

# **LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA PERSONAL EN LOS CONTRATOS BANCARIOS. EN ESPECIAL, LA CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO**

*Antonio Gálvez Criado*

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. LA CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO INCLUIDA EN UN CONTRATO PRINCIPAL DE PRÉSTAMO ES UN CONTRATO BANCARIO. II. LA CONSIDERACIÓN DE LOS FIADORES COMO CONSUMIDORES. 1. La doctrina sentada por el TJUE al respecto. 2. La consideración del fiador como consumidor es independiente de la causa de la fianza. III. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN U ORDEN Y DE DIVISIÓN IMPUESTA A LOS FIADORES. 1. Controles legales al margen del propio de las condiciones generales. 2. El control de legalidad propio de las condiciones generales. 3. El tratamiento diferenciado entre prestatarios y fiadores a efectos de los controles de transparencia y de abusividad. IV. OTRAS POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO DE FIANZA. V. LA CLÁUSULA DE GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO FRENTE A UN CONSUMIDOR Y LA FIANZA GENERAL U OMNIBUS. VI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS GARANTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. LA CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO INCLUIDA EN UN CONTRATO PRINCIPAL DE PRÉSTAMO ES UN CONTRATO BANCARIO**

Un contrato de fianza que sirva de garantía accesoria a un contrato principal de préstamo concedido por una entidad de crédito es un contrato bancario. La fianza forma entonces parte de una operación bancaria de concesión de crédito por cuenta propia (contrato bancario activo<sup>1</sup>) y el fiador es un cliente bancario al que, en principio, resulta también de aplicación la normativa sectorial (prudencial) que ordena y disciplina la actividad bancaria.

---

1. TAPIA HERMIDA (2007, 139-140).

Es cierto que esta normativa prudencial pone el foco básicamente en la figura del prestatario (persona física) como cliente o potencial cliente y apenas se encuentra en ella menciones expresas a los garantes personales en aspectos centrales como los deberes de información o de evaluación de la solvencia. Así sigue ocurriendo, por ejemplo, con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, o con la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aunque en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, sí existe una mención concreta a los avalistas<sup>2</sup>.

No deja de ser una situación paradójica, pues estos garantes, como veremos a continuación, contraen una obligación solidaria, ocupan por ello la misma posición jurídica que los prestatarios y asumen la misma carga económica que estos frente al prestamista. No obstante, y como sabemos, la situación en el específico ámbito de los préstamos hipotecarios cambió tras la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que deja claro desde su primer artículo que sus normas de protección resultan aplicables a «las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes».

En cualquier caso, debe decirse que en los últimos años se ha ido consolidando en nuestro TS una jurisprudencia que trata de dar respuesta a los problemas que plantea el control de legalidad sobre las condiciones generales de la contratación aplicado al contrato de fianza bancario. En general, suele tratarse de casos en los que la fianza se instrumenta a través de una cláusula —denominada generalmente «cláusula de afianzamiento» o «cláusula adicional»— incluida como una más en el clausulado del contrato principal, que suele ser un contrato bancario de préstamo hipotecario, aunque también puede tratarse de un préstamo personal; es relevante esta forma de celebrar el contrato de fianza, pues no es lo mismo que una fianza a la que acompaña todo un clausulado propio. El prestamista es un profesional del crédito y el fiador o fiadores son consumidores (habitualmente, familiares del prestatario) que prestan su garantía gratuitamente y que renuncian a los llamados beneficios de excusión u orden y de división pactándose la fianza como solidaria<sup>3</sup>.

Para una mayor claridad, podemos tomar como ejemplo el siguiente caso extraído de la escritura notarial de un préstamo hipotecario contratado en 2005 en el que, conforme a la minuta presentada por la entidad financiera prestamista y tras las cláusulas del préstamo propiamente dicho, se incluía la siguiente llamada «Cláusula Adicional. Prestación de Fianza»:

---

2. En la Norma quinta (explicaciones adecuadas y deber de diligencia), apartado 1, *in fine*, puede leerse: «En los supuestos en que, en dichas operaciones de préstamo o de crédito, se contemple la existencia de avalistas, estos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen».

3. Por orden de fecha, nos referimos básicamente a las SSTS 27.01.2020 (RJ 145), 12.02.2020 (RJ 329), 29.11.2021 (RJ 5286), 19.10.2022 (RJ 4498) y 21.10.2022 (JUR\2023\136369).

«Sin perjuicio de las garantías establecidas en esta escritura Don... y Doña..., estableciendo solidaridad con respecto a la parte prestataria se constituyen fiadores solidarios de todas y cada una de las obligaciones contraídas en esta escritura por dicha parte prestataria, renunciando por consiguiente a los beneficios de orden, división y excusión. El afianzamiento subsistirá durante la vigencia del contrato, e incluso cuando por cualquier circunstancia se accediese a demorar el pago de algunos de los vencimientos pactados sin intervención directa de la parte fiadora, que a tal efecto y desde este momento autoriza tales prórrogas. En su consecuencia, vencida por cualquier causa la obligación, la Caja podrá dirigirse, mediante el oportuno procedimiento que así lo permita, no sólo contra la parte prestataria y los bienes especialmente trabados, sino también contra la parte fiadora, simultánea, alternativa o sucesivamente».

En este contexto, podemos decir que el TS parte de una afirmación básica inicial, que puede antojarse obvia: esta fianza así documentada no es una simple cláusula o condición general del contrato principal de préstamo, sino que es un contrato (de fianza) distinto y celebrado entre sujetos distintos, aunque accesorio del contrato de préstamo.

Dicha afirmación procede básicamente de la STS 27.01.2020 (FD quinto, apartado 4.5; RJ 145), que posteriormente acoge y amplía la STS 29.11.2021 (RJ 5286) así:

«2.3. Por tanto, con carácter general y desde un punto de vista dogmático, todo lo anterior vendría a avalar la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que no cabría pretender que el contrato de fianza en su totalidad (incluyendo por tanto las estipulaciones que definen sus elementos esenciales u objeto principal), con independencia de su mayor o menor extensión, tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público, y en base a dicha pretendida naturaleza de mera cláusula contractual declarar su íntegra nulidad por abusiva, sobre la base de unas acciones que, en principio, están previstas 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. Así lo declaramos también en la sentencia 56/2020, de 27 de enero, sin perjuicio de que, como entonces advertimos pueda apreciarse la abusividad de la garantía fideiusoria en su totalidad cuando incurra en la interdicción de las garantías desproporcionadas (...)».

La anterior afirmación básica permite al TS situarse en una posición intermedia entre los dos extremos que serían:

- a) El primero, entender la mencionada cláusula de fianza predispuesta, en su totalidad y formalmente, como una condición general más del contrato de préstamo y someterla a todos los controles de legalidad (incorporación o transparencia formal, transparencia material y abusividad).
- b) El segundo, entender esta cláusula de fianza solidaria como un tipo contractual específico, donde la renuncia a los beneficios de excusión u orden

y de división constituiría un elemento esencial configurador y consentido del tipo contractual y no una condición general, de manera que ningún extremo podría ser sometido a este control de legalidad.

Esta posición intermedia adoptada por el TS, estableciendo una importante autonomía entre préstamo y fianza (solidaria), podría sintetizarse de la siguiente manera: aunque el contrato de fianza sea un contrato distinto del contrato de préstamo y no una simple condición general de este, la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división por parte del fiador sí puede constituir una condición general de la contratación del propio contrato de fianza, y por tanto y en su caso, puede ser sometida a control de inclusión (transparencia formal), transparencia material y abusividad.

En este punto, que se analizará a continuación, se produce una cierta dicotomía o tensión entre, por una parte, la autonomía del contrato de fianza como contrato distinto del contrato principal y celebrado entre sujetos distintos (relatividad del contrato), y por otro lado, el carácter accesorio de la obligación fideiusoria. Ello puede generar algunas dudas que deben ser analizadas.

Debe, no obstante, aclararse que en muchos de los casos decididos por nuestros tribunales la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división aparece planteada junto a una segunda cuestión de especial interés también: si el contrato de fianza en su totalidad también puede ser sometido al control de abusividad como un posible supuesto de garantías desproporcionadas del actual artículo 88.1 TRLGDCU. Esta segunda cuestión será objeto de análisis en un capítulo específico de esta misma obra, al que nos remitimos.

## II. LA CONSIDERACIÓN DE LOS FIADORES COMO CONSUMIDORES

### 1. La doctrina sentada por el TJUE al respecto

La jurisprudencia menor claramente mayoritaria hasta el año 2015 no consideraba a los fiadores como consumidores por sí mismos de forma autónoma, sino que, en virtud del principio de accesoriedad, esta cuestión se hacía depender de la consideración que tuvieran los prestatarios.

Debe decirse que resulta llamativo el silencio del TRLGDCU sobre la figura de los fiadores o garantes en este ámbito (a excepción de la previsión de su art. 88). Quizás la razón de ello se deba a que el TR está pensando en el consumidor como contratante principal que recibe un bien o un servicio de un empresario y que paga un precio a cambio, pero no está pensado en los terceros que simplemente garantizan la obligación de pago nacida de este contrato principal, como si estos no necesitarán de protección especial<sup>4</sup>. Ello determinada que

---

4. Así lo advierte MARÍN LÓPEZ (2022, 2), cuando afirma que «la fianza prestada por un no profesional no es propiamente un contrato de adquisición de bienes o servicios, ni tampoco un

la posición de los garantes en los supuestos que estamos contemplando es especialmente delicada, pues como tales no participan en la negociación con el proveedor del bien o el servicio (préstamo aquí), ni reciben contraprestación alguna de este, limitándose a asumir las obligaciones nacidas de un contrato principal en el que no han participado. Piénsese en los casos habituales de fianzas y otras garantías prestadas por familiares, parejas u otros allegados cercanos al deudor principal.

En cualquier caso, la idea inicial asentada en la jurisprudencia de las AAPP se basaba en la afirmación según la cual existía un «régimen jurídico único e inescindible» (palabras literales del AAP de Madrid, 14.<sup>a</sup>, 31.01.2012, JUR\95125) entre el contrato principal de préstamo y el de garantía (fianza solidaria normalmente). En consecuencia y conforme al principio de accesoriedad de la garantía (art. 1824 CC), la posición del fiador quedaba determinada objetivamente y seguía al contrato principal<sup>5</sup>, sin atender al criterio subjetivo consistente en analizar si el garante interviene como consecuencia del ejercicio de una actividad comercial, empresarial o profesional o fuera de ella, que sería lo lógico conforme a los artículos 3 y 4 TRLGDCU. En otras palabras y conforme a esta jurisprudencia, 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)» (SAP de Madrid, 12.<sup>a</sup>, 14.03.2013; JUR\156399).

Son muy claras, al respecto, las palabras del AAP de Barcelona, 13.<sup>a</sup>, 26.03.2015 (JUR\160635), sobre la posición de los fiadores solidarios en un préstamo hipotecario:

«Por otra parte y en relación a los fiadores solidarios (contra quienes no se ha despachado ejecución en el presente procedimiento), conviene recordar que su condición es accesorio al contrato principal, de modo que su situación sigue el carácter de éste y no supone una alteración de la naturaleza del negocio del que es accesorio. Es decir, en el momento en que una persona se introduce como responsable solidaria en un negocio de carácter mercantil al que no resulta de aplicación la normativa de protección al consumidor, el fiador solidario entra a formar parte del mismo, sin que en ese momento goce de la condición de consumidor».

