general. Así pues, la fianza solidaria no configura un tipo contractual autónomo o régimen alternativo, sino que representa una variante de la fianza tipo –la simple– que se alcanza mediante la inserción del correspondiente acuerdo contractual; pacto este último –el de solidaridad– que, de la misma forma que la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división, resulta susceptible de ser sometido a los controles de transparencia y abusividad.

6. Con carácter excepcional, el Tribunal Supremo ha establecido, a partir de una interpretación amplia y *pro consumatore* del artículo 88.1 TRLGDCU, que el contrato de fianza puede ser declarado nulo por abusivo cuando constituya una garantía desproporcionada. No obstante, dadas las excepcionales consecuencias que conlleva dicha interpretación extensiva, deberá poder apreciarse con claridad la desproporción

entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor, en consideración de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato.

Bibliografía

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2018). «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor». *Derecho Privado y Constitución*, 32 (95-132) (<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.32.03>) (05.06.2023).
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2019). «La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español». *Anuario de derecho privado* (pp. 33-72).
- BASTANTE GRANELL, V. (2017). «La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3 (pp. 55-94).
- BELHADJ-BEN GÓMEZ, C. (2020). «Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5 (pp. 1-15).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). «Comentario a los artículos 1 a 7 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias* (Coord.: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (2.ª edic.) (pp. 47-81).
- CADENAS OSUNA, D. (2021). «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785 (1978-2022).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario: Primeros apuntes». *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Ed. Wolters Kluwer (pp. 1-21)
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2022). «Comentario a los artículos 1 a 7 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.: A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 61-223).
- CAÑIZARES LASO, A. (2022). «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.: A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1179-1194).
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022). *Tratado de los derechos de garantía*, T. I y II. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (4.ª edic.).
- CASTELLANOS CÁMARA, S. (2022). «La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen». *Cuadernos de Derecho Privado*, 4 (pp. 7-52).

- CASTILLA BAREA, M. (2013). «Comentario al artículo 1822 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. IX (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 12461-12474).
- CEPERO ARÁNGUEZ, M. Á. y ESTRADA NOVO, M. (2020). «El juicio de abusividad de las cláusulas de fianza incorporadas en un contrato de préstamo hipotecario a la luz de la Sentencia núm. 56/2020, de 27 de enero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo». *Diario La Ley*, 9637 (pp. 1-17).
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2020). «Fianza civil y mercantil», en *Tratado de contratos*, T. IV (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR. y N. MORALEJO IMBERNÓN y S. QUICIOS MOLINA, COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (3.^a edic.) (pp. 5049-5159).
- CRESPO MORA M.^a C. (2023). «Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios de abogado por hora: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023 as. C-395/21: Caso DV contra MA». *La Ley Unión Europea*, 113 (1-22).
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2016). «Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 144 (pp. 15-52).
- GÓMEZ VALENZUELA, M. Á. (2021). «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». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14 (pp. 630-691).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). «Comentario a los artículos 80 a 88 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, COORD.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (2.^a edic.) (pp. 1027-1320).
- JUAN GÓMEZ, M. C. (2022). «La frustración de las acciones de nulidad total o parcial de las fianzas solidarias incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario». *Actualidad Civil*, 10 (pp. 1-9).
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019). «El control de transparencia material», en *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (A. CARRASCO PERERA, DIR.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (pp. 257-313).
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022). «Cláusulas abusivas en el contrato de fianza: Las SSTS 684, de 19 de octubre y 685/2022, de 21 de octubre». *Publicaciones Jurídicas CESCO* (1-12) ([https://centrodeestudiosdeconsumo.com/...](https://centrodeestudiosdeconsumo.com/)) (05.06.2023).
- MARTÍN FABÁ, J. M.^a (2023). «Falta de transparencia de una cláusula que fija el precio de los servicios del abogado mediante un sistema de tarifa por hora: Comentario a la STJUE (Sala Cuarta), 12 enero 2023, asunto C-395/21, D.V contra M.A». *Publicaciones Jurídicas CESCO* (1-12) ([https://centrodeestudiosdeconsumo.com/...](https://centrodeestudiosdeconsumo.com/)) (05.06.2023).

