

## **CONTRATO DE FIANZA Y CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TS: ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA ACCESORIEDAD**

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Málaga*  
*ancr@uma.es*

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. 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 de préstamo hipotecario; 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.

El objetivo principal del presente trabajo consiste en exponer la doctrina del TS sobre esta cuestión y evidenciar las dudas que suscita algunos puntos centrales de la misma.

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 núm. 56/2020 de 27 de enero (FD quinto, apartado 4.5; RJ 2020, 145), que posteriormente acoge y amplía la STS núm. 820/2021 de 29 de noviembre (RJ 2021, 5286). Esto 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), y

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.

La posición intermedia del TS, estableciendo una importante autonomía entre préstamo y fianza (solidaria), se materializa en dos afirmaciones principales:

1.ª) 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.

2.ª) El contrato de fianza en su totalidad también puede ser sometido al control de abusividad como un posible supuesto de garantía desproporcionada del actual art. 88.1 TRLGDCU.

En cada uno de estos puntos, que analizaremos 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.