También la SAP de Pontevedra, 3.<sup>a</sup>, 17.06.2015 (JUR\175531), en un préstamo personal:

«En todo caso, partiendo del indudable acierto de lo decidido en la instancia y conviniendo en la imposibilidad de aplicación de la normativa de consumidores a los particulares codemandados, por las palmarias razones recogidas en la resolución recurrida, hemos de abundar en las mismas recordando que el concepto o

---

crédito», lo cual «no implica que no pueda considerarse a la fianza o a la hipoteca un acto de consumo en sentido amplio».

5. Es también el criterio del art. 439 CCom, según el cual «será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante».

noción de consumidor no se corresponde con un criterio subjetivo en relación a la actividad personal o profesional habitual del particular sino que se define en razón de la posición que venga a ostentar en la relación contractual o vínculo al que se refiere la controversia, de acuerdo con la naturaleza de aquélla y la causa o finalidad de la contratación, la que ha de ser con destino o finalidad de Consumo privado para que pueda calificarse al contratante o adquirente de consumidor».

Pueden citarse en esta línea bastantes ejemplos, tanto de préstamos personales: SAP de Castellón, 3.<sup>a</sup>, 30.12.2013 (JUR\ 77936), SAP de Valencia, 9.<sup>a</sup> 15.01.2014 (JUR\105762), AAP de Castellón, 3.<sup>a</sup>, 18.09.2014 (JUR\52957), AAP de Barcelona, 13.<sup>a</sup> 26.03.2015 (JUR\160635) y SAP de Pontevedra, 3.<sup>a</sup>, 17.06.2015 (JUR\175531), como de hipotecarios: AAP de Sevilla, 5.<sup>a</sup>, 27.02.2015 (JUR\129431).

Así las cosas, sabemos que una nueva etapa se abrió con el conocido Auto del TJUE, 6.<sup>a</sup>, 19.11.2015 (asunto *Tarcău*, C-74/15; TJCE 386). Se trató de un importante Auto del TJUE que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de apelación rumano y que trató de establecer cómo han de ser interpretados los artículos 1.1 y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, respecto a aquellos contratos en que se otorga por un tercero una garantía, personal o real, en un contrato principal de carácter mercantil; en particular, la interpretación en tales casos de la definición de consumidor contenida en la misma, como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

El tribunal de apelación planteó al TJUE una cuestión prejudicial con dos preguntas: la primera, si el concepto de consumidor establecido en el artículo 2 letra b) de la Directiva debe interpretarse como excluyente para quienes firman un contrato accesorio de fianza o garantía respecto a un contrato mercantil, cuando los garantes personas físicas carecen de relación con la actividad de la sociedad mercantil y actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional; la segunda, relativa a si deben también entenderse incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la Directiva los contratos accesorios (como los de garantía aquí considerados) a otro contrato principal que tenga por objeto la venta de bienes o la prestación de servicios entre empresarios y consumidores.

Respecto a esta segunda cuestión, el TJUE considera que el ámbito de aplicación de la Directiva no viene determinado por el objeto de contrato (esto es, no distingue entre tipos concretos de contratos), sino que se define atendiendo a la condición de los contratantes (si actúan o no en el marco de una actividad profesional), de manera que se aplica a cualesquiera celebrados entre empresarios y consumidores que no hayan sido negociados individualmente. En consecuencia y en relación a la primera cuestión, considera que el concepto de consumidor tiene un carácter objetivo que debe apreciarse por el juez nacional siguiendo un criterio funcional consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe o no en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (STJUE 03.09.2015, asunto *Costea*, C-110/14, apartado 21; TJCE 330). Como también es sabido, la anterior doctrina fue ratificada menos de un

año después en el también Auto TJUE 14.09.2016 (asunto *Dumitraș*, C-534/15; TJCE 329)<sup>6</sup>.

Especial problemática práctica ha planteado las palabras del apartado 29 del Auto de 19.12.2015, donde se decía que «corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si actuó con fines de carácter privado», de manera que los tribunales españoles han tenido que ir sentando criterios al respecto (especialmente relevante resulta la exposición de las reglas establecidas sobre esta cuestión y que recoge la STS 12.11.2020; RJ 4576).

Por tanto y a partir de estos autos del TJUE, la jurisprudencia española empezó a desechar ese automatismo basado en el principio de accesoriedad de la garantía, y por supuesto, esta doctrina es asumida y citada profusamente en las sentencias del TS que se citaron al principio a la hora de resolver el control de legalidad de las condiciones generales aplicable al contrato de fianza, pues se parte de la consideración o no de los fiadores como consumidores a partir de la doctrina del TJUE que se ha resumido.

## **2. La consideración del fiador como consumidor es independiente de la causa de la fianza**

A excepción de su artículo 88.1, respecto a la posible abusividad de un contrato de fianza como un supuesto de garantías desproporcionadas, el TRLGDCU guarda silencio sobre la figura del fiador o garante. No es ese contratante principal que recibe de un empresario bienes y servicios y que merece por ello una especial protección en el que parece estar pensando el legislador. Al contrario, se trata simplemente de un sujeto que, mediante un contrato accesorio de garantía, asume y se obliga a cumplir unas obligaciones nacidas de un contrato principal en cuya celebración no suele participar tampoco. Tomando los ejemplos jurisprudenciales que se han venido mencionando, podría decirse que la situación del fiador presenta las siguientes características:

- Como garante de obligaciones nacidas de un contrato principal, no recibe prestación alguna procedente de dicho contrato (el dinero del préstamo, por ejemplo).
- Tampoco recibe contraprestación alguna a cambio de garantizar la obligación principal; esto es, la fianza es gratuita en sus relaciones con el deu-

---

6. Este había sido también el criterio adoptado por la STJCE, 5.<sup>a</sup>, de 17 de marzo de 1998 (asunto *Bayerische Hypotheken und Wechselbann AG c. Edgar Dietzinger*, C-45/1996; TJCE 52), respecto a la aplicación de la Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

dor principal. Es un fiador que actúa al margen del ejercicio de una actividad profesional o empresarial.

- Se obliga solidariamente con el deudor principal, de manera que económica y jurídicamente ocupa la misma posición que este último en sus relaciones con el acreedor.
- Como todo fiador y si la obligación resulta incumplida y finalmente tiene que hacerse cargo de la deuda, sufrirá en sus relaciones internas con el deudor principal la carga de la reclamación y la posible insolvencia de este.

En estas condiciones, si algún sujeto de esta relación triangular merece especial protección por parte de la legislación de consumo, ese es precisamente el fiador; no recibe nada y, a cambio, se obliga como un deudor principal.

Es posible plantear la duda de si la legislación de consumo debe excluir de su ámbito de aplicación a los negocios gratuitos, pero cuando ello se hace se está pensando en un sujeto —un consumidor— que recibe un bien o servicio gratuitamente y sin sacrificio alguno por su parte, razón por la cual podría discutirse si este sujeto merece una protección especial más allá de su consideración como parte contratante, con remisión entonces a la regulación general sin más<sup>7</sup>.

En cualquier caso, nada tiene esto que ver con la posición del fiador en los casos aquí considerados. Es un sujeto que se obliga a pagar solidariamente una deuda ajena y a responder de ella con todo su patrimonio (art. 1911 CC), sin recibir nada a cambio. Así las cosas y lejos de que ello pueda fundamentar su exclusión de la legislación de consumo, la gratuidad de la fianza justifica, más si cabe, su protección como consumidor: el fiador no recibe una prestación gratuitamente, sino al contrario, promete una prestación gratuitamente<sup>8</sup>. La gratuidad de la fianza (respecto al deudor principal, que es a quien se refiere la distinción del art. 1823 CC) no puede ser un obstáculo para la aplicación de la normativa de consumo a favor de un sujeto cuya posición no puede ser más *onerosa* respecto al contrato principal celebrado.

---

7. En este sentido, el art. 1092 del Código Civil y Comercial argentino incluye expresamente tanto a los negocios jurídicos onerosos como gratuitos: «Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social».

La misma solución se ha defendido, aun sin previsión legal expresa, por CARRANZA ÁLVAREZ (2010, 339-346) para el Derecho peruano, pensando sobre todo en sorteos, concursos o muestras gratis dirigidos por los empresarios a los consumidores y donde se estima que estos deben quedar amparados por la normativa especial protectora en ámbitos tales como publicidad engañosa, información veraz o daños sufridos por los consumidores. Lo mismo parece razonable entender también, en nuestra opinión, para el Derecho español, habida cuenta de que concurren en estos supuestos un sujeto que actúa con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y otro sujeto que lo hace al margen de tal propósito, que son los únicos requisitos establecidos por nuestro TRLGDCU.

8. Sobre la posición especialmente expuesta y digna de protección del fiador, CARRASCO PERERA (2023, 2 y 5).

Aunque la fianza fuera onerosa en el sentido de que el fiador cobró un precio a cambio de su compromiso de pago de la deuda ajena, o acordó que las cantidades por él desembolsadas en su caso al acreedor tuvieren en las relaciones internas con el deudor la consideración de un préstamo con unos determinados intereses y condiciones, le seguirá siendo aplicable la legislación de consumo. Se trataría de un sujeto que actúa con ánimo de lucro, pero que, en la medida en que no se trate de una persona jurídica y lo haga con un propósito ajeno al ejercicio de una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, tendrá la consideración de consumidor. Con más razón, merece protección cuando la fianza es gratuita en el sentido de que asume el sacrificio del pago al acreedor sin recibir nada a cambio.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el fiador persona física tendrá la consideración de consumidor siempre que su intervención se haga con un propósito ajeno al ejercicio de una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Siendo persona jurídica, será considerado consumidor en el mismo supuesto y siempre que no tenga ánimo de lucro. No se dice nada distinto a la aplicación de las reglas generales de los artículos 3 y 4 TRLGDCU.

Cuestión muy diferente a la aquí tratada sería la necesidad de distinguir la onerosidad/gratuidad de la fianza a otros efectos, como el ejercicio de la acción revocatoria (dentro y fuera de concurso) o la impugnación de los actos de afianzamiento prestados por un cónyuge sin el consentimiento del otro. Sobre la revocatoria puede traerse a colación la STS 27.01.2020 (RJ 145), que reitera al respecto una idea expresada en sentencias anteriores que cita:

Tema cuya complejidad no cabe soslayar pues está también vinculada a la difícil cuestión de la causa de la fianza, en particular cuando no se ha pactado una contraprestación mediante una atribución patrimonial directa a favor del fiador, sin perjuicio de que la propia garantía, junto con la promesa de pago del deudor, constituyen el correspondiente del crédito concedido por el acreedor. Como señaló esta Sala en su sentencia núm. 100/2014, de 30 de abril (FJ sexto, 5 in fine), y reiteró en la núm. 295/2015, de 3 de junio de 2015:

«La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

Las afirmaciones del TS realizadas en sus sentencias 30.04.2014 (RJ 2907) y 03.06.2015 (las n.º 294 y 295, ambas de esta fecha y ponente; RJ 5970 y 2736) responden a la necesidad de determinar la onerosidad, frente al banco prestamista acreedor, de la garantía prestada por la empresa concursada en caso de ejercicio de las acciones de reintegración de la masa y las presunciones del anti-

guo artículo 71 de la Ley concursal de 2003 (actuales arts. 226-228 del TR 1/2020, de 5 de mayo).