- MARTÍN FUSTER, J. (2020). «Efectos de la falta de transparencia: Comentario tras las Sentencias del Tribunal Supremo 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre». *Diario La Ley*, 9748 (1-11).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2023). «El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de la jurisprudencia del TJUE». *Cuadernos de Derecho Privado*, 5 (pp. 68-99).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2021). «Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas». *Publicaciones Jurídicas CESCO* (1-7) (<https://centrodeestudiosdeconsumo.com/...>). (05.06.2023).
- MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2022.a). «Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: a propósito de algunas experiencias en el sector financiero». *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 4 (111-156).
- MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2022.b). «¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?». *La Ley Mercantil*, 87 (1-31).
- PAGADOR LÓPEZ, J. y SERRANO CAÑAS, J. M. (2020). «Sobre el carácter abusivo del pacto de solidaridad en la fianza (o la renuncia mediante cláusulas predispuestas a los beneficios de excusión u orden y división). A propósito de las sentencias del TS 56/2020 (RJ 2020/145) y 101/2020 (RJ 2020/39)», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 0 (pp. 209-254).
- PAZOS CASTRO, R. (2022). «Comentario al artículo 88 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.: A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1309-1326).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2020). «Los contratos de adhesión», en *Tratado de contratos*, T. II (Dir.: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Coord.: N. MORALEJO IMBERNÓN y S. QUICIOS MOLINA). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (3.^a edic.) (pp. 1951-2077).
- REDONDO TRIGO, F. (2019). «De nuevo sobre la fianza y consumidores». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 776 (pp. 3155-3170).
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2022). «El garante vulnerable: ¿Nulidad por error o nulidad parcial por abusividad de la llamada “Cláusula de Afianzamiento”? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 745/2021, de 2 de noviembre. *Revista de Estudios Jurídicos*, 22 (pp. 1-14) (<https://doi.org/10.17561/rej.n22.7515>) (05.06.2023).
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2019). «El prestatario, el fiador o el garante en la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario». *Revista de Derecho Civil*, 2 (pp. 51-97).
- TOMILLO URBINA, J. (2021). «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios». *Revista de Derecho Patrimonial*, 55 (pp. 1-39).
- ZUMAQUERO GIL, L. (2022). «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T. I. (Dir.:

A. CAÑIZARES LASO y Coord.: L. ZUMAQUERO GIL). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 1279-1293).

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala 4.^a) de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21) (ECLI:EU:C:2023:212)

STJUE de 26 de enero de 2017 [asunto C-421/14 (caso Banco Primus)] (ECLI:EU:C:2017:60)

ATJUE (Sala 10.^a) de 14 de septiembre de 2016 [asunto C-534/15 (caso Dumitraș)] (ECLI:EU:C:2016:700)

STJUE (Sala 9.^a) de 15 de enero de 2015 (asunto C-537/13) (ECLI:EU:C:2015:14)

STJUE (Sala 1.^a) de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11) (ECLI:EU:C:2013:341)

STJUE (Sala 5.^a) de 17 de marzo de 1998 (asunto C-45/96) (ECLI:EU:C:1998:111)

ATJUE (Sala 6.^a) de 19 de noviembre de 2015 [asunto C-74/15 (caso Tarçãu)] (ECLI:EU:C:2015:772)

Tribunales españoles

Tribunal Constitucional

STC (Sala 1.^a) 75/2017, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2017:75)

Tribunal Supremo

STS (Sala 1.^a) 744/2021, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3969)

STS (Sala 1.^a) 599/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3631)

STS (Sala 1.^a), Pleno, 597/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3756)

STS (Sala 1.^a) 595/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3613)

STS (Sala 1.^a) 204/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1438)

STS (Sala 1.^a) 203/2020, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1441)

STS (Sala 1.^a) 121/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:504)

STS (Sala 1.^a) 23/2020, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:98)

STS (Sala 1.^a) 56/2020, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2020:164)

STS (Sala 1.^a) 414/2018, de 3 de julio (ECLI: ECLI:ES:TS:2018:2566)

STS (Sala 1.^a) 314/2018, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1901)

STS (Sala 1.^a) 594/2017, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3956)

STS (Sala 1.^a) 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916)

ATS (Sala 1.^a) de 2 de noviembre de 2022 (rec. 4403/2020) (ECLI: ES:TS:2022:15167A)

ATS (Sala 1.^a) de 14 de septiembre de 2022 (rec. 1934/2020) (ECLI: ES:TS:2022:12639A)

ATS (Sala 1.^a) de 10 de noviembre de 2021 (rec. 5740/2018) (ECLI:ES:TS:2021:14971A).

Audiencias Provinciales

SAP Barcelona (Sección 1.^a) 679/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:15041)

SAP Guadalajara 357/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APGU:2022:580)

SAP Madrid 206/2013 (Sección 12.^a) de 14 de marzo (ECLI:ES:APM:2013:4248)

- SAP Santa Cruz de Tenerife (sección 4.^a) 633/2022, de 24 de junio (ECLI:ES:APTF:2022:597)
- SAP Toledo 144/2021, de 4 de febrero (ECLI:ES:APTO:2021:70)
- AAP Asturias (Sección 5.^a) 198/2015, de 6 de julio (ES:APO:2015:2135)
- AAP Asturias (Sección 1.^a) 248/2012, de 2 de julio (ES:APO:2010:1676)
- AAP Castellón (Sección 3.^a) 4/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APCS:2015:4A)
- AAP Las Palmas (sección 5.^a) 344/2016, de 4 de julio (ECLI:ES:APGC:2016:75A)
- AAP Las Palmas (Sección 5.^a) 13/2016, de 22 de enero (ES:APGC:2016:4A)
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) 177/2015, de 14 de julio (ES:APTF:2015:1715)
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) 143/2014, de 14 de julio (ES:APTF:2014:111A)
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) 10/2015, de 14 de enero (ES:APTF:2015:42A)
- AAP Valencia (Sección 6.^a) 535/2015, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APV:2015:535A)