En este contexto y sin que pueda hablarse de obligaciones recíprocas propiamente dichas, se entiende la necesidad que tiene el Tribunal de determinar si ha existido causalidad o beneficio indirecto para el garante entre la concesión del préstamo al deudor principal y la garantía por él prestada (hipoteca por deuda ajena o fianza), pues ello determinará la aplicación de estas presunciones, dependiendo de que el acto sea calificado como gratuito u oneroso.

Se expresan por el Tribunal ideas sobre la causa de las garantías que la doctrina civilista viene manejando desde hace tiempo sobre la base del artículo 1274 CC, distinguiendo a estos efectos entre garantías contemporáneas o contextuales —contraídas al tiempo del contrato principal— y garantías ulteriores a este<sup>9</sup>.

En cualquier caso y si la garantía hubiera sido prestada por un consumidor, su onerosidad o gratuidad a los efectos de aplicación de las acciones de reintegración de la masa —para proteger a los acreedores en el concurso del garante— o de la impugnación de la fianza por el otro cónyuge, no afectaría a la aplicación del Derecho de consumo a la obligación del fiador en tanto la eficacia de este contrato se mantenga.

### **III. EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN U ORDEN Y DE DIVISIÓN IMPUESTA A LOS FIADORES**

#### **1. Controles legales al margen del propio de las condiciones generales**

En esta práctica hipotecaria española que venimos mencionando en la que el contrato de fianza aparece simplemente como una cláusula más («cláusula de afianzamiento») dentro del contrato de préstamo (hipotecario)<sup>10</sup>, no cabe pensar en un control de legalidad sobre otras condiciones generales (del contrato de fianza) distintas de esta cláusula misma, porque no existen en este caso. Otra cosa es que la fianza en su totalidad pueda ser anulable o ser declarada nula por contravenir normas imperativas derivadas de las reglas generales aplicables a todo contrato, de las reglas específicas del contrato de fianza o de las reglas especiales de los contratos de consumo<sup>11</sup>.

---

9. Así, LACRUZ BERDEJO (1981, 747-750), al que sigue INFANTE RUIZ (2004, 346-348).

10. Práctica del tráfico bancario que no es nueva, pues ya la recogía como una práctica usual CARRASCO PERERA (1991, 81).

11. En este punto debe tenerse en cuenta también la posible aplicación del art. 33 bis del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de diciembre, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que deja sin efecto la renuncia al beneficio de excusión por parte de los fiadores que se encuentren en esta situación de vulnerabilidad: «Los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el

Precisamente, en la STS 02.11.2021 (RJ 5444) se discutió la posible nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula de afianzamiento solidario incluida en un préstamo hipotecario (se había acordado la garantía de los fiadores hasta que el principal pendiente de amortizar del préstamo alcanzara una determinada cuantía). Los fiadores alegaban que habían prestado su consentimiento por error, puesto que no habían sido informados de la diferencia entre la fianza simple y la solidaria, y en consecuencia, no haber sido conscientes de las implicaciones que conllevaba la renuncia a los beneficios de excusión u orden. Lo cierto es que el JPI declaró la nulidad de la cláusula 14.<sup>a</sup> de afianzamiento por este motivo y ello fue ratificado por la AP de Álava, 1.<sup>a</sup>.

La AP hizo especial hincapié en la redacción dada a la cláusula: «la cláusula no explica que los fiadores responderán en las mismas condiciones que los prestatarios, se limita a mencionar unos preceptos del Código de Comercio y del Código Civil que los fiadores no tenían por qué conocer y no consta que se les hubiera explicado mínimamente en que consistían las renunciaciones que realizaban en el documento y qué implicaciones tenían; (iii) a los fiadores no se les podía exigir un plus de comprobación e interpretación de las normas aplicables a la solidaridad, por lo que su error resultó excusable».

Sin embargo y aplicando el requisito de la esencialidad del error invalidante del consentimiento a este caso, entendió el TS que el beneficio de excusión u orden no constituía un elemento esencial del contrato de fianza por cuanto podía ser renunciado sin que ello supusiera merma en la validez de la garantía. En consecuencia y sin necesidad de entrar en la cuestión de la excusabilidad del error, casó la sentencia recurrida y declaró la validez de la fianza solidaria prestada.

Aunque la cuestión de la esencialidad del error puede ser dudosa, en cualquier caso y como alegaba la entidad financiera recurrente en casación, aunque se hubiere declarado la nulidad de la renuncia a los beneficios de excusión u orden, la fianza como tal parece que debía haber subsistido, aunque hubiera sido como fianza simple. En este punto lo que podría plantearse es la posibilidad de que la anulabilidad pueda producir como efecto la ineficacia parcial de un contrato<sup>12</sup>.

Por el contrario, la STS 01.07.2019 (RJ 3132) sí se pronunció expresamente sobre la excusabilidad del error. La alegación de la fiadora demandante (abogada en ejercicio) era similar al caso anterior respecto a su renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división (error), la entidad financiera era la misma («Kutxabank, S.A.») y el caso había sido resuelto en apelación por el mismo tribunal a favor de la anulabilidad (la Sección 1.<sup>a</sup> de la AP de Álava). Aunque solo esta fiadora había impugnado tal renuncia, sin embargo, en este caso eran cuatro los fiadores solidarios en virtud de la cláusula de afianzamiento que acompañaba al préstamo hipotecario.

---

Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión».

12. Así, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2022, 11).

Así las cosas, el TS despacha el asunto con la (única) siguiente argumentación: «El error, en todo caso, resulta inexcusable. Las cláusulas en cuestión, aunque extensas y algo reiterativas, resultan claras y comprensibles, sin mayores dificultades, para una abogada en ejercicio que, por razón de su profesión, debe conocer el instituto de la fianza y la posible renuncia, y sus efectos, de los beneficios concedidos por el Código Civil al fiador. Máxime cuando estas cláusulas, con renuncia a dichos derechos, suelen ser habituales en las garantías personales que suelen exigirse para la concesión de los préstamos».

Cuando resulte de aplicación por razones temporales, otra vía que podría explorarse es la relativa al incumplimiento del deber de información precontractual hacia los fiadores consumidores en la legislación sectorial, que hasta fechas muy recientes no ha sido impuesto de una manera clara como deber de los prestamistas. La legislación tradicional exigía este deber respecto a los prestatarios, pero no hacia los fiadores y otros garantes personales o reales, tanto de créditos al consumo como de créditos hipotecarios. La razón probablemente estuviera en la dificultad de distinguir con nitidez el contrato de préstamo y el de fianza.

Así, hasta la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario (LCCI), no se estableció la obligación legal de que los fiadores y otros garantes personales consumidores recibieran de los prestamistas profesionales la misma información precontractual que se había establecido ya con anterioridad respecto a los prestatarios. En la LCCI se incluye expresamente a deudores/prestamistas, fiadores e incluso a hipotecantes no deudores desde el principio (en el art. 1 sobre el objeto y en el 2 sobre el ámbito de aplicación) y posteriormente se extiende a todos los ámbitos (así, la información general, la información precontractual y la documentación de los arts. 9, 10 y 14, la evaluación de la solvencia también de los fiadores del art. 11, o el acta de transparencia del 15).

Por tanto, no es dudoso que los fiadores también resultan destinatarios de la información precontractual personalizada del artículo 10 que ha de entregarse a través de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) del Anexo I de la Ley. Sin embargo, lo cierto es que el contenido de esta detallada información se refiere casi exclusivamente al contrato de préstamo hipotecario, pero no al contrato de fianza. En consecuencia, los fiadores pueden ser plenos conocedores de las condiciones y carga económica del préstamo que estarían avalando como fiadores, pero en ningún sitio se exige que se les informe de la carga económica que supondría para ellos hacerlo como fiadores solidarios y al mismo nivel que los propios prestatarios. Lo mismo ocurre con la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de transparencia, el asesoramiento a cargo del notario y el acta exigible conforme al 15 artículo LCCI.

En definitiva, esta normativa permitiría a los fiadores conocer con bastante exactitud el contenido de las obligaciones nacidas de préstamo, pero parece que, salvo que ellos mismos lo pidan al prestamista (conforme al art. 14.2) o al notario (conforme al art. 15), nadie parece tener la obligación de explicarles la diferencia entre una fianza simple y una fianza solidaria cuando hayan renunciado a los beneficios de excusión u orden y de división.

Asimismo y cuando sea posible, podría plantearse también la aplicación del artículo 16.1 de la Directiva 2014/17/UE (el precepto se titula «explicaciones adecuadas»). En efecto, este precepto obliga al prestamista, y en su caso, al intermediario del crédito, a dar al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o contratos de crédito que se le ofrecen, a fin de que «pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera». Es una obligación establecida directamente en beneficio del prestatario, pero que debemos entender también aplicable al fiador, pues el término «consumidor» engloba aquí a ambos.

En este caso, el legislador español no concretó especialmente esta obligación en la transposición de la Directiva mediante la LCCI en una norma específica. Así, el artículo 19 regula de forma bastante amplia la actividad de asesoramiento en préstamos hipotecarios a través de un contrato específico de servicios, pero no se concretó la obligación del prestamista o de los intermediarios del crédito de dar estas explicaciones adecuadas, que es una obligación legal y distinta de las obligaciones que puedan nacer de ese otro contrato de prestación de servicios de asesoramiento<sup>13</sup>.

Lo que parece que hizo el legislador español fue entender integrado el artículo 16.1 de la Directiva en el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En esta Orden sí se distingue entre la obligación de dar explicaciones adecuadas y la actividad de asesoramiento en contratos bancarios (regulada en el art. 10)<sup>14</sup>. Sin embargo, el artículo 9 se refiere a todo contrato de servicios bancarios, no solo al contrato de préstamo hipotecario, porque el precepto se halla dentro de las disposiciones generales del título I de la Orden y no en las normas relativas a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la Ley 5/2019, que integran el capítulo II del título III. En fin y según el precepto:

#### Artículo 9. Explicaciones adecuadas

Las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera.

Estas explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y comunicaciones a las que se refiere esta orden, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente.

---

13. Nada que ver con la preocupación del DCFR (IV.G.-4:103) por los deberes de información y asesoramiento independiente al garante consumidor ante riesgos significativos, que son exigibles antes (al menos, cinco días) de la firma del contrato. También resulta de especial interés el deber de información anual que tiene el acreedor, autorizado por el deudor, hacia el consumidor garante en cuanto a la cantidad asegurada, intereses y otras obligaciones accesorias pendientes (IV.G.-4:106).

14. Como es conocido, la regulación más detallada de los servicios de asesoramiento definidos por la Ley 5/2019 ha sido llevada a cabo por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, que desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

Por otra parte, la ubicación de esta obligación legal en una norma reglamentaria de carácter prudencial y de transparencia como es la Orden EHA/2899/2011, hace difícil sostener que el incumplimiento de la obligación de dar explicaciones adecuadas al prestatario o al fiador (sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la renuncia a los beneficios aquí considerados) pueda provocar la nulidad del contrato por contravenir una norma imperativa.

## 2. El control de legalidad propio de las condiciones generales

Aparte de todo lo anterior y como decimos, las sistemáticas renunciaciones incluidas en este tipo de cláusulas a los denominados beneficios de excusión u orden y de división que el prestamista impone unilateralmente a los fiadores, ha planteado la duda sobre si podríamos también encontrarnos en este punto concreto ante una condición general de la contratación del propio contrato de fianza (no del contrato de préstamo) y que pudiera, en su caso, ser sometida al control de legalidad que le es propio.

En principio, no parece dudoso que: a) se trata de una cláusula establecida unilateralmente por el prestamista predisponente y que se incluye en la minuta entregada a la notaría; b) es impuesta unilateralmente a los fiadores sin posibilidad alguna de negociación; c) es redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos por la entidad financiera; y finalmente, d) es una cláusula contractual que forma parte del contrato mismo de fianza. No parece, por tanto, que sea necesario acudir a la carga de la prueba sobre la negociación individual de esta cláusula en cuestión (art. 8.2 TRLGDCU).

Podría decirse, por tanto, que formalmente reúne todos los requisitos que la doctrina viene señalando como elementos conformadores de las condiciones generales de la contratación<sup>15</sup>. En este caso en concreto, resulta muy pertinente la aclaración del artículo 1.1 LCGC respecto a ciertos hechos irrelevantes a la hora de calificar una cláusula como condición general: «con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias». Por tanto, el hecho de la que se trate de la única cláusula que acompaña al contrato de fianza y que aparezca formalmente como parte de un contrato de préstamo hipotecario, no afectaría a su consideración como condición general de la contratación.

No parece que se trate de una de las llamadas condiciones generales accesorias o que regulen previsiones que pueden afectar eventualmente al contrato, de ahí que no resulte aplicable a este caso la previsión del artículo 86 TRLGDCU, que declara como abusivas «las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas (...)». En cualquier caso y aunque así fuera, esta norma ha sido objeto de una interpretación restrictiva, especialmente su apartado 7, que permite rechazar su aplica-

---

15. Así, ALFARO ÁGUILA-REAL (2002, 100-129); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1999, 25-35); ampliamente en PAGADOR LÓPEZ (1999, 230-338).

ción a este caso<sup>16</sup>. Además, la jurisprudencia tampoco ha avalado que el precepto pueda aplicarse a la renuncia a los beneficios de excusión u orden o de división en el contrato de fianza, ni esta ha sido la vía seguida en el control de legalidad de tal cláusula.

Por el contrario, la cláusula de renuncia vendría a afectar a los elementos esenciales del contrato mismo de fianza (el objeto del contrato), pues estaría configurando la obligación del fiador como una obligación solidaria a consecuencia de la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división (arts. 1822. II, 1831.2.º y 1837 CC).

Damos también por supuesto que no se trataría de una cláusula no incorporada de forma transparente conforme a los actuales artículos 5.5 LCGC y 83.II TRLGDCU que pudiera plantear problemas en este sentido. Asimismo y dado que la renuncia no es una condición general que forme parte de un extenso clausulado que acompañe al contrato de fianza, no parece que pueda tratarse de una cláusula sorprendente o que desnaturalice el contrato por entrar en contradicción con el contenido usual esperado por el fiador<sup>17</sup>, pues la doctrina que ha defendido esta calificación de la renuncia al beneficio de excusión lo ha hecho pensando precisamente en una renuncia contenida en las condiciones generales utilizada para modificar subrepticamente las condiciones principales consentidas por el fiador<sup>18</sup>.

Por ello, podría pensarse que lo procedente sería someter el pacto de renuncia, como elemento configurador del objeto principal del contrato de fianza, al control propio de transparencia material (o cualificado) para determinar en este caso si el fiador consumidor ha podido conocer suficientemente las consecuencias jurídicas y económicas que para él comporta la asunción de una fianza como solidaria, garantizando así su libre decisión de constituirse en fiador solidario (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE)<sup>19</sup>.

Sin embargo y como se dijo al inicio del presente trabajo, la cuestión puede resultar más dudosa si partiéramos de la consideración de la fianza solidaria como un tipo de fianza o modo de obligarse que se separa de la fianza llamada

---

16. Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, 1257-1260). De la interpretación restrictiva de este art. 86.7 en el Derecho español se da cuenta en las notas al IV.G.-4:102 del DCFR en el capítulo sobre las reglas especiales aplicables al consumidor que asume una garantía personal, en Von Bar/Clive (2009, 2763).

No obstante y a favor de la nulidad por abusiva de la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división sobre la base del art. 86.7 parece pronunciarse CASTILLO MARTÍNEZ (2021, 83), tomando como base para ello la SJM n.º 1 de Donostia-San Sebastián 09.03.2015 (JUR 2016\3966), que así lo había entendido aplicando tanto el art. 86.7 como el artículo 88.1 TRLGDCU (garantías desproporcionadas, por concurrir también una garantía hipotecaria), lo que resulta más que discutible.

17. Al respecto, PANTALEÓN PRIETO (2020).

18. Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004, 206-207), con crítica a la SAP de Almería de 3 de febrero de 2003 (nota n.º 448).

19. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004, 36-39); MIRANDA SERRANO (2018, 11 ss.); CEPERO ARÁNGUEZ/ ESTRADA NOVO (2020, 22).

*normal* o simple<sup>20</sup>, de manera que la renuncia a los beneficios no esenciales antes mencionados, lejos de ser una condición general de la contratación, conformaría esta variante de la fianza misma (fianza solidaria) y describiría la prestación principal a cargo del fiador como elemento esencial del contrato<sup>21</sup>. En nuestro caso, podría alegarse que se trata de un contrato con un contenido pre-dispuesto, pero consentido y no impuesto, donde la renuncia constituiría un elemento esencial configurador del tipo contractual y no una condición general de la contratación<sup>22</sup>. Es decir, la renuncia a los beneficios del fiador no se ha incluido en este caso en una cláusula impuesta que acompaña al contrato de fianza y mediante la que se pretenda desvirtuar subrepticamente la voluntad manifestada por el fiador al tiempo de contratar. La diferencia es importante.

Puede resultar dudoso sostener, al mismo tiempo, que la fianza es un contrato autónomo y no una condición general del contrato de préstamo, y que la renuncia que la acompaña inmediatamente y en el mismo texto, sí que es una condición general del contrato de fianza. Entonces, ¿cómo tendría que redactarse la fianza solidaria para que la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división no fuera considerada una condición general?

La jurisprudencia de las AAPP había sido bastante dispar sobre esta cuestión<sup>23</sup>. La mayoría de las sentencias solían partir de la consideración de la fianza como un contrato autónomo y no como una cláusula contractual más del contrato de préstamo. Sin embargo y a partir de aquí, en unas sentencias se sometía la renuncia del fiador a los beneficios de excusión u orden y de división al control de transparencia formal y material<sup>24</sup> —unas veces para declarar su validez y otros para declarar la nulidad, bien solo de la renuncia, bien de toda la fianza— y en otros casos no se sometía tal renuncia a estos controles por entender precisamente que se estaba ante un contrato autónomo y objeto de negociación separada y no ante una condición general, de manera que la validez de la fianza en su totalidad debía enjuiciarse acudiendo a las normas generales sobre la nulidad de los contratos<sup>25</sup>.

¿Cuál es la postura de nuestro TS al respecto? Pues, ante la existencia de esta jurisprudencia menor con posturas dispares, el TS y aun con dudas, ha optado definitivamente por someter al control de legalidad propio de las condiciones

---

20. ALBALADEJO GARCÍA (1994, 416); CARRASCO PERERA/ CORDERO LOBATO/ MARÍN LÓPEZ (2008, 102-103); GIL RODRÍGUEZ/ KARRERA EGIALDE/ DE MIGUEL HERNANDO (2014, 302).

21. Como dice MARÍN LÓPEZ (2022, 4), en el CC la fianza solidaria se encuentra en el mismo orden de tipicidad normativa que la fianza subsidiaria (con beneficio de excusión u orden).

22. PAGADOR LÓPEZ (1999, 277-287), se refiere a este tipo de cláusulas como «cláusulas prerredactadas relativas a los elementos esenciales del contrato», siguiendo a Alfaro Águila-Real.

Por su parte, BASTANTE GRANELL (2017, 72-78), se centra básicamente en el carácter no negociado de la renuncia y no en el hecho de haber sido consentida expresamente para defender, incluso en estos casos, su carácter de condición general; en términos similares, IZQUIERDO GRAU (2019, 55 ss.).

23. Al respecto, CEPERO ARÁNGUEZ/ ESTRADA NOVO (2020, 4-5).

24. Así por ejemplo, las SSAP de Guipúzcoa, 2.ª, 06.11.2015 (JUR\38610) y 30.09.2015 (JUR\244535), la SAP de Cáceres, 1.ª, 26.09.2019 (JUR\294996), la SAP de Barcelona, 17.ª, 02.05.2019 (AC 773) o la SAP de Álava, 1.ª, 12.06.2017 (AC 495).

25. SAP de Tarragona, 1.ª, 07.12.2017 (AC 1743) o SAP de Valencia, 9.ª, 14.06.2016 (JUR\215304). *Vid.*, al respecto, la exposición de Gómez Valenzuela (2021, 675 ss.).

generales la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división. La cuestión fue planteada de una forma directa en la STS 19.10.2022 (RJ 4498), donde el demandante prestatario impugnaba determinadas cláusulas del préstamo hipotecario (sobre vencimiento anticipado y sobre intereses moratorios), pero también impugnaba la cláusula vigesimosexta relativa a la fianza solidaria prestada por sus padres. Siguiendo la doctrina jurisprudencial previa (SSTS 27.01.2020, RJ 145; 12.02.2020, RJ 329; y 29.11.2021, RJ 5286) el TS somete esta cláusula de renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división al control de inclusión, pero sobre todo al de transparencia material.

En concreto, la STS, del Pleno, 12.02.2020, ya había declarado sobre el pacto de fianza incluido en un contrato principal de préstamo personal que (subrayado nuestro):

Decisión de la Sala:

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

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

Respecto al control de transparencia, entiende esta STS 19.10.2022 que «lo determinante para la transparencia de una cláusula (pacto) de esta naturaleza es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, es decir, que sea consciente de que, si el deudor principal no paga, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente». En este sentido, la STS 27.01.2020 ya había centrado los parámetros que debían analizarse de esta cláusula en «la claridad de su redacción, y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula». Aplicando estas consideraciones, el TS llega a la conclusión de que todos estos elementos sobre los que descansa el consentimiento de los fiadores están perfectamente concretados y explicitados en la redacción que se dio a la cláusula. En este sentido, es frecuente que el acreedor que redactó la cláusula aclare en la misma en sentido de la expresión «fianza solidaria», con una explicación como la reproducida y tomada como modelo al principio de este trabajo: «En su consecuencia, vencida por cualquier causa la obligación, la Caja podrá dirigirse, mediante el oportuno procedimiento que así lo permita, no sólo contra la parte prestataria y los bienes especialmente trabados, sino también contra la parte fiadora, simultánea, alternativa o sucesivamente».

Desde luego que estamos de acuerdo con la conclusión alcanzada por el TS conforme a las circunstancias del caso en cuestión<sup>26</sup>, pero la argumentación

---

26. En contra se muestran PAGADOR LÓPEZ/ SERRANO CAÑAS (2020, 240-241).

puede ser discutible, precisamente porque no resulta evidente que se trate de una condición general de la contratación y que, en consecuencia, debe someterse a los controles de incorporación y transparencia material, como ya se ha dicho. Si la cláusula referida hubiere sido redactada de forma oscura o más genéricamente y ello dificultara la comprensión por parte del fiador de sus consecuencias jurídicas y económica y defraudara sus legítimas y razonables expectativas, parece que la vía adecuada para dejarla sin efecto debiera ser la anulabilidad (parcial) del propio contrato de fianza por error o dolo afectante a la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división. El resultado final sería una fianza *normal* (no solidaria) del CC, si se admite la nulidad parcial en caso de anulabilidad, como parece razonable.

Pero debe quedar claro que, en cualquier caso, no se está dudando de la validez de la fianza solidaria como tal o de la renuncia a estos beneficios, como está expresamente previsto en los artículos 1822 y 1831 CC. Lo único que se está decidiendo es si tal renuncia realizada por un fiador que tenga la consideración de consumidor ha de someterse al control propio de las condiciones generales y, en este caso, conforme a qué criterios o parámetros debe ello realizarse.

Resulta indudable que la posición del TS es más favorable y protectora para los consumidores y que no resulta infundada. Ante lo dudoso de si estamos o no ante una condición general de la contratación, el TS la resuelve apoyándose en una interpretación *pro consumatore* de las normas aplicables, eso sí, para terminar concluyendo que el pacto de renuncia ha sido incluido en el contrato y redactado de manera perfectamente transparente (cerrando las puertas a un posible control de abusividad o contenido). Quizás lo que subyace debajo de tan «rigurosa» y favorable para los consumidores forma de proceder del TS sea su preocupación ante la posibilidad de que, planteada una cuestión prejudicial sobre ello ante el TJUE, este Tribunal termine imponiendo el sometimiento de la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división al control propio de las condiciones generales en los contratos con los consumidores. El TS se «cura en salud» ante esa posibilidad, somete a la cláusula de forma preventiva a los controles propios como si hubiera de ser calificada como una condición general, para terminar avalando una cláusula que aparece de forma absolutamente generalizada en los contratos de fianza en el ámbito bancario español.

Además y a mayor abundamiento, el blindaje de la validez de esta cláusula de afianzamiento solidario se alcanza por parte de los tribunales a través de otra vía que le sirve de refuerzo: declarando que, aun cuando la renuncia a los beneficios de excusión y orden y de división fueran declarados nulos por abusivos, la cláusula de afianzamiento solidario seguiría subsistiendo, pues según el artículo 1831.2.º CC, tampoco tiene lugar la excusión cuando el fiador «se haya obligado solidariamente con el deudor». Esto es, si la renuncia a la excusión del artículo 1831. 1.º fuera declarada nula por abusiva, la solidaridad subsistiría sobre la base del número 2.º del precepto, de manera que tal declaración carecería de efecto útil.

La STS 27.01.2020 (JUR\145) recoge *in fine* esta idea, absolutamente reiterada en la jurisprudencia menor:

Finalmente, no puede olvidarse que tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil en relación con la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822, párrafo segundo, del CC), 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, párrafo primero, del CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones 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 (*vid.* art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE).

Aunque se trate este de un pronunciamiento *obiter dicta* resulta especialmente grave y difícilmente asumible, pues privaría de efecto jurídico alguno a una hipotética declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de renuncia a los beneficios mencionados. En la jurisprudencia menor la discusión venía siendo si, apreciada la nulidad por abusiva de la cláusula de renuncia, ello producía como efecto jurídico solo la nulidad de esta cláusula de renuncia misma (nulidad parcial) o si conllevaba la nulidad de toda la fianza (nulidad total). Por esta nueva vía, el TS estaría avalando tanto la validez de la fianza como de los efectos jurídicos de la cláusula misma declarada abusiva, utilizando para ello el pacto de solidaridad, lo que no puede compartirse.

El pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios hechos conjuntamente y en la misma cláusula de afianzamiento deben seguir la misma suerte porque para el consumidor provocan los mismos efectos jurídicos. No pueden ser tratadas como dos previsiones distintas simplemente porque en el artículo 1831 CC aparezcan como dos vías diferentes para llegar al mismo resultado de excluir la excusión. Es de esperar que, en el futuro y si esta cuestión constituye la *ratio decidendi* de un caso, el TS aplique el artículo 83 TRLGDCU, que razonablemente debe provocar la nulidad parcial de la cláusula de afianzamiento y la conversión de la fianza en subsidiaria.

En cualquier caso, esta posición general del TS que venimos describiendo quedó aún más clara en la posterior STS 21.10.2022 (JUR 2023\136369). En esta ocasión, los demandantes lo eran tanto el prestatario como los fiadores, que también eran hipotecantes no deudores (de nuevo, padres del primero). Impugnaban tanto cláusulas del contrato de préstamo hipotecario celebrado en 2005 (y también parece que la nulidad total de este) como el propio contrato de fianza que constituía la cláusula 16.<sup>a</sup> de la escritura notarial. Respecto a este último punto, el JPI había declarado su nulidad parcial en cuanto a la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división y su consideración como fianza solidaria (también declaró la nulidad de la hipoteca sobre la finca de los padres), mientras que la AP de Barcelona había estimado el recurso y desestimado la demanda en su totalidad.

Los demandantes recurrieron en casación y el TS lo primero que hace es traer a colación la doctrina del TJUE sobre la aplicabilidad de la legislación europea de consumo, y específicamente sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE), al contrato de fianza, conforme a los Autos de este Tribunal 19.11.2015 (asunto

*Tarcău*) y 14.09.2016 (asunto *Dumitraș*). A continuación y como ya había afirmado la AP de Barcelona al resolver la apelación, el Alto Tribunal no esconde sus dudas sobre la consideración del contrato de fianza como una condición general de la contratación por el simple hecho de que haya sido incluida formalmente como una cláusula más del contrato de préstamo hipotecario, de manera que le resulta muy dudoso que el contrato de fianza en su totalidad pueda ser considerado como tal, incluida la parte en la que se define su objeto y elementos esenciales.

A pesar de todo ello y de nuevo, el TS entra de lleno en la cuestión de los posibles defectos de incorporación y de transparencia de la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división en idénticos términos que las sentencias antes citadas, realizando un exhaustivo análisis de la escritura del préstamo hipotecario y de la práctica bancaria habitual perfectamente conocida sobre este tipo de garantía para llegar otra vez a la conclusión de que la cláusula ha sido redactada de forma clara y comprensible para un consumidor medio. Se apela a ese «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» tan asentado en la jurisprudencia del TJUE<sup>27</sup>.

En conclusión y en la duda, el TS se inclina a favor de la aplicación de la normativa protectora al fiador consumidor ante esta cláusula predispueta. La otra cuestión importante sobre la que se pronuncian estas sentencias es el posible sometimiento de la fianza en su totalidad al control de abusividad como un posible supuesto de garantías desproporcionadas del actual artículo 88.1 TRLGD-CU. A esta cuestión el TS también contesta afirmativamente, aunque como ya se dijo al principio, su análisis detenido será tratado en otro capítulo de esta obra.

### **3. El tratamiento diferenciado entre prestatarios y fiadores a efectos de los controles de transparencia y de abusividad**

Ha quedado claro que el contrato de fianza es un contrato distinto del contrato principal de préstamo y que, aunque se celebre formalmente como si así fuera, no es una condición general del contrato principal; la terminología utilizada y la forma de contratación no debe hacernos incurrir en este error. De la misma manera, la condición de consumidores puede recaer en prestatarios y/o fiadores —o solamente en alguno/os de ellos en caso de ser varios—, lo que exigirá distinguir en cada caso a efectos de que pueda someterse o no a los controles de transparencia y abusividad las condiciones generales que acompañen a cada contrato.

Otra cosa es que el fiador pueda beneficiarse también del control sobre las condiciones generales del propio contrato principal de préstamo, de manera que los efectos de una declaración de nulidad de una o varias cláusulas de este con-

---

27. Entre otras, SSTJUE 30.04.2013 (asunto C-26/13; TJCE 2014\105) y 26.02.2015 (asunto C-143/13; TJCE 93).

trato puede tener efectos automáticos sobre la obligación que recae sobre el fiador en virtud del principio de accesoriedad aplicable al contrato de fianza.

La situación descrita puede plantear situaciones bastante complicadas, pues en un mismo proceso judicial podrá tenerse por abusiva una cláusula respecto, por ejemplo, al fiador consumidor y tenerse por válida la misma cláusula respecto al prestatario empresario (y es de suponer que también al revés: la condición de consumidor puede recaer sobre el prestatario y no sobre el garante, sin perjuicio del juego del principio de accesoriedad). Pero esto es suponiendo que ambos participen en el proceso judicial en el que se ventile esta cuestión, pues puede ser que el único (deudor solidario) demandante/demandado sea el prestatario y no el fiador.

Precisamente en la STS 19.10.2022 (RJ 4498) se planteó la legitimación activa del prestatario (único demandante) para denunciar el carácter abusivo de algunas de las cláusulas incluidas en el contrato de fianza (prestada por sus padres)<sup>28</sup>. El JPI había declarado la nulidad, entre otras, de la cláusula de afianzamiento, pero la AP había revocado parcialmente esta sentencia, precisamente en el punto relativo a la fianza solidaria. Entendía la AP que el prestatario carecía de legitimación para ello al no ser parte en el contrato de fianza.

Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, el TS da la razón al prestatario y le reconoce legitimación, pues entiende que la nulidad de la fianza también le afecta, razón por la cual debe reconocérsele interés legítimo en este sentido si no quiere incurrirse en una infracción del artículo 24 CE<sup>29</sup>. No obstante y como ya sabemos, ello no cambió el resultado práctico del litigio, pues finalmente el TS rechazó el recurso de casación (también el de infracción procesal por falta de efecto útil) y confirmó la sentencia de la AP al estimar que el contrato de fianza superaba los controles de inclusión y de transparencia denunciados.

Cabe imaginar los problemas que pueden generar las situaciones antes referidas. Por ejemplo, respecto a una cláusula de intereses moratorios o una cláusula suelo, por mencionar ejemplos fáciles, cabe pensar en cláusulas válidas para el empresario prestatario e inválidas para el garante consumidor o viceversa, y lo mismo puede ocurrir con los cofiadores. Lógicamente, si se declarara nula por abusiva una cláusula suelo o de intereses moratorios y de ello derivara una reducción de las cuotas o cantidades debidas por el deudor principal, automáticamente la reducción resultaría también aplicable al fiador en virtud del artículo 1826 CC (con independencia de que el fiador fuera o no considerado consumidor).

Así, la STS 28.05.2018 (RJ 2281) declaró válida una cláusula suelo de un préstamo hipotecario entre empresarios respecto a cuatro fiadores solidarios por no concurrir en ellos la condición de consumidores, mientras que la declaró nula por un defecto de transparencia respecto al quinto fiador en quien sí concurría esta condición. También la SAP Madrid, 28.<sup>a</sup>, 11.10.2019 (JUR\336361) declaró

---

28. La cuestión es expuesta por MARÍN LÓPEZ (2022, 11-12).

29. La misma legitimación habría que reconocer al fiador respecto al contrato de préstamo, de manera que tanto podrá excepcionar la nulidad absoluta como una excepción inherente a la deuda (art. 1853 CC), como podrá demandar la declaración de nulidad: CARRASCO PERERA (1991, 208).

nula la cláusula suelo respecto a los fiadores, que eran también hipotecantes no deudores (considerados consumidores sobre la base indiciaria que proporcionaba que fueran personas físicas y jubilados) y declaró su validez respecto al prestatario, que había destinado el préstamo a la adquisición de una licencia de taxi. Otros ejemplos sobre la misma cláusula los constituyen la SAP de Asturias, 6.<sup>a</sup>, 18.11.2016 (JUR\269261) y la SAP de Pontevedra, 1.<sup>a</sup>, 08.01.2018 (JUR\40866), en la que los fiadores volvían a ser los padres de la prestataria.

Por su parte, la SAP de Madrid, 21.<sup>a</sup>, 14.04.2021 (JUR\202647), que declaró nulas las cláusulas de intereses moratorios y de comisión por reclamación de cuotas impagadas respecto a los fiadores consumidores, mientras que resultaban válidas para la prestataria, que era una sociedad mercantil.

Debemos tener en cuenta que estamos ante un supuesto de nulidad absoluta (art. 83 TRLGDCU) que debe contar con una amplia legitimación activa en la medida en que concurra un interés legítimo para ello, cosa distinta es quién debe ser beneficiado por los efectos de la declaración de nulidad. La STS 27.01.2020 (RJ 145) habla genéricamente de ineficacia sin más para explicar esta situación: «igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario o personal) que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor».

Pero como decimos, otros casos serán mucho más complejos que los anteriores. Así, las cláusulas sobre competencia territorial, sobre sumisión a arbitraje o sobre derecho aplicable, que podrán ser válidas respecto a uno y nulas respecto a otro, y poner en cuestión la propia existencia del proceso judicial de que se trate. Por eso es especialmente importante permitir que también en los procesos de ejecución hipotecaria los consumidores puedan alegar la existencia de cláusulas abusivas como motivos de oposición (art. 695.1.4.º LEC), como cauce para asegurar la efectividad de la Directiva 93/13/CEE.

En estos casos y cuando no sea posible alcanzar una compatibilidad de soluciones, habrá que encontrar en cada caso un criterio de resolución del conflicto que, en todo caso, conlleve la protección del consumidor de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, aun estableciendo una solución unitaria cuando no quede más remedio. Probablemente de la misma forma habrá de procederse cuando, existiendo varios garantes (así, varios fiadores), unos ostenten la condición de consumidores y otros no, como se ha visto en la última sentencia referida.

#### **IV. OTRAS POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO DE FIANZA**

Aparte de la renuncia a los beneficios de excusión u orden y división, es posible que el contrato fianza, tanto estructurado formalmente como una (amplia) cláusula más del contrato principal de préstamo como si se formalizó como un contrato independiente con un contenido propio, pueda incluir otras previsiones

o cláusulas no negociadas cuya legalidad pueda ponerse en cuestión. Pensamos, por ejemplo, en cláusulas que permiten al acreedor modificar el régimen y extensión de la garantía, cláusulas sobre impuestos relativos al contrato de fianza y pactos de vencimiento anticipado por concurso del fiador.

Sobre la cláusula que permite al acreedor modificar o extender el régimen de la fianza sin el consentimiento del fiador puede mencionarse la SAP de A Coruña, 4.<sup>a</sup>, 28.09.2017 (JUR\254010). En esta ocasión, la prestamista (Bankia) había incluido también en la cláusula de afianzamiento solidario que acompañaba al préstamo una previsión (que prácticamente se ha convertido en una cláusula de estilo) mediante la cual los fiadores declaraban otorgar su expreso consentimiento para que la entidad financiera pudiera introducir cualquier modificación en el contrato de préstamo —salvo su cuantía o el tipo de interés—, incluso posibles moratorias concedidas a los prestatarios. La cláusula era mucho más extensa y declaraba también resuelto anticipadamente el contrato de préstamo, entre otros extremos, por el fallecimiento y por la declaración de la suspensión de pagos o quiebra de cualquiera de los fiadores.

El JPI había declarado nula en su totalidad la cláusula de afianzamiento prestada por los padres de la prestataria y la AP entró a analizar cada una de las diferentes previsiones de la amplia cláusula de afianzamiento. Respecto a la modificación y extensión de la fianza ratificó su nulidad sobre la base de la regulación general de la fianza (arts. 1835.III, 1851 y 1843 CC), aunque a la misma conclusión se hubiera llegado aplicando diversos apartados del listado de cláusulas abusivas del TRLGDCU sobre modificaciones unilaterales impuestas al fiador o renuncia a derechos legales de este como consumidor<sup>30</sup>. A la misma conclusión llegó el Tribunal respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado antes señaladas, aplicando en este caso las previsiones del artículo 1829 CC y el entonces artículo 61.3 LC.

La posible abusividad de este tipo de previsiones incluidas en la genérica «cláusula de afianzamiento» pasan, sin embargo, desapercibidas con frecuencia en los tribunales, pues las partes del proceso suelen centrar el debate en la renuncia a los beneficios de excusión u orden y división y en el tema de las garantías desproporcionadas, como sabemos (así ocurrió, por ejemplo, en la SAP de Vizcaya, 4.<sup>a</sup>, 22.06.2021, JUR 324988).

En relación con el pago del impuesto derivado de la prestación de fianza (impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, cuyo sujeto pasivo es la entidad prestamista), Achón Bruñén cita la SAP de Zamora, 1.<sup>a</sup>, 28.10.2010 (JUR 2011\16088), la única que conocemos<sup>31</sup>. Se trataba de una cláusula de afianzamiento en un contrato de préstamo y el fiador, como es habitual, declaraba afianzar solidariamente todas las obligaciones asumidas por el deudor principal,

---

30. *Vid.* ACHÓN BRUÑÉN (2020, 31-32/92). No planteó, sin embargo, problema alguno al TS una cláusula similar, incluida en la fianza, en la que se declaraba autorizar al prestamista la modificación, prórroga o novación unilateral del contrato de préstamo, ratificando así la decisión de la AP que había declarado válida la fianza en su totalidad (STS 12.11.2020).

31. ACHÓN BRUÑÉN (2020, 32-33/92).

entre las que la entidad financiera entendía que se encontraba el pago de todos los impuestos (en este caso, el derivado del contrato de fianza).

Sin embargo, la AP entendió que el fiador había asumido la obligación de pago respecto a las obligaciones derivadas del contrato de préstamo en sí, pero no específicamente la obligación de pago de los impuestos, que era una obligación distinta. Además y aunque el fiador expresamente hubiera asumido esta obligación mediante una cláusula no negociada —que no era el caso— esta sería abusiva por aplicación del artículo 89.3 c) TRLGDCU.

## V. LA CLÁUSULA DE GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO FRENTE A UN CONSUMIDOR Y LA FIANZA GENERAL U *OMNIBUS*

Cabe plantear la validez de una garantía (atípica) a primer requerimiento prestada por un consumidor o usuario cuando esta ha sido incluida como una cláusula no negociada individualmente dentro de un préstamo bancario. Habitualmente, los garantes suelen ser entidades de crédito (garantías bancarias) o compañías de seguro, pero no cabe descartar que dicha obligación sea impuesta a un consumidor. En este caso, parece claro que la aplicación del Derecho de consumo debe conducir de forma irremediable a su nulidad por abusiva por diversas razones<sup>32</sup>.

Entendemos que una garantía a primera demanda o primer requerimiento limita de una forma muy importante los derechos legales del consumidor como consecuencia de la autonomía o ausencia de accesoriedad de esta garantía y de la fuerte limitación en cuanto a la oponibilidad de excepciones que conlleva. Junto a ello, este tipo de garantías provoca el nacimiento de la obligación de pago sin necesidad de probar el incumplimiento de la obligación principal garantizada<sup>33</sup>. En el mejor de los casos y cuando esto resulte admitido, se impone al

---

32. Las razones las exponen CARRASCO PERERA/ CORDERO LOBATO/ MARÍN LÓPEZ (2008, 537): «El reproche se funda en que, con la gpr. queda en manos del beneficiario determinar discrecionalmente, en contra del garante, si el contrato se ha cumplido en los términos exigidos (art. 85.11), en que se priva al consumidor de la facultad de oponer excepciones pertinentes en su relación con el beneficiario (art. 86), se le hace renunciar a derechos típicamente conferidos por una norma dispositiva (art. 86.7), se le somete a un reenvío automático a procedimientos judiciales de reclamación (art. 89.6) y, en último extremo, mediante el expediente de «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (...) limitándole indebidamente los medios de prueba» [letra q) Anexo a Directiva 93/13/CEE]. De la misma opinión, Busto Lago (2013, 4756-4757).

El DCFR (IV.G.-4:105c) arbitra en este caso una solución distinta y más moderada que busca un equilibrio para las partes: la adaptación de la garantía a la protección del consumidor estableciendo su conversión automática en una garantía accesoría. Se evita de esta manera que sea declarada nula la totalidad de la garantía (independiente) asumida por el consumidor, como se explica en los comentarios a dicha norma (Von Bar/ Clive, 2009, 2787).

33. Tales son las características principales que presentan estas garantías a juicio de la doctrina: ESPIGARES HUETE (2019, 1189-1190); CARRASCO PERERA (1996, 695 ss.); ALBIEZ DOHRMANN (1996, 1846 ss.).

garante la carga de demostrar de forma clara y evidente la inexistencia o el cumplimiento de la obligación principal como medio para liberarse de su obligación.

En consecuencia, parece irremediable concluir que una cláusula de garantía a primer requerimiento en un contrato con consumidores debe tenerse por abusiva y nula en aplicación, al menos, de los artículos 86.1 y 6 y 88.2 TRLGDCU.

Sin embargo, la situación anterior es distinta de aquella otra en la que una denominada cláusula de pago «a primer requerimiento» acompaña a un contrato de garantía válidamente celebrado con un consumidor —una fianza, típicamente—. Es decir, en este caso el consumidor se constituye en fiador, pero en la redacción de la fianza se incluye la mención según la cual la obligación de pago debe efectuarse «al primer requerimiento» hecho al fiador, lo que suele aparecer unido al establecimiento de la fianza como solidaria.

El ejemplo del que puede partirse es la extensa cláusula de afianzamiento (cláusula novena) prestada por un matrimonio y con la que se garantizaba el saldo resultante de un contrato de apertura de crédito concedido por el Banco Popular a una sociedad limitada con un límite de 60.000 euros y un plazo de un año prorrogable, que dio lugar a la STS 28.09.2023 (RJ 5965). Su tenor literal era el siguiente (subrayado nuestro):

El/los fiador/es presente/s en esta acto constituye/n fianza solidaria a favor del Banco garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el/los Beneficiarios dimanantes de esta póliza extendiéndose dicha solidaridad con respecto a cualquier otro fiador que concurra. aunque proceda de distinto título, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división.

La fianza se hará efectiva a primer requerimiento del Banco sin necesidad de que éste justifique que ha interpuesto diligencias judiciales contra el/los Beneficiario/s o se vea obligado a ejecutar con anterioridad cualesquiera prenda/s o garantía/s establecida/s a favor del/los Beneficiario/s. La solicitud o declaración de concurso del/ los Beneficiario/s, unida al incumplimiento de cualquier obligación de éste/estos frente al banco o un tercero acreedor será motivo de vencimiento anticipado de la operación contenida en la presente póliza, facultando al Banco para exigir el cumplimiento de la fianza.

En los casos de concurso del/los Beneficiario/s, el/los fiador/es acuerdan expresamente que con independencia del resultado que arroje la aprobación del convenio concursal, o de la intervención o no del Banco en la aprobación de dicho convenio. responderán solidariamente y de forma inmediata de la totalidad de la deuda del/los Beneficiarios sin que ninguna quita o espera incluida en el convenio aprobado pueda ser invocada frente al Banco

Al cierre, la cuenta corriente asociada al contrato de crédito presentó un saldo negativo cercano a los 54.000 euros, que fueron reclamados a la sociedad acreditada, y al resultar impagada, el banco acreditante reclamó a los fiadores. Se da la circunstancia de que una de las operaciones que se cargaron a la cuenta fue el saldo negativo resultante de un contrato de permuta financiera de tipos de interés celebrado entre el banco y la sociedad. El JPI había estimado íntegramente la demanda interpuesta por los fiadores y declarado la nulidad por abusi-

va de dicha cláusula, dejando sin efecto la fianza, pero la AP de Alicante revocó esta resolución y desestimó la demanda, por lo que los demandantes recurrieron en casación.

Tanto el JPI como la AP, sin poner en duda la condición de consumidores de los fiadores (otra vez eran los padres), habían centrado el problema básicamente en el control de transparencia de la cláusula antes reproducida y, muy particularmente, en el recto conocimiento por parte de los fiadores de los efectos jurídicos y económicos del pacto de solidaridad. Pero las conclusiones alcanzadas en primera y segunda instancia habían sido diametralmente opuestas. En particular, la AP había concluido que: «un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede entender las consecuencias de la solidaridad de la fianza en el sentido de que el acreedor poder dirigirse indistintamente frente al deudor y el fiador para exigir el cumplimiento de la obligación principal derivada de la póliza de crédito».

El TS reproduce su ya conocida doctrina al respecto y llega a la misma conclusión que la AP, desestimando el recurso. Como sabemos, «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son», de manera de una cláusula general «a primer requerimiento» no determina por sí misma la naturaleza del contrato. En este caso se entendió que no se trataba de otra cosa que una fianza solidaria que había sido incluida como una cláusula más en un contrato de crédito. Esto no debe resultar extraño, pues la STS 05.04.2019 (RJ 1281) ya había interpretado que una garantía pactada entre empresarios y «a primer requerimiento» no por ello daba lugar al nacimiento de un contrato autónomo de garantía, no accesorio y abstracto e independiente de la obligación garantizada. El uso de unas concretas palabras —«a primera demanda» o «a primer requerimiento» o similares— son un aspecto importante a tener en cuenta, pero no totalmente decisivo en la labor del intérprete del contrato<sup>34</sup>.

Por último, la STS 28.09.2023 (RJ 5965) plantea también la aplicación del control de transparencia a una fianza que en este caso lo es en garantía de obligaciones futuras como fianza global u *omnibus* —se garantizaba el saldo de un contrato de apertura de crédito— prestada por consumidores. En este sentido, los parámetros que utilizó la AP y que fueron avalados por el TS no difirieron respecto a los aplicados a la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división. También se planteó la posible abusividad de este tipo de fianza como un supuesto de garantía desproporcionada, lo que nuevamente fue rechazado.

---

34. Sobre la interpretación de esta cláusula y la STS 05.04.2019: ESPIGARES HUESTE (2021, 188-196); BUSTO LAGO (2019, 297-298); HERNÁNDEZ MENI (2019, 142 ss.). En general, sobre los diversos sentidos de una cláusula a primer a primer requerimiento, *vid.* CARRASCO PERERA (1996, 716 ss.).

## VI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS GARANTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Constituye una posición absolutamente mayoritaria de nuestras AAPP que, conforme a la redacción dada al artículo 579 LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (mantenida como apartado 1 por la Ley 1/2013, de 14 de mayo), los terceros garantes que no tengan la consideración de deudores ni de hipotecantes no deudores carecen de legitimación pasiva y no pueden ser demandados en el proceso de ejecución hipotecaria, lo mismo que mantiene generalmente la doctrina<sup>35</sup>.

Entre los más recientes, pueden citarse los autos de las AAPP de: Navarra 06.06.2018 (JUR\262662); Huelva, 2.<sup>a</sup>, 21.10.19 (JUR 2020\49629); Barcelona, 17.<sup>a</sup>, 15.02.2024; Jaén, 1.<sup>a</sup>, 24.04.2024 (JUR\262456); Tarragona, 3.<sup>a</sup>, 25.04.2024 (JUR\253207); Valencia, 6.<sup>a</sup>, 18.06.2024 (JUR\384093) y La Rioja 21.06.2024 (JUR\376555)<sup>36</sup>.

Es cierto que se trata de una doctrina que ha sido sentada básicamente a instancia de los propios garantes personales (casi siempre fiadores) y en su propio interés, que alegan esta falta de legitimación pasiva para oponerse a la demanda ejecutiva formulada, en su caso, por el acreedor frente a ellos. Pero, al mismo tiempo y sin perjuicio de compartir la doctrina anterior, algunas AAPP reconocen la legitimación del acreedor para pedir la intervención de los fiadores sin constituirse estos en parte en el proceso de ejecución hipotecaria, así como la legitimación de los propios fiadores para personarse y actuar como parte formulando oposición a la ejecución. Un buen ejemplo de ello es el AAP de Barcelona, 13.<sup>a</sup>, 19.12.2020 (JUR 2021\20061), que resume así esta doctrina (subrayado nuestro):

(...) lo cierto es que del juego de lo dispuesto en los artículos 685.1, 685.5, 579, 150.2, 14.1 y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende; primero, la falta

---

35. También la doctrina mayoritaria se muestra decididamente en contra de la legitimación pasiva de avalistas o fiadores en este proceso: MONTERO AROCA (2012, 524-526), con cita de abundante jurisprudencia de las AAPP anterior a la reforma del art. 579 LEC por la Ley 37/2011, pues en opinión de este autor «quien no puede ser parte pasiva en el proceso de ejecución es el mero avalista o fiador solidario del deudor, pues contra éste no cabe ejercitar una “pretensión real”» (524); Adán Doménech (2009, 172-173); de la misma opinión parece DOMÍNGUEZ LUELMO (2012, 291-295), aunque centrado en el tema de la legitimación de los fiadores en el posterior proceso de ejecución ordinaria por la cantidad que falte, conforme al art. 579 LEC, lo mismo que CRUZ GALLARDO (2014, 458).

A favor de la legitimación pasiva de los fiadores en la ejecución hipotecaria: PASCUAL BROTONS (2015, 55-56 y 89 ss.).

36. Las resoluciones (autos) de fecha anterior sentando el mismo criterio son también muy numerosas: AAPP de Santa Cruz de Tenerife, 3.<sup>a</sup>, 28.09.2011 (JUR\381078), Valencia, 9.<sup>a</sup>, 23.07.2014 (JUR\2015\51806), Girona, 1.<sup>a</sup>, 23.01.2015 (AC 158), Almería, 2.<sup>a</sup>, de 12.03.2015 (JUR\173993) y Barcelona, 19.<sup>a</sup>, 13.05.2015 (JUR\164768), e incluso cuando siendo varios los fiadores solamente uno de ellos opone su falta de legitimación (AAP de Granada, 3.<sup>a</sup>, 07.10.2010; JUR 2011\71743), sin que falten casos en los que se inadmite de oficio la demanda contra los fiadores solidarios por este motivo (AAP de Madrid, 25.<sup>a</sup>, 13.09.2013; AC 2014\2184).

de legitimación pasiva del fiador solidario para ser parte demandada en el procedimiento de ejecución hipotecaria; segundo, la legitimación activa de la actora para pedir que el fiador intervenga en el proceso de ejecución hipotecaria sin la cualidad de demandado; y tercero, la legitimación del fiador para personarse y actuar como parte en el procedimiento (ya sea por razón de la comunicación de la demanda realizada a instancias de la actora, ya sea por su propia iniciativa, dado su interés legítimo en el resultado de la ejecución) y realizar cuantas alegaciones puedan ser conducentes a su derecho frente a las pretensiones de la demandante.

Y es que, con frecuencia, son los propios fiadores los que están interesados en personarse e intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria porque les interesa participar y oponer la existencia, por ejemplo, de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo por ellos garantizado, sobre todo cuando se produce una situación de rebeldía o de pasividad del deudor y de los hipotecantes no deudores en su caso. Así ocurrió en el AAP de Barcelona, 4.<sup>a</sup>, 11.12.2015 (JUR 2016\16452), donde la demanda ejecutiva había sido dirigida por el acreedor ejecutante también frente a los fiadores, pero solo a los efectos del artículo 579 LEC (esto es, para notificarles la demanda ejecutiva a fin de poder proceder después contra ellos, como exige el apartado 5 del art. 685, introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio), lo que es aprovechado por los fiadores para entender que, habiendo sido demandados y siendo terceros interesados (art. 13 LEC), cuentan con legitimación pasiva para intervenir en el proceso y oponer excepciones, opinión que fue compartida por el tribunal. También el AAP de Ciudad Real, 2.<sup>a</sup>, 24.01.2024 permitió a los fiadores personarse y oponerse a la ejecución, aunque no habían sido demandados.

Aunque se trate de una idea implícita en las resoluciones anteriores, el AAP de Lleida, 2.<sup>a</sup>, 16.03.2021 (JUR\153063) parece dar la clave para la admisión de los fiadores en este proceso de ejecución: su condición de consumidores y el obligado control de las cláusulas abusivas que están obligados a realizar los tribunales en cualquier procedimiento, lo que constituye el fundamento de la intervención y formulación de oposición por parte de los fiadores (subrayado nuestro):

En todo caso, en supuesto que nos ocupa, debemos considerar que, notificada la demanda inicial a la Sra. Eva y al Sr. Argimiro, que aparecen como fiadores solidarios en el préstamo hipotecario de autos, los mismos se personan en la ejecución hipotecaria invocando su condición de consumidores y formulan oposición a la ejecución precisamente para alegar que el contrato contiene cláusulas abusivas, y nulas, interesando la tutela judicial al amparo de la legislación de protección de los consumidores. Y en el ámbito de la protección de los consumidores es doctrina jurisprudencial comunitaria constante la que obliga al control incluso de oficio de las cláusulas abusivas en cualquier momento procesal, con el único límite del respeto al principio de la fuerza de la cosa juzgada (en este sentido, STJUE de 26 de enero de 2017, Asunto C-421/14).

Atendidos los argumentos expuestos, estimamos que la falta de legitimación pasiva o de la condición de ejecutados en la ejecución hipotecaria de los fiadores solidarios, no obsta a que, como sucede en este caso, puedan personarse en el procedimiento, invocando su condición de consumidores y formulando oposición

a la ejecución hipotecaria. Por lo que procederá entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por dichos fiadores.

Sin embargo y en un supuesto similar a los anteriores, el AAP de Burgos, 3.<sup>a</sup>, 02.05.2018 (JUR\248858) desestimó el recurso interpuesto por los fiadores por entender que ellos no eran parte en este proceso de ejecución, no podían formular oposición ni tenían legitimación para interponer recurso de apelación.

Como se ha adelantado y aparte de esta vía, también ha sido apuntada la posible intervención *motu proprio* de los fiadores cuando no sean demandados o no se les permita personarse, pero tengan un interés directo y legítimo en el proceso de ejecución hipotecaria conforme al artículo 13 LEC, lo que podrán demostrar de ordinario cuando deban reputarse consumidores y su oposición se base en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato principal al que sirven de garantía. No debe olvidarse de que, a efectos de legitimación activa, es trata de un supuesto de nulidad absoluta. Como se ha dicho, esta posibilidad fue mencionada por el ya citado AAP de Barcelona, 4.<sup>a</sup>, 11.12.2015 (JUR\2016\16452) y también lo había sido por el AAP de Girona, 1.<sup>a</sup>, 23.01.2015 (AC 158). En la misma línea cabe mencionar, con posterioridad, el AAP de Madrid, 10.<sup>a</sup>, 11.01.2024 y el AAP de Salamanca 03.05.2024 (JUR\422261).

De forma más general, lo razonable, por tanto, es permitir que los fiadores puedan, si así lo solicitan, intervenir en el proceso de ejecución hipotecaria, personándose y formulando oposición en su caso. Se trata de unos sujetos que se verán directamente afectados por el resultado del proceso de ejecución hipotecaria en una posterior reclamación «por la cantidad que falte» conforme al artículo 579 LEC. El interés va más allá de la alegación de posibles cláusulas abusivas y se centra también en otros aspectos básicos, como el desarrollo de la subasta y el aseguramiento de que las cantidades que se obtendrán en la misma para ser destinadas al pago de la deuda serán las máximas posibles (en la aprobación del remate, adjudicación al acreedor o ante la ausencia de postores).

## VII. CONCLUSIONES

**Primera.** Resulta claro que una denominada «cláusula de afianzamiento» o «cláusula adicional» formalmente redactada e incluida como una cláusula general más de un contrato principal de préstamo bancario (generalmente hipotecario), no es una condición general de este contrato principal, sino que constituye un contrato distinto, aunque accesorio, y sus partes contratantes son también sujetos distintos.

En consecuencia, el control de legalidad de las condiciones generales en este caso debe partir de esta dualidad contractual y la calificación o no de los fiadores como consumidores debe hacerse de forma autónoma respecto a los prestarios, conforme a la jurisprudencia establecida por el TJUE desde 2015 y que es seguida por los tribunales españoles desde entonces.

**Segunda.** Sin embargo, no resulta sencillo tomar partido en la cuestión central más dudosa del presente trabajo: decidir si la sistemática renuncia a los

beneficios de excusión u orden y de división por parte de los fiadores constituye o no una condición general del contrato de fianza.

Lo cierto es que, al menos formalmente, los contratantes han llevado al contrato de préstamo tal renuncia, conjuntamente con el contrato mismo de fianza, como si de una condición general se tratara. Probablemente este hecho debiera tener como consecuencia jurídica que así fuera considerada, al menos la renuncia, en beneficio precisamente del contratante débil (el fiador) a quien se impuso esta forma de contratar. Sería posible incluso acudir al artículo 1288 CC e interpretar la oscuridad generada por el acreedor prestamista de manera que no le favorezca, esto es, sometiendo la renuncia a los beneficios de excusión u orden y de división al control de legalidad de las condiciones generales de la contratación.

**Tercera.** En la situación anterior descrita, el TS ha optado definitivamente, aun con dudas, por someter la renuncia a estos beneficios realizada por el fiador a los controles propios de las condiciones generales (control de incorporación, control de transparencia y control de abusividad). Especialmente importante ha sido el control de transparencia en estos casos, con el objetivo de determinar si el fiador ha comprendido la carga jurídica y económica que conlleva tal renuncia, esto es, que si el deudor principal no cumple, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente como un deudor solidario.

Lo cierto es que, en las sentencias conocidas hasta la fecha, el resultado de este control de legalidad ha sido que el TS ha terminado declarando válida y transparente tal renuncia. Esta forma de proceder es bastante hábil porque le blindo frente a una cuestión prejudicial que podría haber sido planteada ante el TJUE en caso de que su decisión hubiere sido otra que hubiere dejado más desprotegido al fiador consumidor.

**Cuarta.** El tratamiento diferenciado entre prestatarios y fiadores (incluido cuando estos sean varios) a efectos de los controles de transparencia y de abusividad respecto al contrato de préstamo podrá provocar que una misma cláusula pueda ser declarada abusiva respecto a uno de los obligados en quien concurra la condición de consumidor y ser declarada válida frente a quien no ostente esta condición. De hecho, así ha sido decidido ya en algunos casos por parte del TS respecto a las cláusulas suelo, de intereses moratorios, y de gastos.

Quedan pendientes otros supuestos más complejos, como el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado o de sumisión a arbitraje, donde un tratamiento diferenciado entre prestatarios y fiadores (o de estos entre sí en caso de ser varios) será mucho más complicado de llevar a la práctica.

**Quinta.** Las consideraciones anteriores nos llevan a considerar que los fiadores deben poder participar como parte procesal y formular oposición también en el proceso de ejecución hipotecaria en defensa de sus intereses legítimos si así lo solicitan, pues quedarán directamente afectados por el mismo en un posterior proceso de reclamación «por la cantidad que falte» conforme al artículo 579 LEC. Esto parece evidente cuando los fiadores tengan la consideración de consumidores y aleguen la posible abusividad de ciertas cláusulas, pues nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta.

Sin embargo, la jurisprudencia menor, de forma mayoritaria, viene negando legitimación pasiva a los fiadores en este proceso, pero básicamente lo ha hecho para impedir que el acreedor ejecutante pueda demandarles y constituirles en parte procesal contra su voluntad. Otra cosa entendemos que debe ocurrir, en todo caso, cuando la participación de los fiadores lo sea a instancia de los mismos y así lo soliciten conforme al artículo 13 LEC, pues no cabe dudar del interés de los mismos en el resultado de tal proceso.

**Sexta.** Parece vislumbrarse en la jurisprudencia una cierta conciencia de la posición especialmente delicada de los fiadores en los contratos de préstamo bancario por ellos garantizados. En los casos aquí analizados se trata de un sujeto que no recibe prestación alguna derivada de un contrato principal en el que no participa, que afianza una deuda ajena de forma gratuita, que se obliga solidariamente con el deudor principal, cuya posible insolvencia sufrirá además en sus acciones internas de reintegro en su caso y que actúa al margen de una actividad comercial, empresarial o profesional.

A pesar de ello y como sabemos, el fiador es un sujeto prácticamente ignorado en el TRLGDCU y así también lo ha sido hasta fechas muy recientes en la normativa sectorial (prudencial) reguladora del sector bancario. Es de esperar que ello no ocurra en la jurisprudencia.

Queda pendiente la cuestión de si el contrato de fianza en su totalidad también puede ser sometido al control de abusividad como un posible supuesto de garantías desproporcionadas del actual artículo 88.1 TRLGDCU, cuestión esta que será objeto de análisis en un capítulo específico de esta misma obra, al que remitimos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «Los problemas de ser fiador de un deudor hipotecario: estado de la cuestión tras la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9569, Sección Tribuna, 7 de febrero de 2020 (1ADÁN DOMÉNECH, F., «La práctica forense de la ejecución hipotecaria. Respuestas a sus principales problemas de aplicación», *RDBB*, n.º 114, 2009, 153-186.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Vol. II, Tomo 2, Bosch, Barcelona, 1994.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las bases dogmáticas de las garantías bancarias», *RCDI*, n.º 636, 1996, 1799-1866.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario del artículo 1», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, 97 ss.
- BASTANTE GRANELL, V., «La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2017, 55 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario del artículo 1», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Elcano, 1999, 23 ss.

- BUSTO LAGO, J. M., «Contrato de garantía a primer requerimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, 4719-4811.
- BUSTO LAGO, J. M., «Accesoriedad de aval a primer requerimiento vinculado al contrato subyacente», *CCJC*, n.º 111, 2019, 287 ss.
- CARRANZA ÁLVARES, C., «Gratuidad en el ámbito del consumo, estudio inicial», en PÉREZ GALLARDO (Coord.), *Contratos gratuitos*, Reus en España, Madrid, 2010, 331-347.
- CARRASCO PERERA, A., «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», en NIETO CAROL/ BONET SÁNCHEZ (Coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, 623 ss.
- CARRASCO PERERA, A., «¿Dispone el fiador consumidor de un derecho de desistimiento iure proprio? Una reciente experiencia alemana y una contrapropuesta», *Cesco* (fecha de publicación: 10 de octubre de 2023), 1-10.
- CARRASCO PERERA, A./ CORDERO LOBATO, E./ MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. *Protección y defensa del consumidor frente a la abusividad y la usura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CEPERO ARÁNGUEZ, M. A./ ESTRADA NOVO, M., «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*, n.º 9637, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2020, 1-35.
- CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre consumidores. Práctica registral y procesal*, La Ley, Madrid, 2014.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Hipoteca de vivienda y otras hipotecas desde la perspectiva bancaria», en LAUROBA LACASA (Dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 281-302.
- ESPIGARES HUETE, J. C. «Análisis crítico de la evolución jurisprudencial en España sobre las garantías “a primer requerimiento”», en CASTILLO MARTÍNEZ (Dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 1185 ss.
- ESPIGARES HUETE, J. C. «Las garantías “a primer requerimiento”, independientes o autónomas: vuelta a la irrelevancia de la cláusula de pago “a primer requerimiento”», en CAMACHO DE LOS RÍOS/ ESPIGARES HUETE/ VELASCO FABRA (Dir.), *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 143 ss.
- GÓMEZ VALENZUELA, M. A., «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», *AJI*, n.º 14, 2021, 630-691.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario del artículo 86», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General*

- para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, 1255-1282.
- HERNÁNDEZ MENI, I., «La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas. La problemática de la calificación jurídica», *RDC*, n.º 4, 2021, 121-159.
- INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- IZQUIERDO GRAU, G., «La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos de excusión y de división», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2019, 51 ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, n.º 544, 1981, 709-755.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Cláusulas abusivas en el contrato de fianza», *CESCO* (fecha de publicación: 24/10/2022), 1-12.
- MIRANDA SERRANO, L. M.<sup>a</sup>, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret* 2/2018.
- MONTERO AROCA, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PAGADOR LÓPEZ, P., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PAGADOR LÓPEZ, J./ SERRANO CAÑAS, J. M., «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 y 101/2020», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, septiembre 2020, 209 ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de lege lata y de lege ferenda», *Almacén de Derecho* (16/02/2020). Disponible en: <https://almacendederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>.
- PASCUAL BROTONS, C. C., *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*, Reus, Madrid, 2015.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «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 1ª), n.º 745/2021, de 2 de noviembre», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 22, 2022, 1-14.
- TAPIA HERMIDA, A. J., «El concepto y la clasificación de los contratos bancarios», en SEQUEIRA MARTÍN/ GADEA SOLER/ SACRISTÁN BERGIA (Dirs.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, 131 ss.
- VON BAR, C./ CLIVE, E. (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 3, Sellier, Munich, 2009.

